REPÚBLICA DE COLOMBIA

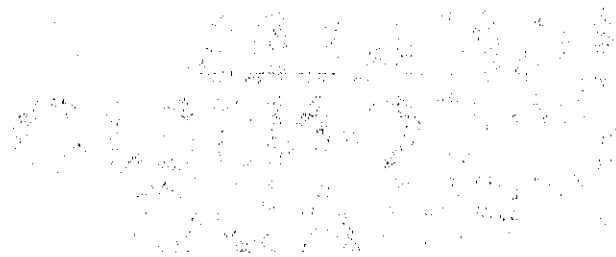
ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO LIX
TOMO CVI
NUMEROS 481-482

RELATORES:

Dra. Nubia González Cerón
Dra. María Elena Giraldo Gómez

PRIMER SEMESTRE
1984



CONSEJO DE ESTADO
PRIMER SEMESTRE DE **1984**

SALA PLENA

Presidente:
Dr. Jaime Paredes Tamayo

Vicepresidente:
Dr. Mario Enrique Pérez Velasco

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA:
Dr. Roberto Suárez Franco
Dr. Samuel Buitrago Hurtado
Dr. Mario E. Pérez Velasco
Dr. Jacobo Pérez Escobar

SECCION SEGUNDA:
Dr. Joaquín Vanín Tello
Dr. Alvaro Orejuela Gómez
Dra. Aydée Anzola Linares
Dr. Reinaldo Arciniegas Baedecker

SECCION TERCERA:
Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Jorge Valencia Arango
Dr. Eduardo Suescún Monroy
Dr. José Alejandro Bonivento Fernández

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

Fisc[illegible]imero: Dr. Alvaro León Cajiao
[illegible]unda: Dra. Edne Cohen Daza
[illegible]ro: Dr. Carlos Octavio Rodríguez
[illegible]: Dr. Euclides Londoño Cardona
Dra. Clara Forero de Castro
[illegible]a. Dolly Pedraza de Arenas

RELATORAS:

Dra. Nubia González Cerón
Dra. María Elena Giraldo Gómez

SECRETARIO GENERAL:
Dr. Darío Quiñones Pinilla

PRIMERA PARTE
FUNCION CONSULTIVA

PLANNED NON-SUBSCRIBING

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

PENSION DE JUBILACION PARA MAESTROS DE ESCUELAS PRIMARIAS OFICIALES .— Compatibilidad de la pensión nacional de jubilación con las reconocidas por las demás entidades de Derecho Público. (Artículo 1o. de la Ley 114 de 1913). Liquidación de la pensión. Requisitos para su reconocimiento.

ASIGNACIONES.— Prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público. (artículo 64 C. N.). Excepciones.

SUSTITUCION PENSIONAL DE LAS PENSIONES INSTITUIDAS POR LA LEY 114 DE 1913.

1.— Evolución legislativa (Ley 64 de 1947. Artículo 2o, Ley 171 de 1961, artículo 12o, Decreto 3135 de 1968 artículos 36 y 39, Decreto Ley 434 de1971.

2.— Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas a los maestros oficiales de enseñanza primaria se sustituyen conforme a lo prescrito por la Ley 33 de 1973. En ellas están comprendidas las que les reconoce la Ley 114 de 1913. La Ley 12 de 1975 adicionó la Ley 33 de 1973 en cuanto dispuso que "el cónyuge supérstite, o LA COMPAÑERA PERMANENTE de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ello en la ley, o en convenciones colectivas".

CONSEJO DE ESTADO.— **Sala de Consulta y Servicio Civil.**— Bogotá, D. E., veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos setenta y nueve (1979).

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

Radicación: Número 1347.

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

"a) La Ley 114 de 1913, artículo 4o, numeral 3o, concede a los educadores, la prerrogativa de recibir dos pensiones de jubilación: la Nacional (o de gracia) y la departamental.

"b) La norma aludida se refiere, expresamente, a la percepción de un mismo tiempo de ambas pensiones concedidas la una por la nación y la otra por un departamento.

"c) La ciudad de Bogotá, por mandato constitucional, está organizada como un Distrito Especial sin sujeción al régimen Municipal ordinario.

"Con base en lo anterior, se PREGUNTA:

"I — ¿Es procedente el reconocimiento de la pensión nacional o de gracia a los maestros que han ejercido o ejercen el magisterio en el Distrito Especial de Bogotá? ¿O debe entenderse que quedarían excluidos del beneficio consagrado en la ley precitada?

"La Ley 114 de 1913 expresa:

"Artículo 1o. Los maestros de Escuelas Primarias Oficiales, que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente ley.

"Artículo 4o. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

"3o) Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

"II — ¿Las pensiones reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo a lo preceptuado en la Ley 114 de 1913, y que están actualmente a cargo de la Caja Nacional de Previsión, se sustituyen en los términos de la Ley 64 de 1947 o según lo dispuesto en las Leyes 171 de 1961, 22 de 1973, 4a, de 1976, 44 de 1977 y en los Decretos 3135 de 1968 ó 434 de 1971?

"Es necesario determinar si las pensiones reconocidas en virtud de la Ley 114 de 1913 se sustituyen conforme lo prevén las leyes y decretos precitados, toda vez que la Ley 77 de 1959, en su artículo 9o, aparentemente excluye de su aplicación al ramo docente.

"III — Es compatible el goce de una de las pensiones de jubilación de que trata la Ley 114 en cita, con la sustitución de la otra, cuando concurren en una misma persona, teniendo en cuenta que existe una prohibición consagrada en el artículo 64 de la Constitución Nacional, el cual literalmente reza: Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios".

LA SALA CONSIDERA:

1o) *La compatibilidad de la pensión nacional de jubilación con las reconocidas por las demás entidades de Derecho Público.*— El artículo 1o. de la Ley 114 de 1913 dispuso que "los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente ley" y en cuantía equivalente, según el artículo 2o. ibídem, a "la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicio". El artículo 1o de la Ley 24 de 1947, que sustituyó el artículo 29 de la Ley 6a. de 1945, modificó el precepto antes transcrito en el sentido de disponer que "cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán con el promedio de los sueldos devengados durante el último año".

El artículo 4o, ordinal 3o, de la Ley 114 de 1913, entre los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación, exige que el interesado compruebe "que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional", sin perjuicio de que pueda percibir, concurrentemente, sendas pensiones "concedidas por la Nación y por un Departamento".

Los mencionados preceptos tienen por objeto reconocer, por cuenta de la Nación, una pensión de jubilación a los maestros oficiales de enseñanza primaria, a condición de

que no reciban "actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional", aunque disfruten una reconocida por diferente entidad de Derecho Público.

De modo que la alusión que el artículo 4o, ordinal 3o, de la Ley 114 de 1913 hace a las pensiones de jubilación reconocidas por los Departamentos no implica que la nacional no pueda concurrir con la concedida por otra persona de Derecho Público, como Intendencia, Comisaría o Municipio, sin la mera alusión a las entidades que, cuando se expidió la ley, estaban obligadas a reconocer las pensiones de jubilación de los maestros oficiales de enseñanza primaria, para hacerlas compatibles con las que excepcionalmente les reconoce la Nación como un estímulo a su labor y una recompensa a su exigua remuneración, del mismo modo como el artículo 13 de la Ley 50 de 1886, con la misma finalidad, asimiló las tareas del magisterio privado "a los servicios prestados a la instrucción pública" para concederles el derecho a percibir de la Nación pensión de jubilación. Ante esta clara finalidad de la ley, sería aberrante, ilógico e inequitativo que el beneficio sólo comprenda a los maestros que hayan trabajado en los Departamentos y que se le excluya para los que sirvieron en otras entidades oficiales, diferentes de la Nación, no obstante que tiene por objeto favorecer a todos y que la ley hasta llega a reconocerles el derecho a percibir pensión de jubilación a los maestros de enseñanza privada.

De donde se infiere que comprende a todos los maestros oficiales de enseñanza primaria, tanto por la finalidad de la ley como conforme al principio que afirma que "donde hay una misma razón debe haber una misma disposición" (Ubi eadem ratio ibi eadem jus debet esse); con mayor razón respecto de los jubilados por el Distrito Especial de Bogotá, cuyo régimen, según el artículo 2o del Decreto-Ley 3133 de 1968, por definición es semejante al de los Departamentos.

Además, esta conclusión también se deduce del artículo 4o. del Decreto-Ley 435 de 1971 que excluyó del reajuste de pensiones que dispuso, entre otros, el personal del magisterio, "en cuanto se refiere a la pensión complementaria que reciba por los Departamentos o *Municipios*" (la Sala subraya). Lo propio prescriben los artículos 4o. del Decreto 446 y 3o del Decreto 1221 de 1975, que aumentaron las pensiones, con excepción de las señaladas por el artículo 4o del Decreto-Ley 435 de 1971, en las cuales están comprendidas las de jubilación reconocidas a los maestros oficiales de enseñanza primaria "por los Departamentos o *Municipios* (la Sala subraya). En este orden de ideas, la Sección 2a. de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia que profirió el 7 de junio de 1976, consideró que la pensión de jubilación que la Ley 114 de 1913 reconoce a los maestros oficiales de enseñanza primaria es compatible con la que les concedan los Departamentos o Municipios.

De manera que la pensión de jubilación que la Nación reconoce a los maestros de enseñanza primaria es compatible con la que les concedan las demás entidades de Derecho Público. Sólo así se explica que el artículo 4o de la Ley 64 de 1947 también hubiera instituido, a cargo de la Nación, una pensión de invalidez para "los maestros de enseñanza primaria oficial que pierdan su capacidad de trabajo", sin hacer ninguna discriminación entre las entidades a las cuales presten sus servicios: en uno y otro casos la finalidad de la ley consiste en que la Nación reconozca a los maestros oficiales de enseñanza primaria pensión de jubilación o de invalidez, sea cualquiera la entidad en la que hubieran prestado sus servicios, a condición de que no reciban "otra pensión o recompensa de carácter nacional", pero sin perjuicio de que cada uno de ellos pueda disfrutar la que le conceda aquella a la cual estaba vinculado.

2o. *La prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público.*— El artículo 64 de la Constitución ciertamente prescribe que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte

principal el Estado". Pero la misma disposición exceptúa "lo que para casos especiales determinen las leyes", como son, en relación con el tema que ocupa la atención de la Sala, las Leyes 114 de 1913 y 64 de 1947 que permiten percibir pensiones especiales en concurrencia con las ordinarias prescritas también por la ley (Leyes 6a de 1945, 64 y 65 de 1946, 72 de 1947, 4a de 1966 y Decreto-Ley 3135 de 1968). Estas pensiones pueden sustituirse en la forma señalada por la ley.

3o. *La sustitución de las pensiones instituidas por la Ley 114 de 1913.*— El artículo 2o de la Ley 64 de 1947 dispuso que "Las pensiones de jubilación de los institutores serán pagadas por muerte del jubilado, durante los dos años siguientes, a la esposa, mientras permanezca en estado de viudez, o a las hijas solteras o viudas, o a los padres o hermanas solteras, indigentes".

Pero el artículo 12 de la Ley 171 de 1961, al establecer la sustitución pensional para todos los trabajadores, subrogó el artículo 2o de la Ley 64 de 1947 en los siguientes términos textuales:

"Artículo 12.1. Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge o sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión, durante los dos (2) años subsiguientes.

"2. A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos o las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y que hayan dependido exclusivamente del jubilado".

Es verdad que el artículo 9o. de la Ley 77 de 1969, que aumentó la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez, dispuso que sus disposiciones "no se aplicarán al personal militar de las Fuerzas Armadas y de la Policía, ni a los servidores del ramo docente". Pero también es cierto que la Ley 171 de 1961, expedida para llenar algunos vacíos de aquella, no hizo, respecto del tema, ninguna excepción y hasta comprendió, en el artículo 15, a las pensiones de los Departamentos y Municipios.

Los artículos 36 y 39 del Decreto-Ley 3135 de 1968 regularon posteriormente la sustitución pensional de los empleados públicos o trabajadores oficiales *al servicio de la Nación o de otras personas jurídicas de carácter nacional*, pero fueron subrogados, respectivamente, por los artículos 19 y 20 del Decreto-Ley 434 de 1971. Más, como la pensión de jubilación que la Ley 114 de 1913 reconoce a los maestros oficiales de enseñanza primaria *no tiene por fundamento los servicios prestados como empleado o trabajador oficial a esas entidades*, la sustitución de la misma no se regía por los indicados preceptos, sino por el artículo 12 de la Ley 171 de 1961 que, aunque sustituido parcialmente por los artículos 36 y 39 del Decreto-Ley 3135 de 1968, a la vez remplazados por los artículos 19 y 20 del Decreto-Ley 434 de 1971, era aplicable a todas las pensiones distintas de las de los empleados y obreros nacionales.

La Ley 33 de 1973 subrogó el artículo 12 de la Ley 171 de 1961 y los artículos 19 y 20 del Decreto-Ley 434 de 1971, al prescribir que el cónyuge y los hijos menores del causante "pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez", privada o pública, oficial o semioficial, tienen derecho a reclamar y a percibir, en la forma y proporción que señala, "la respectiva pensión en forma vitalicia" (artículo 1o.); determinar las causas por las cuales la viuda pierde el derecho que tiene a la mitad de la pensión (artículo 2o.) y disponer que "las viudas y los hijos ... tienen derecho a los reajustes y demás beneficios ... consagrados por las leyes en favor de los pensionados" (artículo 3o.).

Por consiguiente, las pensiones de jubilación causadas o reconocidas a los maestros oficiales de enseñanza primaria, se sustituyen conforme a lo prescrito por la Ley 33 de 1973. En ellas están comprendidas las que les reconoce la Ley 114 de 1913.

La Ley 12 de 1975 adicionó la Ley 33 de 1973 en cuanto dispuso que "el cónyuge superstite, o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas" (artículo 1o.); señaló las causales de pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente (artículo 2o.); determinó el de éste en relación con el de los hijos (artículo 3o.) y prescribió que los beneficiarios "tienen derecho a los reajustes y demás beneficios y obligaciones consagrados por las leyes o convenciones en favor de los pensionados" (artículo 4o.). Esta ley, que reconoce el derecho a percibir pensión de jubilación a los causahabientes del trabajador que muera tras cumplir el tiempo de servicio, más no la edad mínima, exigida por la ley, es aplicable a todas las pensiones de jubilación de los trabajadores y empleados, en ellas comprendida la que la Nación reconoce a los maestros oficiales de enseñanza primaria.

Según el artículo 8o. de la Ley 4a de 1976, "a quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto-Ley 3135 de 1968 y del Decreto-Ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y en la Ley 12 de 1975". La pensión nacional de jubilación de los maestros oficiales de enseñanza primaria, que se sustituía, desde que entró en vigencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 12, de la Ley 171 de 1961, actualmente se transfiere, según el precepto transcrito, como disponen las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975. Por la misma razón les es aplicable el artículo 1o. de la Ley 44 de 1977, que produce textualmente el transcrito antes y que reza así:

"A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto-Ley 3135 de 1968 y el Decreto-Ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y a la Ley 12 de 1975".

4o. *Las respuestas.*— Con fundamento en los motivos expuestos la Sala absuelve las consultas del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social así:

1o. Los maestros oficiales de enseñanza primaria, que reúnan los requisitos legales, tienen derecho a percibir la pensión de jubilación instituida por la Ley 114 de 1913.

2o. Las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 114 de 1913 son compatibles con las que les reconozcan las entidades —en ellas incluido el Distrito Especial de Bogotá— a las cuales prestaron sus servicios los maestros oficiales de enseñanza primaria. Cada una de estas pensiones puede sustituirse de conformidad con la ley.

3o. Las pensiones de jubilación reconocidas por la Nación con base en la Ley 114 de 1913 actualmente se sustituyen conforme a lo prescrito por las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976 y 44 de 1977.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala. **Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

PROPIEDAD INTELECTUAL.— Concepto (artículo 5o. de la Ley 69 de 1968). ¿Cómo debe adquirirse dicha propiedad? Registro de nombres y revistas o de periódicos tanto escritos como hablados. Omisión en la remisión de ejemplares de los periódicos cuyos nombres estén inscritos en el registro de propiedad intelectual. No hay sanción.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., cinco (5) de febrero de mil novecientos ochenta (1980).

Magistrado Ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 1347.

En Oficio dirigido a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el señor Ministro de Gobierno hace las siguientes consultas:

"...

"1a. ¿Debe entenderse que el artículo 5o. de la Ley 69 de 1968 que extendió el derecho de propiedad intelectual a los títulos de los periódicos y revistas, garantiza este derecho por toda la vida del dueño del nombre y 80 años más después de su muerte, sin que pueda exigírsele el cumplimiento del Decreto 1258 de 1949 en su artículo 10, en lo relacionado con el envío de las ediciones a las respectivas oficinas, y por lo mismo si deja de cumplir e incluso no publica el periódico, es decir no usa el nombre, no se le puede sancionar con la cancelación del mismo?

"2a. ¿Puede entenderse que como la Ley 69 de 1968 es una ley por la cual se incluye una carretera en el plan vial nacional y se ordena la canalización de unos ríos, en otras palabras, es una ley ajena a la regulación de propiedad intelectual y solamente su artículo 5o. hace alusión a esa materia, podría tomarse este artículo y coordinarlo con la Ley 86 de 1946 y su Decreto reglamentario 1258, de tal forma que se le dé una aplicación lógica al referido artículo 5o.? Solamente con el enunciado de este artículo se ha consagrado un despropósito como en el de proteger como propiedad intelectual, la invención de un nombre de periódico que no constituye ninguna creación del ingenio humano, contradiciendo la misma Constitución que ha protegido la propiedad literaria y artística, es decir cuando existe verdadera creación de una obra en la cual el hombre pone su ingenio, su arte. No obstante la ley está vigente y está expresando este punto claramente, por lo tanto, como se decía, es necesario coordinarla con las normas que regulan la materia de tal formá que su aplicación no llegue al absurdo de que las personas pueden dedicarse a registrar gran cantidad de nombres de periódicos o revistas y a mantenerlos congelados sin usarlos, con el objeto de impedir que otras personas los utilicen y que si quieren hacerlo deban comprarlos al titular del derecho. Ante esta situación la interpretación más ajustada al espíritu general de la ley sería atender que cuando el artículo 5o. establece que se extiende el derecho de propiedad intelectual en las mismas condiciones y garantías de la Ley 86 de 1946, y demás normas concordantes, esas condiciones para el caso específico de los periódicos serían que se preste una caución y que se envíen los tres ejemplares que exige la ley, de lo cual puede concluirse que si el periódico se edita, lógicamente se está usando el título. Las garantías serían de acuerdo a la Ley 86, que el nombre se protegería como propiedad intelectual, durante la vida del titular del derecho y 80 años más después de su muerte. Todo esto teniendo en cuenta que el ejercicio y protección de un derecho conlleva obligaciones que cumplir, entre otras, el envío de los ejemplares, pues es la única forma de comprobar que se está usando el nombre. Si no cumple la anterior obligación, consideramos, que procede la cancelación del nombre del periódico y se le registra a otra persona que lo solicite y que lo vaya a usar.

"En cuanto a la forma como se registran los nombres de los periódicos, prescribe el artículo 5o. que será de acuerdo a las normas sobre propiedad intelectual y estas normas, la Ley 86 de 1946 está exigiendo en su artículo 75 que el que solicita el registro de una obra debe depositar la obra en el registro nacional de propiedad intelectual, lo que implica que para el caso concreto de los nombres de periódicos, deben existir los periódicos, que van a llevar el nombre, es decir, se requiere hacer el depósito como lo exige el artículo ya citado".

* * *

De los derechos garantizados en el Título III de la Constitución Política, el de propiedad intelectual tiene consagración expresa, que se precisa por sus caracteres de transferencia y temporalidad y se radica en el autor, nacional colombiano o natural del país de lengua española cuya legislación acuerde recíproco derecho.

La protección de la propiedad literaria y artística, la remite, por otra parte, el artículo 35 de la Carta, a las formalidades que prescribe la ley: son pues, formalidades protectoras del derecho las que al legislador corresponde establecer más no el derecho mismo, ya consagrado o reconocido por el constituyente.

Como formalidad protectora del derecho de autor intelectual, la Ley 86 de 1946 prevé en el Capítulo VI el registro de las diferentes especies de obras, de dominio privado, sobre las que recae, según la ley, el derecho de propiedad intelectual que debe quedar protegido con dicho registro o inscripción.

Para llevar a efecto la inscripción de *una obra*, según el artículo 74 de la Ley 86, el interesado comienza por expresar en la correspondiente solicitud escrita, el nombre y domicilio del autor, del editor y del impresor, el título de la obra, lugar y fecha de aparición, número de tomos, tamaño y páginas, número de ejemplares, fecha en que terminó el tiraje y por último, su precio de venta. Para el registro de actos o contratos vinculados con el derecho de propiedad intelectual basta la exhibición del respectivo instrumento (artículo 82).

Entre los libros principales de registro, *hay uno destinado a editores, impresores y periódicos* (artículo 68); es obligatorio para el editor el depósito de la obra publicada dentro de los sesenta días hábiles siguientes al de su aparición (artículo 80) y la diligencia de registro se cumple en el libro respectivo a favor de la persona o personas que figuren en la obra como sus autores (artículo 81).

El depósito de la obra es obligatorio, además por mandato de los artículos 76 y siguientes de la ley, con referencia explícita a *obra impresa* y con prohibición de tramitar solicitud alguna de inscripción de *obra publicada* sin la previa constancia de haberse presentado el número de ejemplares que dicha norma fija.

El plazo para hacer el registro se cuenta a partir del día en que se terminó la impresión de la obra o en que fue publicada (artículo 87) y las consecuencias de la omisión de tal formalidad las prevé el artículo 88.

Prescribe finalmente el artículo 89:

"Ningún título sujeto por esta ley a la inscripción en el registro nacional de propiedad intelectual hace fe, si no ha sido competentemente inscrito o registrado".

De lo expuesto se advierte que el sistema de protección legal del derecho anexo a la propiedad intelectual está erigido sobre la base de que la obra se produzca, se reproduz-

ca, se imprima y se utilice. Y, por otro aspecto, que como propiedad transferible, el correspondiente acto queda sujeto a registro siempre que se haya publicado la obra, objeto del mismo (artículo 73).

Pero también se advierte, en definitiva, que el registro de obras viene a ser la constancia del título de la obra registrada y la del nombre y domicilio de la persona a cuyo favor ha sido inscrito el derecho de propiedad intelectual, como autor, adaptador o colector de la obra, todo a fin de identificar tal obra y garantizar la autenticidad y firmeza del título de propiedad a ella anexo. Ha de advertirse además la publicidad que el registro implica respecto de los actos y contratos vinculados en el derecho de propiedad intelectual.

Como disposiciones especiales para Revistas y Periódicos, la Ley 86 de 1946 en su Capítulo III, adopta las siguientes:

"Artículo 21.— Las obras científicas, literarias o artísticas, cualquiera que sea su materia, publicadas en revistas o periódicos pueden ser reproducidas.

"Con excepción de las obras mencionadas cualquier artículo de actualidad publicado en revistas o periódicos puede ser reproducido, si ello no ha sido expresamente prohibido, debiendo en todo caso citarse la fuente de donde aquél se ha tomado.

"las noticias y misceláneos que tienen carácter de mera prensa informativa no gozan de la protección de esta ley".

"Artículo 22.— Cuando el título de una obra no fuere genérico sino individual y característico, como sucede especialmente con los nombres de las revistas y periódicos, no podrá, sin el competente permiso del autor, ser adoptado para otra obra análoga, de modo que ambas puedan equivocarse por público, o considerarse la segunda como reaparición de la primera, lo cual constituye un caso de defraudación". (Quien comete el caso de defraudación previsto en el artículo 22 incurre en prisión de tres meses a un año y multa de ciento a trescientos pesos. Artículo 97).

La protección específica del derecho de autor, implica también la del nombre o título de su obra, cuya fidelidad puede exigir auque la haya enajenado (artículo 49) y cualquier cambio o supresión del mismo, así sea obra inédita o publicada y protegida, determina en quien la inscriba, enajene o publique, con el título cambiado o suprimido, prisión de seis meses a un año y multa de doscientos a quinientos pesos (artículo 96 1. y 2.).

Corresponde ahora considerar los aspectos pertinentes del Decreto reglamentario de la Ley 86 de 1946, distinguido con el No. 1258 y fechado el 5 de mayo de 1949, que a partir del artículo 7o. trata sobre el modo de hacer el registro o inscripción de las obras y actos sujetos a esta formalidad; sobre el contenido de la correspondiente diligencia (artículo 80); y el pie de imprenta que debe tener toda obra publicada en Colombia (artículo 9o.) hasta llegar al artículo 10o. concebido en los siguientes términos:

"Los gerentes o directores de periódicos, revistas, y en general de toda publicación periódica, estarán obligados a cumplir lo que dispone el artículo 75 de la Ley 86 de 1946 sobre envío de tres ejemplares de cada una de sus ediciones con destino a la Oficina de Registro de la Propiedad Intelectual, a la Biblioteca Nacional y a la Universidad Nacional. Cuando los gerentes y directores de esas publicaciones dejaren de cumplir el deber que aquí se les impone por el término de un año, el Registrador procederá a cancelar la inscripción del título, mediante la resolución motivada".

Prohibe, de otra parte, el artículo 22 del Decreto reglamentario 1258 de 1949 la inscripción de publicaciones de carácter obsceno y de reproducciones de obras ya registra-

das y prohibe, por último, el artículo 25 cobrar derechos de autor cuando se trate de obras del dominio público. "Se entiende que una obra es del dominio público cuando carece del amparo legal, ya porque las leyes no se lo conceden, o por no haber sido registrada, o cuando ha vencido el plazo de protección concedido por las leyes".

En cuanto al registro de nombres de radiodifusoras y radioperiódicos, el artículo 7o. de la Ley 74 de 1966 contiene la siguiente referencia:

"La transmisión de programas informativos o periodísticos por los servicios de radiodifusión, requieren licencia especial otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, expedida en favor de su director, la cual será concedida, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

"a) Registro del nombre del programa y del director ante la Dirección de Propiedad Intelectual y Prensa del Ministerio de Gobierno".

Y el artículo 12 del Decreto 2085 de 1975, reglamentario de la ley citada, también requiere la presentación del registro de propiedad intelectual del nombre de la estación, para efectos de la expedición de las distintas clases de licencias a que se refiere el mismo decreto y sanciona con cancelación de la de funcionamiento "cuando la estación haya dejado de efectuar transmisiones por un lapso de tres (3) meses continuos sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones" (artículo 86).

De los textos legales hasta aquí citados deberá inferirse, por vía de doctrina, el alcance que tengan en cuanto a protección específica del derecho de propiedad intelectual sobre el nombre o título de una obra, una radiodifusora, una revista o un periódico escrito o hablado, puesto que a dichos textos remite el artículo 5o. de la Ley 69 de 1968, en los siguientes términos:

"El derecho de propiedad intelectual instituido por el artículo 2o. y siguientes de la Ley 86 de 1946, así como por las demás disposiciones concordantes de ella o de otras leyes sobre la materia, en favor de los autores de obras científicas, literarias y artísticas, ampara, igualmente, en las mismas condiciones y con idénticas garantías, no sólo la propiedad sobre los títulos o nombres de tales obras, sino también la de los títulos o nombres de radiodifusoras y de revistas y periódicos, tanto escritos como hablados, que *hayan sido registrados o se registren por sus dueños de acuerdo con las normas sobre propiedad intelectual*". (Se subraya).

En la Ponencia para primer debate del proyecto de ley contentivo del artículo transcrito (diciembre 4 de 1963) y ante la Comisión sexta Constitucional del Senado de la República, expresó el ponente, Doctor Joaquín Estrada Monsalve:

"Al considerar el proyecto sobre radiodifusión, que regula la actividad de las empresas de radiodifusión y de los radioperiódicos, falta incluir un artículo para garantizar la propiedad intelectual de los nombres o títulos de las radiodifusoras, de los radioperiódicos, de las radiorrevistas etc., en la misma forma como está garantizado el derecho de propiedad intelectual por las obras científicas, literarias y artísticas y los títulos o nombres de los periódicos escritos, según el artículo segundo de la Ley 86 de 1946. Como yo fui ponente en el Senado de ese proyecto, se me ha reclamado, con evidente justicia, por los interesados, la omisión involuntaria de una disposición de esta naturaleza. Para enmendar ese olvido, me permito incluir en las modificaciones siguientes a este proyecto una disposición que trata de llenar aquel vacío y que será admirablemente recibida por todos los artículos vinculados a la radiodifusión y al periodismo escrito y hablado".

En ponencia para primer debate del mismo proyecto, aprobado en la Cámara de Representantes el 28 de octubre de 1964, el representante Helcías Martán Góngora sólo hizo referencia al artículo 5o. que "extiende o amplía el derecho de propiedad intelectual y sus garantías a medios de expresión del pensamiento de tanto auge que han tomado en la vida moderna y no amparados debidamente por la Ley 86 de 1946". (Leyes autografiadas — Tomo IX — 1968 No. 66 a 75 — Archivo del Congreso).

Según lo expresado en el aparte transcrito, el artículo proyectado constituye una norma principalmente dirigida a "garantizar la propiedad intelectual de los nombres o títulos de las radiodifusoras, de los radioperiódicos, de las radiorrevistas etc., en la misma forma como está garantizado el derecho de propiedad intelectual para las obras científicas, literarias y artísticas, y los títulos o nombres de los periódicos escritos, según el artículo segundo de la Ley 86 de 1946".

Haya o no comprendido este último artículo en la expresión obras científicas, literarias y artísticas, los títulos o nombres de los periódicos escritos, lo cierto fue que el artículo aprobado según la proposición del ponente, comprende no sólo los títulos o nombres de obras científicas, literarias y artísticas, sino también los de radiodifusoras, revistas y periódicos tanto escritos como hablados, que hayan sido registrados o se registren por sus dueños de acuerdo con sus normas sobre registro de propiedad intelectual.

Y si como ya se dijo el registro viene a ser la constancia del título o nombre de la "obra" registrada en el libro principal de registro destinado a periódicos y constituye defraudación el hecho de adoptar para otro periódico el nombre individual y característico registrado ya, queda fuera de lugar toda consideración acerca de si un nombre o título de revista o periódico merece la misma protección, como propiedad intelectual, que una obra científica, literaria o artística.

Además, es obvio que la referencia del artículo 5o. de la Ley 69 de 1978 a títulos o nombres "que hayan sido registrados" sólo comprende los de periódicos escritos cuya propiedad ya estaba garantizada como lo estaba la de los nombres de obras científicas, literarias y artísticas; y se advierte, también, que la preocupación del ponente fue la de enmendar el olvido, llenar el vacío, la omisión involuntaria del proyecto sobre radiodifusión al no incluir "un artículo para garantizar la propiedad intelectual de los nombres o títulos de las radiodifusoras, de los radioperiódicos, de las radiorrevistas, etc., ...".

Se colige así, el preferente alcance del referido artículo sobre títulos o nombres de radiodifusoras, radioperiódicos, radiorrevistas, etc., que "se registran por sus dueños de acuerdo con las normas sobre registro de Propiedad Intelectual".

La aceptación legal expresa del registro de títulos o nombres como garantía o formalidad protectora del "derecho de autor" del título o nombre, lleva consigo la aceptación de que a dichos autor y nombre les sean aplicables, en cuanto sea pertinente, las mismas normas sobre propiedad intelectual dictadas con relación a autores de obras artísticas, científicas o literarias. Y la aplicación de dichas normas implica, a su turno la de sus reglamentos para efectos de que el amparo o protección del derecho de dominio sobre nombres o títulos se cumpla "en las mismas condiciones y con idénticas garantías" establecidas a favor de los autores de obras científicas, literarias y artísticas por la Ley 86 de 1946. Esto es, en últimas, lo que dispone el artículo 5o. de la Ley 69 de 1968 y lo que determina, a su vez, a cuestionar la legalidad de la aplicación del artículo 10o. del Decreto Reglamentario 1258 de 1949, dentro de los términos que presenta la consulta. (Artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 de la Ley 4a. de 1913).

¿Cómo puede exigirse a quien ha registrado *solamente* un nombre, que deposite o envíe la obra o el periódico, que tal nombre designe? ¿Y cómo se le sanciona de acuerdo con una norma reglamentaria cuyo contenido no proviene de la ley reglamentada? ¿Por cual norma conmina la Ley 86 con la cancelación de la inscripción o registro, la omisión del depósito o envío de ejemplares, con el alcance que el decreto da? ¿Dónde están señaladas por la ley las causales de cancelación del registro de un nombre?

Tales interrogantes podrían absolverse si existieran dos sistemas legales de registro de propiedad intelectual, uno para periódicos u obras que vean la luz pública, y otro para nombres de periódicos u obras que se publiquen cuando su autor lo decida. Pero sólo hay uno establecido, común para periódicos que se publican simultáneamente o no con su registro y para nombres de periódicos que pueden o no publicarse, pero que son registrables con todas las consecuencias derivadas de tal formalidad.

Si la lógica falla en el régimen de propiedad intelectual, no alcanza esta oportunidad ni el cometido inmediato de la Sala ante el apremio de la consulta, para escrutar las consecuencias que deriven de la aplicación de las normas que integran hoy tal régimen. Pero sí se considera suficiente lo expuesto para concluir absolviendo uno por uno los puntos de la consulta del señor Ministro de Gobierno:

1. Efectivamente el artículo 5o. de la Ley 69 de 1968, garantiza como derecho de propiedad intelectual, el dominio de un título o nombre asignado a un periódico o revista, mientras viva su autor y durante los ochenta años siguientes a su muerte.

2. La propiedad así garantizada no puede ser otra que la del título adquirido con arreglo a las mismas condiciones que acuerda la Ley 86 de 1946 respecto de los autores de obras científicas, literarias y artísticas.

3. El registro de nombres y revistas o de periódicos tanto escritos como hablados, sólo puede solicitarse por sus dueños y cumplirse por la División competente del Ministerio de Gobierno "de acuerdo con las normas sobre registro de propiedad intelectual", porque sólo así se colige que el derecho garantizado o protegido por el artículo 5o. de la Ley 69 de 1968 es el instituido por el artículo 2o. y siguientes de la Ley 86 de 1946.

4. Ni la Ley 86 de 1946 ni el artículo 5o. de la Ley 69 de 1968, que se remite a aquélla, sanciona con la pérdida del derecho la omisión en remitir ejemplares de los periódicos cuyos nombres estén inscritos en el registro de propiedad intelectual. Por consiguiente el Decreto reglamentario excede la ley si instituye esa sanción.

5. La Ley 69 de 1968 no ha sido reglamentada y su posible reglamentación involucra necesariamente la aplicación de la Ley 86 de 1946, que aunque reglamentada por el Decreto 1258 de 1949, hoy, con mayor razón ofrece aspectos que requieren y reclaman nuevos reglamentos.

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

erto Mora Osejo, Presidente de la Sala; **Jaime Betancur Cuartas, Mario La-a, Jaime Paredes Tamayo.**

Ramos S., Secretaria.

AUXILIARES DE LA JUSTICIA. HONORARIOS.— Su reglamentación mediante el Decreto 2265 de 1969 no corresponde propiamente al ejercicio de la potestad reglamentaria sino a la aplicación de un procedimiento administrativo establecido para alcanzar una finalidad extraña a la naturaleza de tal potestad. SOLO LA LEY O EL GOBIERNO investido de la respectiva facultad, puede ordenar reajuste de tarifas de un servicio público, como el que prestan los auxiliares o colaboradores de la Administración de Justicia.

CONSEJO DE ESTADO.— **Sala de Consulta y Servicio Civil.**— Bogotá, D. E., treinta (30) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2004.

El señor Ministro de Justicia, en oficio No. 02560, solicita a la Sala su concepto sobre la consulta que a continuación se transcribe:

"El Gobierno Nacional dentro de sus proyectos de reforma a la Administración de Justicia en el país, ha considerado que es de particular importancia también, mejorar y actualizar la remuneración de los Auxiliares de la Justicia, modificando en lo pertinente el Decreto No. 2265 de 1969. Es evidente que los Auxiliares de la Justicia cumplen una importante y delicada labor al servicio de la misma, que implica la realización de tareas y funciones complejas y a las cuales muchas veces, deben dedicar un tiempo considerable, que sustraen a sus labores ordinarias. De ahí que sea importante establecer una remuneración adecuada, que en cierto sentido pueda compensar lo que dejan de percibir durante el tiempo que deben dedicar a su función de Auxiliares de la Justicia. Por lo tanto, es decisión del Gobierno reajustar la remuneración u honorarios de tales auxiliares, teniendo en cuenta lo anterior, además de los evidentes fenómenos de alzas en el costo de vida y devaluación de la moneda. En consecuencia, se ha considerado importante y necesario conocer la opinión de esa Honorable Sala, en su doble carácter de Entidad Consultiva del Gobierno y de miembro de una Corporación Jurisdiccional, como lo es el Honorable Consejo de Estado.

"En consecuencia me permito formular la siguiente, CONSULTA:

"En concepto de la Honorable Sala y teniendo en cuenta que desde la expedición del Decreto 2265 de 1969 han transcurridos 14 años, cuál debería ser la remuneración u honorarios en la actualidad de los siguientes Auxiliares de la Justicia:

1.— Curadores ad lítem en procesos de mínima, menor y mayor cuantía.
2.— Secuestres por actuación en la diligencia.
3.— Partidores en asuntos de mínima, menor y mayor cuantía.
4.— Peritos avaluadores.
5.— Dictámenes periciales en asuntos de mínima, menor y mayor cuantía.
6.— Honorarios en asuntos de valor inapreciable o indeterminado y en aquellos en que no interviene la cuantía
7.— Traductores e Intérpretes.

"Se agradecería a esa Honorable Sala expresar además qué bases, elementos y factores deberían tenerse en cuenta en cada caso, para la tasación de los honorarios y en qué otros aspectos debería modificarse el Decreto 2265 de 1969. Al respecto es importante anotar que el Gobierno contempla la modificación de las siguientes normas de ese Decreto: artículo 26 inciso 1, artículo 27 inciso 1, artículo 29, artículo 31, artículo 32, ar-

tículo 33 y artículo 36, pero podrían también contemplarse otras modificaciones a ese Estatuto y por tanto solicitamos a este respecto las sugerencias y opiniones de la Sala".

* * *

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El poder reglamentario, como atribución propia de la administración de los servicios públicos está subordinado a la ley y por ella limitado. De ahí que al ejercicio de dicha atribución sólo pueda corresponder la expedición de un decreto orientado a desarrollar lo que explícita o implícitamente está contenido en la ley, teniendo en cuenta siempre el principio de jerarquía en el sentido de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo.

Con este planteamiento de la doctrina tradicional sobre la potestad reglamentaria confronta la Sala la decisión del Gobierno de reajustar la remuneración u honorarios de los Auxiliares de la Justicia, modificando en lo pertinente el Decreto 2265 de 1969 por el cual se reglamentan el artículo 30 de la Ley 16 de 1968 y el Decreto Extraordinario 2204 de 1969, artículo 2o.

Darían, pues, base al nuevo reglamento, las normas reglamentadas por el Decreto citado, es decir, el artículo 30 de la Ley 16 de 1968 y el artículo 2o. del Decreto Extraordinario 2204 de 1969. Conforme a la primera "a partir de la sanción de la presente ley se aplicarán las siguientes disposiciones: 5o. En los juicios civiles, administrativos y laborales, el nombramiento de peritos se hará siempre por el Juez del conocimiento, o por el Magistrado Sustanciador según el caso, mediante sorteo público, de las listas especializadas de expertos que se formarán para cada despacho judicial en la forma que determine el decreto reglamentario. Los nombramientos de secuestres, partidores, tutores, curadores, liquidadores y demás auxiliares de la justicia cuando deban ser designados por el Juez, se tomarán de la lista pertinente por igual procedimiento. La misma persona no podrá ser sorteada por segunda vez sino cuando se haya agotado la lista correspondiente.

Se exceptúan de esta regla los casos en que deban intervenir médicos legistas u oficiales y demás auxiliares o técnicos de la Policía Judicial. *La cuantía de los honorarios para los auxiliares de que trata esta norma se fijará por el Juez de acuerdo con la tarifa que expida el Gobierno.* (Subraya la Sala).

Parágrafo.— La transgresión a lo dispuesto en este numeral y en el 4o. hará incurso al funcionario judicial en mala conducta, sancionable de inmediato (sic) con la pérdida del empleo, decretada por el superior con la sola comprobación del hecho.

Conforme al artículo 2o. del Decreto extraordinario 2204 de 1969 "*en materia civil*, (subraya la Sala) la designación de los peritos, secuestres, partidores, liquidadores, curadores ad litem, contadores, agrimensores, síndicos, intérpretes y traductores, se hará por el Magistrado Sustanciador o por el Juez del conocimiento, según el caso, dentro del cuerpo oficial de auxiliares y colaboradores de la justicia, en la forma que determine el Decreto Reglamentario, el cual dispondrá además, lo concerniente a los honorarios de éstos".

La misma disposición quedó incorporada al Código de Procedimiento Civil (Decretos Nos. 1400 y 2019 de 1970), en los siguientes términos.

"Artículo 9o.— Designación. En la designación de auxiliares de la justicia se observarán las siguientes reglas:

"1. La de los peritos, secuestres, partidores, liquidadores, curadores ad-litem, contadores, agrimensores, síndicos, intérpretes y traductores se hará por el magistrado Sustanciador o por el Juez del conocimiento, dentro del cuerpo oficial de auxiliares de la justicia en la forma determinada en decreto reglamentario, el cual dispondrá, además, lo concerniente a los honorarios de ellos. Los testigos de la celebración del matrimonio civil, serán designados por los contrayentes".

. . . . . .

Resulta suficiente la transcripción de los anteriores textos para inferir que, en lo concerniente a honorarios de los auxiliares de la justicia, su "reglamentación mediante el Decreto 2265 de 1969, no corresponde propiamente a ejercicio de la potestad reglamentaria sino a la aplicación de un procedimiento administrativo establecido para alcanzar una finalidad extraña a la naturaleza de tal potestad.

"Como el artículo 20 de la Ley 16 de 1968 en su numeral 5o. revistió al Presidente de la República de precisar facultades extraordinarias para fijar únicamente los honorarios de los Conjueces de la Rama Jurisdiccional, podría entenderse, en gracia de discusión, que el artículo 30 numeral 5o., de la misma ley, le confirió, así mismo al Gobierno, autorización extraordinaria para fijar la cuantía de los honorarios de los auxiliares de la justicia. Pero si así hubiera sido, el gobierno no hizo uso de tal autorización sino optó por invocar, para fijarla, el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política como si se tratara del ejercicio normal de su atribución reglamentaria y no de otra derivada de la Ley que resolvió conferírsela con el mismo nombre. Y expidió en primera oportunidad el decreto 2367 de 9 de septiembre de 1968 y luego el Decreto 2204 de 1970, ante las dificultades creadas en la práctica judicial con la promulgación de la Ley 4a. de 1969 sobre autorizaciones para la expedición del Código de Procedimiento Civil". (Memoria del Ministro de Justicia al Congreso Nacional 1968-1970. Canal Ramírez. Antares, Bogotá). Mediaba, además la derogación genérica de toda disposición contraria dispuesta por la misma Ley 16 en su artículo 41 derogación que hizo expresamente el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil (Decretos Nos. 1400 y 2019 de 1970) cuando ya estaba en vigencia el Decreto 2265 de 1969 cuyo artículo 44 había subrogado, por otra parte, el Decreto Reglamentario 2367 de 1968.

La derogación expresa de la Ley 105 de 1931, Código Judicial, comprendió, obviamente, el título de Expensas y su Capítulo de Arancel cuyos artículos 566 y siguientes señalaban los derechos correspondientes a intérpretes peritos, secuestres y curadores ad-litem *dentro del proceso civil* (Subraya la Sala). Como también la derogación de leyes que adicionaron y reformaron dicho Código Judicial entre ellas la Ley 63 de 1936 cuyo artículo 60 había sustituido el 568 del mismo.

Precisamente al referirse a este artículo, la comisión redactora del proyecto de Ley correspondiente al derogado Código Judicial había expresado, en términos que hoy siguen conservando validez, lo siguiente:

Generalmente los aranceles judiciales están regulados por leyes especiales y esto es lo acertado. Los Códigos de procedimientos detallan éstos, sin entrar en reglamentaciones de orden económico que a más de su extensión y prolijidad están sujetas a variaciones frecuentes incompatibles con la estabilidad que para aquellas obras es de desearse.

. . . . . .

Más no habiéndose expedido nunca entre nosotros ley o decreto que fije de manera minuciosa y completa, los derechos o la equitativa remuneración que es justo reconocer a favor de los particulares por los servicios que ocasionalmente prestan, en calidad de

auxiliares de la justicia, hemos reproducido en el proyecto, con algunas modificaciones, las pocas reglas que sobre el particular contiene el Decreto Legislativo número 1 de 1906.

El artículo 568 faculta al juez para aumentar los honorarios de los peritos, cuando lo estime justo, habida consideración a la importancia del trabajo y a la categoría de los expertos, pero al tenor del inciso 2o. de allí, no podrá estimar esos honorarios en más de doscientos pesos, sin abrir antes una articulación, se entiende que para el efecto de que las partes tengan ocasión de allegar datos o elementos de prueba. (Código Judicial Colombiano. Undécima edición dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeres. Imprenta de la Luz — 1931 Pág. 44).

No puede desconocer la Sala, a la altura de estas consideraciones, el fundamento de los motivos expuestos por los comisionados para la redacción del Código Judicial anterior, que seguramente coincidió con el de los motivos que determinaron al legislador de 1968 a habilitar al Gobierno para expedir la tarifa de honorarios de los auxiliares de la justicia. Pero como dicha habilitación no concuerda con la potestad reglamentaria que a aquel corresponde constitucionalmente ni con una precisa facultad extraordinaria, cuyo ejercicio esencialmente transitorio tampoco hubiera procedido, menos aún autoprorrogada como permanente por el mismo Gobierno, es riguroso concluir que el reajuste de los citados honorarios no es viable mediante modificación de los artículos 26, 27, 29, 31, 33, y 36 del Decreto 2265 de 1969, pues ello implicaría vincular su regulación a un mecanismo inconstitucional, derivado autónomamente de un decreto ejecutivo que se dijo reglamentario.

Porque si la Constitución Política atribuye al Presidente de la República en relación con el servicio público de justicia, la obligación de velar por su administración pronta y cumplida en toda la República y de prestar a los funcionarios judiciales los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias, esta obligación corresponde cumplirla con arreglo a las leyes (artículo 119, numeral 2o.). Y es la misma Constitución la que adscribe al Congreso la facultad de regular por medio de leyes aspectos tales de un servicio público de cargo de la Nación, como el de fijar los gastos propios de dicho servicio, o la de modificar disposiciones de códigos, en cualquier o en todas las normas de la legislación (artículo 76, numerales 2o., 10o., 13).

No obstante la atribución genérica que la Constitución da al legislador para revisar y fiscalizar las tarifas y reglamentos de todos los servicios públicos (artículo 39), no hay duda de que el uso de tal atribución prevalece cuando se trata de servicios públicos cuyos gestores son personas de derecho privado y que lo establecido en el artículo 76, es aplicable en modo especial a los servicios públicos que son de cargo de la Nación.

En consecuencia, dictar disposiciones de carácter legislativo, y en particular normas pertenecientes a códigos, sólo incumbe al Congreso, *salvo excepción constitucional.* Hacerlo el Ejecutivo, sin respaldo excepcional, constituye transgresión concreta del inciso segundo del artículo 76. "... Y establecer un procedimiento administrativo para alcanzar esta finalidad inconstitucional ... es de todo punto contrario a la Carta". (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de septiembre de 1971).

Con esta conclusión de que sólo la ley, o el Gobierno investido de la respectiva facultad, puede ordenar reajuste de tarifas de un servicio público, como el que prestan los auxiliares o colaboradores de la administración de justicia, se compagina la previsión del mismo legislador de 1968, contenida en el artículo 29 de la Ley 16:

"Cada tres años, *el Consejo Superior de la Administración de Justicia, revisará, con la ayuda de los organismos técnicos que estime convenientes,* los índices de costo de vi

da, *y recomendará al Gobierno* de acuerdo con ellos, *que propongan al Congreso los reajustes necesarios* en las cuantías de los negocios judiciales, para efectos de la competencia, y en las asignaciones del personal de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, en los honorarios de los Conjueces *y en las tarifas de peritos y demás auxiliares de la justicia.* (Subraya la Sala).

En los términos anteriores se da respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Justicia.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS. POR ADMINISTRACION DELEGADA. VALOR DEL CONTRATO.— Integrado por los honorarios del Contratista y el costo de las obras.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., diez y seis (16) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Magistrado Ponente: **Doctor Osvaldo Abello Noguera.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2037.

Se absuelve la consulta que el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, doctor Alfonso Ospina Ospina, hace a la Sala en los siguientes términos:

"¿En los contratos de obra pública por administración delegada, el valor del contrato está constituido por el monto de los honorarios del administrador delegado o por el valor de las obras?

"Fundamento la consulta en las siguientes consideraciones:

"1o. El sistema de administración delegada, en obras públicas, es uno de los que —según la forma de pago— prescribe el artículo 82 del Decreto 222 de 1983, junto con las figuras de precio global, precios unitarios, reembolso de gastos y concesión.

"Pero resulta ostensiblemente distinto a los demás. En efecto, mientras en los últimamente citados predomina, como común a ellos, la característica de que el contratista sufraga los gastos y costos de la obra con sus propios recursos los cuales le son reembolsados al término de la obra o paulatinamente durante su ejecución, en veces con esa particular naturaleza (caso del contrato por el sistema de reembolso de gastos) y en ocasiones dentro de lo que se denomina precio de la obra o del contrato que incluye, además, una utilidad o rendimiento, en lo de administración delegada no se producen tales erogaciones o inversiones. En ellos el contratista nada desembolsa de su propio peculio para la ejecución de la obra, pues todos los recursos le son situados por la entidad contratante, *para que los administre* en desarrollo y persecución del objeto del convenio, *por cuenta y riesgo de dicha entidad.*

"2o. De acuerdo con el planteamiento que antecede, en los contratos de obra pública distintos del de administración delegada y el contratista actúa en cierto sentido como un vendedor de bienes y servicios puestos en un todo (la obra), es autónomo. Y, por el contrario, en éstos actúa subordinadamente, es un verdadero mandatario del dueño de la obra. La esencia del contrato que se analiza, es por tanto ajena a la nota común de los otros de su género.

"3o. El artículo 83 del Decreto 222 de 1983, ofrece reglas a las que se sujetan los contratos de obras públicas, *para efectos de la selección del contratista*, en función de la cuantía del contrato. Señala que no debe preceder licitación cuando el *valor* oscila entre $2 millones y $20 millones y va hasta $50 millones y que es necesaria la convocatoria pública en el evento de que ese *valor* supere los $50 millones.

"En el parágrafo 1o. de la citada disposición, consideró necesario el legislador extraordinario identificar lo que se estima *como valor* del contrato y, a dicho fin, se refirió al presupuesto oficial o estimativo de costos elaborado por la entidad contratante. El citado artículo 83 comienza haciendo mención a "los contratos de obras públicas" en general, pero es obvio que no persigue ser aplicado a todas las modalidades indicadas en el artículo anterior (el 82) sino a las previstas en los numerales 1o., 2o., 4o., y 5o. Ello, por la simple razón de que para efectos de la selección del contratista (es decir la misma finalidad del artículo 83), el artículo 99 del Decreto 222 de 1983 consagra normas específicas aplicables al de administración delegada, también en función de la cuantía y con un modo especial de convocatoria que no es ya la licitación corriente u ordinaria sino el concurso de méritos. Así, preceptúa que cuando el *valor* del contrato fuere de $5 millones o más, la escogencia se hará mediante concurso y si fuere inferior, o el Consejo de Ministros así lo autorizarse, podrá seleccionarse el administrador delegado directamente.

"4o. Si, pues, el artículo 83 no rige para los contratos por administración delegada (por tener éstos la regulación especial del artículo 99), es apenas obvio que el parágrafo tampoco les es aplicable y, entonces, el valor del contrato por administración delegada no es el presupuesto oficial o estimativo de costos elaborado por la entidad contratante.

"5o. Queda entonces únicamente, como elemento apto para señalar el valor del contrato, el de los honorarios que han de pagarse al administrador delegado, puesto que esa es la verdadera y única contraprestación que a él corresponde por los servicios que suministra como manejador de los recursos o fondos que le suministra la entidad contratante (artículo 93 del Decreto 222 de 1983) y director de los trabajos que le han sido previamente diseñados. Con el aspecto adicional de que tiene el contratista la obligación de rendir cuentas, la cual es muy propia del mandatario (en el derecho común aplicable al derecho contractual administrativo) y le ubica, como ya se dijo, dentro de la categoría de un contratista bajo especial subordinación, no autónomo.

"6o. Es corriente, según las tarifas vigentes para la remuneración del administrador delegado (artículo 100 del Decreto 222 de 1983) que éste tenga derecho aproximadamente a un diez por ciento (10%) del valor de las obras. Seguramente dicha tasa fue tenida en cuenta por el legislador extraordinario al fijar las cuantías del artículo 99, puesto que ellas guardan plena armonía con las del artículo 83 para los efectos de la escogencia del contratista: $5 millones de honorarios significarían $50 millones del valor de las obras, caso en el cual se debe acudir a la convocatoria de un concurso, si se trata de administración delegada. Por su parte, en otras modalidades (artículo 83) para más de $50 millones de valor de las obras, es necesario licitación pública (numeral 3o.). Son eventos semejantes que exigen tratamientos semejantes y abonan la conclusión de que el factor honorarios del contratista no es exótico ni ajeno a la unidad de criterio del estatuto contractual.

"7o. El Decreto 222 de 1983 no reguló expresamente lo que debe entenderse por valor del contrato en el evento de que se pacte el de administración delegada pero, como se ha visto, señaló pautas para concluir que por tal debe entenderse el de los honorarios del contratista. Pero además el artículo 31 del Decreto reglamentario 1522 de 1983 prescribió que el valor del contrato (se refiere al que se celebra como consecuencia del trámite de un concurso de méritos, que es el caso del de administración delegada) se determinará mediante negociación entre el Jefe de la entidad contratante y el oferente que haya presentado la propuesta técnica seleccionada, con base en la propuesta económica. En estas condiciones, es claro que la negociación no puede referirse sino a honorarios por cuanto el estimativo del costo de las obras y su cantidad, forma, extensión, etc., ya han sido previamente adoptados por la entidad contratante (artículo 84 Decreto 222 de 1983) aun antes de la apertura del concurso y no son discutibles o negociables.

"Expuestas las anteriores razones, convendría sin embargo aclarar:

"a) Por motivos de orden práctico y para vincular las disponibilidades presupuestales a una obligación contractual, en el contrato respectivo debe estipularse el valor del contrato (que son los honorarios del administrador) y el valor de las obras para que con fundamento en ellos se produzca el registro presupuestal.

"b) Las garantías que debe otorgar el contratista lo serán con base en el valor de las obras, pues sólo así queda amparada la entidad contratante respecto de la correcta ejecución de aquéllas y adecuada inversión de los fondos suministrados al contratista".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

Para los efectos de una cabal interpretación de las normas referentes al contrato de administración delegada deben tenerse en cuenta las que regulan el régimen de los contratos y específicamente las que se refieren a aquél, sin pretender hacer una interpretación aislada de estas últimas.

En efecto:

I. El artículo 82 del Decreto-Ley 222 habla de la celebración de los contratos de obra, según su *forma de pago,* más no es esta forma la determinante del valor del contrato.

II. El artículo 60 del Decreto-Ley 222 de 1983 señala las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos, que son caducidad, garantías, multas, penal pecuniaria, etc., las cuales si se observan los artículos 69, 71 y 72 están directamente vinculadas al valor de aquellos. Por su parte el inciso final del mismo artículo 60 prescribe "... siempre deberán precisarse el objeto, *la cuantía* y el plazo para la ejecución del contrato". (Subrayas de la Sala). Es importante o más precisamente INDISPENSABLE señalar el valor del contrato, por cuanto, con relación a él operan todos los actos que tienen que ver con la ejecución contractual. Nótese cómo necesariamente por "valor del contrato" para el caso de los contratos de obra ha de entenderse el de las obras contratadas, dentro del cual va incluido el valor de la ganancia del contratista, cuando se trata de contratos a precio global, unitario, por el sistema de concesión y reembolso de gastos.

En los casos del contrato de obras cuyo pago se realice por el sistema de administración delegada al valor de las obras habrá de agregarse el de los honorarios del contratista para determinar el valor del contrato por cuanto esta suma global será la determinante del valor de las cláusulas que se establezcan en el mismo. No parece compadecerse con la finalidad del contrato de obra por el sistema de administración delegada, el que se tome como su cuantía el valor de los honorarios del contratista, por cuanto en el evento de hacer efectiva la cláusula penal, podría presentarse el caso de que ésta no cubriere los perjuicios ocasionados por el contratista a raíz de su incumplimiento (V. artículo 72 inciso 2o; artículo 96 inciso final; Decreto 222 de 1983). Igual razonamiento cabe para la cláusula de garantías.

III. Aun cuando el parágrafo primero del artículo 83 determina el valor del contrato por el correspondiente al presupuesto oficial o estimativo de costos, no es menos cierto que el artículo 93 señala que *de acuerdo con el presupuesto* y las condiciones que se establezcan en el contrato, se suministran los fondos al contratista. Obviamente el presupuesto de la obra ha de tener en cuenta el valor de éstas y el de los honorarios del contratista, para determinar el valor del contrato, cualquiera fuere el sistema utilizado para llegar al contrato bien el directo o el concurso de méritos.

IV. *El total de las obligaciones que en cuanto a valor adquiere la administración es la suma de los factores honorarios y costo de las obras. Lo único que varía en el contrato de administración delegada es la forma de pago al contratista.* Naturalmente, las apropiaciones que haga la administración necesariamente han de tener en cuenta los factores en mención, los cuales resultan del presupuesto que haga para poder determinar el valor total del contrato.

Lo contrario significa que la administración se engañaría así misma al señalar un valor del contrato que no tiene en cuenta el costo de las obras, lo que de paso la lleva a enfrentar no sólo problemas de orden presupuestal en cuanto a la apropiación de las partidas para la ejecución del contrato, sino en cuanto al valor de las cláusulas a pactar.

V. La conclusión a la cual se llega es obvia, por cuanto la suma de los factores mencionados es la que determina el costo total de la obra, o en otras palabras, del contrato. *Este monto es el que desembolsa y paga la administración y por ello en el contrato habrá de especificarse en forma clara el valor del mismo, integrado por los honorarios del contratista y el costo de las obras.*

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia, doctor Alfonso Ospina Ospina.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA PUBLICA POR EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.— Cuando el artículo 81 del Decreto-Ley 222 de 1983 define los contratos de obras públicas como aquellos que se celebran para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, etc., de bienes inmuebles de carácter público se está refiriendo a cualquier clase de bienes. El todo es que sean bienes públicos, que pertenezcan al Estado, sin que para ello importe si son bienes fiscales o no. BIENES INMUEBLES DE CARACTER PUBLICO. Aquellos cuyo dominio pertenece al Estado. DOMINIO EMINENTE. Sobre qué bienes se ejerce. BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES. Diferencias. Jurisprudencia de la Corte.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2034.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Minas y Energía (E), doctora Margarita Mena de Quevedo, hace a la Sala en los siguientes términos:

"En mi condición de Ministro de Minas y Energía me permito formular a esa Honorable Corporación la consulta que expongo en los términos siguientes:

"La definición que de contratos de obra pública contiene el Decreto 222 de 1983, se estructura sobre la naturaleza de los inmuebles respecto de los cuales se ejecutan las correspondientes obras, o sobre la forma de destinación de los mismos en un servicio público, es decir, en este último caso teniendo en cuenta si su afectación a fines de interés general se da en forma directa. Con base en las consideraciones siguientes, de la manera más comedida solicito a la Honorable Sala conceptuar si, dadas las características de los bienes y la manera de participación de ellos en fines de interés social, la referida definición resulta aplicable a la actividad contractual que desarrollan las empresas industriales y comerciales del Estado para cumplir los objetivos que les son propios.

"**1. Actos y contratos de las empresas**

"a) De conformidad con el artículo 60 del Decreto 1050 de 1968, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado 'son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, *que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado,* salvo las excepciones que consagra la ley ... '(subrayo).

"b) Según la disposición contenida en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, 'Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado ... *realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado,* y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia ... '(Se subraya).

"Por su parte, el artículo 34 del mismo estatuto prescribe que '... *Los contratos* que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta *para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno.* Las cláusulas que en ellos se incluyan *serán las usuales para los contratos* entre particulares ... ' (subrayo).

"**2. Objeto y campo de acción de las empresas**

"Las disposiciones legales transcritas en sus apartes más sobresalientes, señalan el objeto y el campo de operación de las empresas industriales y comerciales del Estado, al establecer que la finalidad legalmente asignada a ellas, es decir, el desarrollo de actividades eminentemente industriales y comerciales, se cumple, por regla general, dentro del marco del derecho privado. Ello hace necesario que la gestión económica que a través de tales entidades ejerce el Estado, comporte la conveniencia de que esos organismos estén dotados de una capacidad funcional y contractual suficientemente autónoma, que les permita competir en similitud de condiciones y posibilidades con los particulares, finalidad que resultaría de difícil logro si el régimen de las empresas llegara a ser íntegramente de derecho público.

"3. **Evolución hacia el régimen privado para las empresas estatales**

"A partir de la expedición del Decreto 3130 de 1968 , 'por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional', las disposiciones legales relativas al régimen de la contratación administrativa han ido perfeccionando el principio de la operación autónoma por parte de las empresas estatales, y es fácil advertir que a este respecto se ha dado un desarrollo legislativo cada vez más cercano a la necesidad de que la participación estatal en labores idénticas a las que de ordinario ejercen los particulares, se cumpla a través de procedimientos distintos de los que normalmente son característicos de la gestión oficial o pública. En efecto, es importante anotar que el Decreto-Ley 1670 de 1975 ya había señalado algunos aspectos exceptivos para el trámite de contratos en las empresas industriales y comerciales del estado, particularmente en lo relativo a la contratación de obras públicas, y que el Decreto 160 de 1976 introdujo un tratamiento especialísimo para estas empresas, consistente en que el régimen de derecho público consignado en ese estatuto sólo les sería aplicable respecto de contratos de empréstitos y de obras públicas, principio que también mantiene el Decreto 222 de 1983, actual estatuto de contratación administrativa. En otros términos, la actividad fundamental de esas entidades, es decir, la referente al ejercicio de su objeto industrial y comercial, continúa gobernándose por las normas del derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1050 de 1968.

"4. **Concepto jurisprudencial de obra pública anterior a la definición legal vigente**

"Para fines de la presente consulta, considero importante destacar uno de los más sobresalientes avances del nuevo estatuto de contratación, o sea el alusivo a la definición del contrato de obra pública, con lo cual vino a llenarse un vacío legal que en muchas oportunidades dio origen a respetables conceptos de esa Honorable Sala.

"a) Es de advertir que bajo la vigencia de los Decretos-Leyes 1670 de 1975 y 150 de 1976, se presentó una constante dificultad para precisar el procedimiento aplicable en ciertos casos específicos de contratación por parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, ya que los referidos decretos no definieron el concepto de 'obra pública', ni postularon tampoco algunos caracteres propios de los contratos destinados a la ejecución de tales obras, pues se limitaron a enunciar unas clasificaciones taxativas derivadas del objeto contractual.

"Las abundantes manifestaciones jurisprudenciales y doctrinarias que se pronunciaron al respecto, orientaron a las empresas estatales en la adopción de fórmulas que, si bien no resolvían definitivamente el problema, por lo menos facilitaban mecanismos de acción acordes con la naturaleza de tales entidades y, fundamentalmente, adecuados a su peculiar necesidad de operar dentro del derecho privado, no obstante ser organismos enteramente estatales, vinculados a labores de innegable interés para la dirección de la economía nacional.

"b) En relación con el concepto de obra pública, vale la pena recordar cómo se pronunció el Consejo de Estado en sentencia proferida el 4 de noviembre de 1949:

" 'Tres condiciones vienen a configurar el trabajo u otra pública, a saber: intervención de una entidad de derecho público en su realización; que recaiga sobre un bien inmueble, y, especialmente, *que se efectúe para la utilidad o servicio público*', (se subraya).

"Y más recientemente, en octubre de 1975, dijo el Consejo de Estado: 'Es trabajo público todo trabajo de construcción, de administración o de conservación de un inmueble, ejecutado por cuenta de una persona de derecho público *en el interés público*'. (Subrayo).

"c) Para resaltar la innovación que en esta materia consagra el Decreto 222 de 1983, interesa observar que las concepciones jurisprudenciales y doctrinarias anteriores a este estatuto, mantuvieron como un elemento esencial en la precisión del concepto de obra pública, la exigencia de que su ejecución se proyectara a la prestación de un servicio público o a fines de interés social, *no importaba que esa destinación fuera directa o indirecta.* Este punto de vista fue ratificado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 17 de mayo de 1979, al expresar:

" 'La reseña de los antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado permite a la Sala retomar *el concepto de obra pública atrás expuesto*, para destacar su más amplia connotación, por cuanto no se limita a definir la obra pública, o por la naturaleza de los recursos empleados en su ejecución, *sino por razón de su afectación a fines de utilidad general y la titularidad del dominio de quien la emprende o a cuyo nombre se ejecuta*'. (Subrayas de la Sala).

"5. La definición del contrato de obra pública, según el nuevo estatuto

"a) En el actual estatuto, Decreto 222 de 1983, se involucraron nuevos y determinantes factores para la solución del problema a que me he venido refiriendo, pues el legislador extraordinario decidió precisar no ya el concepto de 'obra pública', al que la jurisprudencia y la doctrina han dedicado prolongados análisis, sino la noción de 'contratos de obras públicas', para todos los efectos prácticos de esa modalidad de contratación administrativa. En consecuencia, a la luz de la disposición contenida en el artículo 81 del nuevo estatuto, parece que ahora es suficiente que las entidades oficiales confronten los factores de la definición legal con el objeto del contrato que pretenden celebrar, para calificar la naturaleza del convenio y determinar así el trámite a que debe estar sometido.

"b) El punto anteriormente tratado constituye el aspecto de la consulta que formulo, pues interesa sobremanera que esa Honorable Sala conceptúe si la ejecución de determinadas actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado debe formalizarse a través de contratos de obra pública, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes respecto de los cuales se desarrollan, y la forma de su destinación a objetivos de interés social. Dice el texto del artículo 81 del Decreto 222 de 1983: 'Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de *bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público*' (se subraya).

"La parte resaltada de la disposición transcrita es el aporte del nuevo estatuto al esclarecimiento del asunto materia de esta consulta, por lo que en tales expresiones habrá de concretarse la solicitud de concepto a esa Honorable Sala, con el fin de establecer si la definición resulta aplicable a la actividad contractual que las empresas industriales y comerciales desarrollan para cumplir sus objetivos específicos.

"Para mayor claridad importa señalar de una vez que la ley es categórica en cuanto a que el contrato de obras públicas solamente puede existir respecto de inmuebles. Mas, precisamente, en relación con inmuebles de 'carácter público' o con inmuebles que, sin tener tal naturaleza, estén al menos 'directamente destinados a un servicio público'.

"¿Qué se entiende por inmuebles de carácter público? Parece que el legislador extraordinario no pudo referirse sino a los bienes de uso público, definidos así en el artículo 674 del Código Civil:

" 'Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, pla-

zas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales'.

"¿Responden a tal característica los bienes que las empresas industriales y comerciales del Estado utilizan para desarrollar sus procesos industriales y sus actividades de comercio? ¿Puede afirmarse válidamente que las instalaciones de una empresa dedicada a la explotación y comercialización de recursos naturales son para que los particulares puedan 'usarlas o gozarlas' como se aprovechan los puentes, las calles, ríos o caminos? ¿Y específicamente, pueden catalogarse las plantas industriales de esas empresas como bienes inmuebles de uso público?

"Las instalaciones y plantas industriales ya referidas responderían más exactamente al concepto de bienes fiscales, es decir, bienes de la Nación 'cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes' según las voces del mismo artículo 674 del Código Civil. Y no es precisamente a esta categoría de bienes a la cual alude el artículo 81 del Decreto 222, cuando exige que deben ser 'inmuebles de carácter público' los que reciban el beneficio de la 'construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración', para que legalmente pueda estructurarse el contrato de obra pública. Por lo demás, es perfectamente lógico que la expresión inmuebles de 'carácter público' que utiliza la norma analizada haga referencia exclusiva a inmuebles de 'uso público', pues si se tratara de una alusión genérica sobraría la segunda parte de la disposición, la cual comprende los demás inmuebles que, sin ser de uso público, también pueden dar origen a contratos de obra pública, bajo la condición de que estén 'directamente destinados' a una actividad de utilidad social.

"Sobre la apreciación de que no cabría calificar las instalaciones, plantas industriales y, por lo general, los bienes de las empresas industriales y comerciales del Estado como de uso público, conviene pensar si sería lógico aplicar la segunda parte del artículo 81 del Decreto 222 de 1983 a las actividades de estas empresas estatales, en cuanto preceptúa que 'son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de ... *inmuebles directamente destinados a un servicio público*'

"De examinar los estatutos orgánicos de las entidades a que se refiere esta consulta, se establece que su objeto se concreta en actividades eminentemente industriales y comerciales, tales como la explotación y comercialización de recursos naturales, objetivos que si bien redundan en beneficio de la economía nacional, no constituyen por sí mismos un servicio público. A este propósito, convendría que esa Honorable Sala se manifestara respecto de si existe diferencia entre los conceptos servicio público y utilidad pública, pues mientras el primero entraña necesariamente una actividad regulada por la ley y dirigida por el Estado para satisfacer necesidades colectivas, el segundo parece ser apenas una calificación que se otorga a determinada actividad o cosa para fines muy específicos, sin que ese atributo sea asimilable por sí solo a un servicio público.

"En el orden de ideas expuesto, difícilmente podría concebirse que las instalaciones de las empresas industriales y comerciales del Estado se encuentran directamente destinadas a un servicio público, lo cierto es que su afectación inmediata, permanente, exclusiva y única, lo es para lograr sus finalidades estatutarias primordiales, esto es, labores de explotación y comercialización de recursos naturales, en dasarrollo del atributo constitucional del Estado para dirigir la economía nacional.

"La anterior es precisamente la innovación más destacada que presenta el artículo 81 del actual estatuto de contratación, pues, como en párrafos precedentes quedó consignado, antes de este código y, según concepciones jurisprudenciales, uno de los

requisitos de la noción de obra pública era el de la afectación del inmueble a fines de utilidad general, sin que incidiera la forma de la destinación, es decir, directa o indirecta. Ahora la ley exige que esa afectación sea directa a un servicio público, postulado que no podría darse en el caso de una planta industrial destinada en forma inmediata y exclusiva a procesamientos técnicos que constituyen parte esencial del objetivo del ente estatal.

"Con fundamento en las consideraciones que preceden, me permito formular a la Honorable Sala de Consulta y Servicio Civil el siguiente interrogante:

"¿Deben ser tramitados como de obras públicas los contratos que tiene por objeto la 'construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración' de plantas industriales y demás instalaciones que se utilizan para el desarrollo de las actividades propias de las empresas industriales y comerciales del Estado?".

LA SALA CONSIDERA:

I— El inciso segundo del artículo 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983 prescribe: "*De las entidades a las cuales se aplica este estatuto:* ... A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del (90%) noventa por ciento de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades ...".

II— El artículo 255 del decreto en mención establece: "DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS DE LAS EMPRESAS. Los contratos de obras públicas que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado se someterán a las reglas previstas en este estatuto para los de su género, pero no requerirán concepto del Consejo de Ministros. La revisión del Consejo de Estado será necesaria cuando la cuantía supere los cuatrocientos millones de pesos ($400'000.000)".

III— El artículo 81 del referido Decreto 222 señala: "DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS. Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de *carácter público o directamente destinados a un servicio público.* (Subraya de la Sala).

IV— Las normas transcritas establecen el régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en cuanto hace al contrato de obras públicas y lo que debe entenderse por este último. En este orden de cosas ha de establecerse qué se entiende por "bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público" para determinar si los contratos para la ejecución de obras por parte de las empresas industriales del Estado han de someterse al régimen del Decreto 222.

A — En primer lugar debe dejarse claro, que cuando la norma se refiere a "bienes inmuebles de carácter público" está haciendo mención de todos aquellos cuyo dominio pertenece al Estado, que hacen parte del patrimonio del Estado. Son aquellos sobre los cuales ejerce el llamado dominio eminente, el dominio público del Estado y por tanto en su regulación y régimen están sujetos a normas de derecho público y de allí que para su construcción, manejo, conservación, restauración, etc., debe acudirse a procedimientos regulados por normas que hacen parte de un régimen de derecho público.

No puede hacerse distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales por cuanto la norma es genérica, se refiere a toda clase de bienes públicos.

B — El patrimonio de las Empresas Industriales es estatal y por ende sus bienes son públicos, hacen parte del patrimonio del Estado e igual condición transmitirán a los que adquieran o construyan por su cuenta. Otra cosa es el régimen mixto de derecho público y de derecho privado a que están sujetos para el cumplimiento del objetivo que se les ha señalado. Pero la ley es clara al establecer que deben someterse a normas de derecho público para la celebración de los contratos de obras públicas.

C — La Corte Suprema de Justicia en sentencia de noviembre 16 de 1978 (Gaceta Jurídica Tomo CLVII, Pág. 263) en Sala plena expresó: ... "Bienes de uso público y bienes fiscales conforman el dominio público del Estado, como resulta de la declaración del artículo 674 del Código Civil. La distinción entre 'bienes fiscales' y 'bienes de uso público', ambos pertenecientes al patrimonio del Estado, esto es, a la hacienda pública, hecha por las leyes, no se funda en una distinta naturaleza sino en cuanto a su destinación y régimen. Los segundos están al servicio de los habitantes del país, de modo general, de acuerdo con la utilización que corresponda a sus calidades, y los primeros constituyen los instrumentos materiales para la operación de los servicios estatales o son reservas patrimoniales aplicables en el futuro a los mismos fines o a la satisfacción de otros intereses sociales. Es decir que, a la larga, unos y otros bienes del Estado tienen objetivos idénticos, en función del servicio público, concepto equivalente pero no igual al de 'función social' que se refiere exclusivamente al dominio privado.

"Esto es, que ambas clases de bienes estatales forman parte del mismo patrimonio y sólo tienen algunas diferencias de régimen legal, en razón del distinto modo de utilización. Pero, a la postre por ser bienes de la hacienda pública tienen un régimen de derecho público, aunque tengan modos especiales de administración ...".

D — En consecuencia, cuando el artículo 81 del Decreto Ley 222 de 1983 define los contratos de obras públicas como aquellos que se celebran para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, etc., de bienes inmuebles de carácter público se está refiriendo a cualquier clase de bienes. El todo es que sean bienes públicos, que pertenezcan al Estado, sin que para ello importe si son bienes fiscales o no.

Como las Empresas Industriales son patrimonio estatal, sus bienes son públicos y por tanto deben someterse a la observancia del Decreto-Ley 222 en lo que se refiere a la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por la señora Ministra de Minas y Energía (E.) doctora Margarita Mena de Quevedo.
Transcríbase en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

EMPLEADOS DE LA REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.— Todas las personas naturales que prestan sus servicios a la Registraduría Nacional del Estado Civil en sus oficinas centrales y en sus dependencias a nivel seccional, como funcionarios electorales, permanentes de la denominada Rama Electoral, están sujetas a un régimen especial deter-

minado por la naturaleza del servicio, cuya autonomía técnica preservó la Ley 28 de 1979 en gracia de la prestación del mismo, a través de una organización ajena a la influencia partidista y garante de la plena responsabilidad e imparcialidad política de los funcionarios a ella adscritos. — ORGANIZACION ELECTORAL. Distribución paritaria. (Artículo 6o Ley 28 de 1979).— CLASIFICACION EN NIVELES. Por el Decreto 721 de 1978 modificado por el Decreto 897 de 16 de Mayo de 1978. Funciones: Nomenclatura. Remuneración. Jornada de trabajo.— APLICACION DE LAS NORMAS SOBRE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. El nombramiento, la modificación, declaración o revocatoria de la designación, como la posesión, iniciación en el servicio, la declaración de insubsistencia, la renuncia, la supresión de empleo, el retiro por pensión, la destitución, el procedimiento y las sanciones disciplinarias, el régimen prestacional son aplicables a dichos empleados. En consecuencia la aplicación de los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973, corresponde al personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en cuantos aspectos corresponde al carácter de libre nombramiento y remoción que tienen sus empleos y que no han sido objeto de regulación específica por la ley orgánica de dicho organismo ni por los decretos que establecieron su sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración.— Causales de Remoción. Las normas sobre carrera administrativa no les son aplicables a la Registraduría, pues sus empleados son de libre nombramiento y remoción.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2039.

El señor Ministro de Gobierno pide concepto a la Sala sobre la consulta que a continuación se transcribe:

"Como es de nuestro conocimiento, el Decreto Extraordinario 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.).

"En concordancia con lo anterior, el artículo 1o. del Decreto Extraordinario 1050 de 1968 establece que la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional se encuentra integrada por la Presidencia de la República, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias y los Establecimientos Públicos.

"Conforme a lo dispuesto en la letra f) del artículo 3o. del Decreto 2400 de 1968, los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuya designación está regulada por leyes especiales, son de libre nombramiento y remoción.

"Como se ha planteado la duda sobre el Decreto 2400 de 1968 y demás disposiciones que la adicionan y modifican se aplica a los funcionarios que prestan sus servicios en la Registraduría Nacional del Estado Civil, este Despacho formula a esa Honorable Corporación los siguientes interrogantes:

"1. ¿Los empleados públicos de la Registraduría Nacional del Estado Civil se encuentran regulados, en lo referente a la administración de personal, por el Decreto 2400 de 1968?

"2. ¿En caso afirmativo, como hasta el momento no existe ley especial que determine cuáles empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil son de libre nombramiento y remoción, puede considerarse que los cargos de esta entidad pertenecen a la carrera administrativa y que, por consiguiente, su provisión debe efectuarse mediante la realización de concursos, en los términos y condiciones señalados en los Decretos que regulan la administración del personal civil de los empleos de la Rama Ejecutiva?

"3. ¿Cuáles cargos pertenecientes a la planta de personal de la Registraduría tendrían el carácter de libre nombramiento y remoción?"

* * *

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuando la Ley 28 de 1979, "por la cual se adopta el Código Electoral", señala como función de la Corte Electoral la de "elegir al Registrador Nacional del Estado Civil y, a quien haya de reemplazarlo en sus faltas absolutas o temporales" y la de removerlo por parcialidad política *o por cualesquiera de las causales establecidas en la Ley* (artículo 22); cuando dispone que el Registrador se elija para un período de cuatro años (4 años), contados a partir del 1o de enero de 1980 y señala su remuneración y la entidad ante la cual toma posesión de su cargo (artículo 23); cuando atribuye al Registrador Nacional del Estado Civil la designación, con aprobación de la Corte Electoral, de un Secretario General, de filiación política distinta y con calidades de Magistrado de Tribunal Superior; la de Visitadores Nacionales, Delegados y Registradores Distritales de Bogotá, con las mismas calidades pero distinta filiación política (artículos 22-5 y 27-8, 29 y 35); cuando le atribuye la misma función de designar el personal de las oficinas centrales de la Registraduría y la de disponer su movimiento (artículo 27-8 y 10), como la facultad de remover sus Delegados y los Registradores Distritales "*en caso de parcialidad política o por cualquiera de las causales establecidas en la ley*" (artículo 32); cuando atribuye a los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil la función de nombrar, con aprobación del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Estado Civil de capitales de departamento y ciudades de más de cien mil (100.000) cédulas vigentes y la de nombrar, así mismo, los Registradores Municipales, los Delegados del Registrador del Estado Civil y demás empleados de la circunscripción electoral y "disponer el movimiento de personal de sus respectivas dependencias (artículos 33-1o. 4o. y 47-1o.); cuando atribuye a los Registradores Distritales la función de nombrar Registradores Auxiliares, Delegados y demás empleados de la Registraduría Distrital, como la de "disponer los movimientos de personal" (artículos 38-1-2 y 47); cuando dispone en fin, la Ley 28 de 1979 que al Registrador Nacional del Estado Civil corresponde "dirigir el funcionamiento de todas las dependencias de la Registraduría Nacional" y "crear, fusionar, suprimir cargos y señalar las asignaciones correspondientes con aprobación de la Corte Electoral" (artículo 27-1o. y 7o.); que los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil tendrán en cada circunscripción electoral, la responsabilidad y vigilancia del funcionamiento de las Dependencias de la Registraduría Nacional, a nivel nacional (artículo 28); que la misma atribución corresponde a los Registradores Distritales respecto del funcionamiento de las dependencias de la Registraduría Distrital (artículo 34) y a los Registradores Municipales y Auxiliares respecto del funcionamiento de las dependencias de la Registraduría Municipal (artículos 39 y 46), hay lugar a inferir, indiscutiblemente, que todas las personas naturales que prestan sus servicios a la Registraduría Nacional del Estado Civil en sus oficinas centrales y en sus dependencias a nivel seccional, como funcionarios electorales permanentes de la denominada Rama Electoral (artículo 41), están sujetas a un régimen especial determinado por la naturaleza del servicio, cuya autonomía técnica preservó la Ley 28 en gracia de la prestación del mismo, a través de una organización ajena a la influencia partidista y garante de la plena responsabilidad e imparcialidad política de los funcionarios a ella adscritos (ar-

tículo 10o.). Todo a tono por cierto con el principio de protección que exige de las autoridades el ejercicio del sufragio y con el otorgamiento de garantías plenas que el proceso electoral reclama (artículo 5o.).

No en vano se sostiene también otro principio sustantivo, el del artículo 6o. de la ley, a cuyo tenor "los dos partidos políticos que hayan obtenido mayoría en las últimas elecciones estarán representados paritariamente, en igualdad de circunstancias, en la organización electoral, sin perjuicio del régimen de imparcialidad política y garantías que corresponde a todos los ciudadanos".

Como disposición que conserva la representación paritaria en la organización electoral, la del decreto transcrito fue reglamentada por el artículo 2o. del Decreto No. 2450 de 1979, en los siguientes términos:

"Los Magistrados de la Corte Electoral, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Secretario General y los Visitadores Nacionales acreditarán su afiliación política y el hecho de no estar comprendidos dentro de las inhabilidades establecidas por la ley, mediante declaración jurada en el momento de tomar posesión del cargo, la cual quedará acreditada en la firma del acta de posesión.

"Los delegados del Registrador Nacional, los Registradores Distritales, los Municipales y los Auxiliares, así como los Delegados de los Registradores acreditarán su filiación política y el hecho de no encontrarse dentro de las inhabilidades establecidas por la ley, mediante declaración rendida ante una autoridad judicial, cuya acta se remitirá con antelación al funcionario nominador".

Un régimen especial, del carácter descrito en sus más generales regulaciones, ya había requerido de otras particulares y concernientes al sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Registraduría y a a fijación de escalas de remuneración correspondientes. Fueron las que adoptó el Gobierno, con facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 5a. de 1978, mediante el Decreto No. 721 de 20 de abril de 1978, modificado por el Decreto 897 de 16 de mayo siguiente. Allí quedaron clasificados en sus respectivos niveles, según la naturaleza general de sus funciones y la índole de sus responsabilidades, los empleos de la Registraduría, con su nomenclatura específica, escala de remuneración independiente, carácter permanente, jornada de trabajo, y equivalencias con relación al sistema del Decreto 603 de 1977. A regulaciones sobre la jornada de trabajo, horas extras, factores de salario, bonificación por servicios prestados, incremento por antiguedad, prima de servicios y viáticos, se integró la relativa a creación y supresión de empleos, del siguiente tenor:

"La Registraduría Nacional del Estado Civil establecerá la planta de personal necesaria para desarrollar cada uno de sus programas presupuestarios, de acuerdo con sus funciones y su estructura orgánica y con sujeción a las siguientes reglas:

"a) La creación de empleos deberá ajustarse a las normas sobre clasificación y nomenclatura de cargos fijadas por este Decreto y el manual de funciones.

"b) Ningún empleo podrá tener funciones generales distintas a las establecidas en la Constitución, la Ley o el manual respectivo de la entidad para las diferentes clases de cargos, ni remuneración que no corresponda a la señalada en las escalas salariales fijadas en el presente Decreto.

"c) La elaboración o modificación de la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se hará mediante Resolución del Registrador Nacional del Estado Civil con aprobación de la Corte Electoral.

"d) Todos los empleos de la Registraduría deberán estar comprendidos en la planta de personal".

Desde la expedición de los decretos citados y aún de otros, como el 495 de 1975 y el 542 de 1977, el Gobierno Nacional ha continuado, previa autorización anual del Congreso, regulando las materias en ellos contenidas, hasta la expedición de la Ley 52 de 1983, cuyo artículo 1o. le otorga, de nuevo, "facultades para fijar las escalas de remuneración y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación correspondientes a las distintas categorías de empleos" de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Ninguna de tales regulaciones contiene ni pudo contener todos los aspectos concernientes a la administración de personal de la Registraduría, que con la aplicación exclusiva de la Ley 89 de 1948, o ahora, con la de la Ley 28 de 1979, podría funcionar como funciona la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva, excepto el Ramo de Defensa, con la aplicación del Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968.

De sí sería aplicación implícita del artículo 3o. aparte f) del Decreto 2400 y del artículo 18, aparte g) del Decreto 1950 de 1978 a la Registraduría Nacional del Estado Civil, el reconocimiento del carácter de libre nombramiento y remoción de sus empleos "cuya designación está regulada por leyes especiales", porque así está definido en dichos artículos y porque, como es obvio, la Ley 28 de 1979 y su reglamento regulan la designación de los Magistrados de la Corte Electoral, para un período de cuatro (4) años (artículos 12 a 22); la del Registrador Nacional del Estado Civil, para un período igual (artículo 23); la del Secretario General (artículo 23-8); la de los Visitadores Nacionales (artículo 23); la de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, dos en cada circunscripción electoral (artículos 28 a 33); la de los Registradores Distritales (artículos 34 a 38); la de los Registradores Municipales y Auxiliares (artículos 39 a 46); y la de los Delegados de los Registradores Distritales y Municipales (artículos 47 a 49).

Si dicha regulación es bastante para los efectos de reconocer el carácter de libre nombramiento y remoción de tales empleos y aun el de todos los demás asignados a las oficinas centrales de la Registraduría y cada circunscripción electoral (artículos 27.8 y 33-1) como el de los empleados de la Registraduría Distrital (artículo 38.1), no sería suficiente para los restantes efectos administrativos que el ejercicio de la función pública implica, aunque los respectivos cargos sean de libre nombramiento.

Precisamente son los cargos citados como de libre nombramiento y remoción por el Decreto 1950 de 1973 aquellos cuya provisión, traslado o encargo se hace por nombramiento ordinario, (artículo 26) cuando hay vacancia definitiva (artículo 22) y que en lo referente a traslados o permutas, aún dentro del régimen de carreras especiales, se regulan por lo dispuesto en el Decreto citado (artículo 29 último inciso).

También la modificación, aclaración o revocatoria de la designación (artículos 45 y 129) como la posesión (artículos 46 y siguientes) e iniciación en el servicio (artículo 54), son efectos propios del régimen de administración de personal de libre nombramiento y las situaciones administrativas de empleados vinculados regularmente a la administración pública (artículos 58 a 104) son comunes, por su naturaleza y oportunidad, a todos aquellos mientras conserven su vinculación y hasta el retiro del servicio (artículos 105 y 106).

La declaratoria de insubsistencia tiene regulación expresa para los empleos de libre nombramiento y remoción (artículo 107) y la renuncia (artículos 110 y siguientes), supresión de empleo de libre nombramiento y remoción (artículo 117), el retiro por pensión y la destitución (artículos 119 y siguientes) son garantías del trabajo administrati-

vo o constituyen prerrogativas de los empleados compatibles con la administración de personal en cualquier organismo del sector público.

La aplicación, igualmente, de un sistema que regula la conducta de los empleados y sanciona los actos incompatibles con los objetivos señalados, o con la dignidad que implica el ejercicio de funciones públicas, como es el régimen disciplinario establecido por el Título Sexto del Decreto 1950 de 1973, no puede ser supletoria en un sector específico de la administración, cuando su objeto es asegurar la legalidad, moralidad, imparcialidad, responsabilidad, cooperación y eficiencia en los servicios administrativos. Por tal razón la incursión en faltas disciplinarias puede ser causal de remoción de todo funcionario, así disfrute de período legal para el ejercicio de sus funciones, como es el caso del Registrador Nacional del Estado Civil. Finalmente los estímulos a que se hagan acreedores los empleados y su derecho a recibir capacitación, adiestramiento y perfeccionamiento (artículos 168 y siguientes), no pueden ser desconocidos por organismo alguno, así no tengan como objetivo el ingreso en la carrera administrativa si por definición son empleados de libre nombramiento y remoción.

De la aplicación de los decretos que regulan la administración del personal civil sólo está excluido el personal del ramo de defensa, como lo está también de la aplicación del Decreto 1848 de 1969 que reglamenta el Decreto 3135 de 1968 sobre régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales y de la del Decreto 1848 de 1969, sobre aplicación de dicho régimen. En consecuencia, la aplicación de los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973, corresponde al personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en cuantos aspectos corresponde al carácter de libre nombramiento y remoción que tienen sus empleos y que no han sido objeto de regulación específica por la ley orgánica de dicho organismo ni por los decretos que establecieron su sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración.

Las causales de remoción de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y de los Registradores Distritales son las establecidas por el Decreto 1950 de 1973 y a ellas remite expresamente el artículo 32 de la Ley 28 de 1979; a las normas del mismo Decreto es remisible la función de dichos Delegados y de los Registradores Distritales en relación con la investigación de la conducta administrativa y la imposición de sanciones de los empleados subalternos (artículo 33-3); y la dirección, responsabilidad y vigilancia del funcionamiento de las dependencias de la Registraduría a todos los niveles, son atribuciones de nivel ejecutivo cuyo ejercicio implica la aplicación de las normas legales, propias de la administración de personal.

Ante la existencia y la vigencia de tales normas, no tendría sentido una aplicación indirecta o condicionada de las mismas cuando la condición jurídica de su personal comparte las mismas situaciones, prerrogativas y deberes de todo empleado público. Y mucho menos lo tendría dar carácter supletorio a normas de jerarquía legal frente a normas reglamentarias internas cuando su aplicación debe ser prevalente y directa con relación a todo aspecto no regulado por normas de igual jerarquía.

Para terminar restaría breve referencia a la carrera administrativa, sistema de administración de personal excluido de plano con respecto al que presta sus servicios a la Registraduría Nacional del Estado Civil dado el carácter de libre nombramiento y remoción de todos los empleos adscritos a su organización, previsto por su estatuto orgánico y expresamente atribuido por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

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

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— Presentación del paz y salvo por el impuesto sobre la renta y complementarios desde el momento de formular la propuesta. Omisión de este requisito cuando el contrato requiere licitación y cuando no la requiere.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., Primero (1o) de Marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2048.

El señor Ministro de Minas y Energía formula a la Sala la siguiente consulta:

"El artículo 8o del Decreto 222 de 1983, preceptúa: 'De las inhabilidades:

'No podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto:

. . . . . .

'5. Quienes en la fecha en que se haya de firmar el contrato no se encuentren en paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto de impuestos de renta y complementarios. Este paz y salvo no se exigirá a apoderados o representantes legales de los contratistas.

"Por su parte el artículo 25 del mismo estatuto dispone: 'De los requisitos:

'Salvo disposición legal en contrario la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos:

'A. Presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios desde el momento de formular la propuesta ...'.

"De la simple comparación de las dos disposiciones surge en forma evidente la observación de que el estatuto de la contratación administrativa eleva a la categoría de inhabilidad para celebrar el contrato, el hecho de que en la fecha en que el mismo haya de suscribirse, el contratista no se encuentre en paz y salvo por concepto de impuesto de renta y complementarios. En cambio, el incumplimiento del requisito contenido en el artículo 25 citado, no aparece expresamente señalado como constitutivo de alguna de las causales de nulidad contempladas en el Título VII. En efecto, el artículo 78 del Decreto 222 de 1983 al establecer las causales de nulidad de los contratos, señala entre las que generarían nulidades absolutas, el evento de que los contratos se celebren, "con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto". Parece entonces, salvo criterio ilustrativo de esa Honorable Sala, que de conformidad con la norma referida, la inhabilidad a que alude el artículo 8 numeral 5, daría lugar a nulidad absoluta en la celebración del contrato.

"No ocurre lo mismo con la disposición citada del artículo 25 por cuanto, como ya se dijo, el incumplimiento de la obligación de presentar el paz y salvo con la oferta no tiene asignada en el estatuto la consecuencia de la clase de nulidad a que dicha omisión podría dar lugar. Además, esa misma omisión, por parte del oferente, tampoco aparece contemplada en las causales expresas de nulidad absoluta establecidas en el artículo 78 del estatuto.

"Como fundamento en las observaciones que anteceden, pregunto a esa Honorable Corporación si el hecho de que el licitador no presente el paz y salvo con la oferta, ha de calificarse como una omisión generadora de simple nulidad relativa, es decir, si esa circunstancia podría estar comprendida en la prescripción genérica a que se refiere el artículo 79, cuando luego de enunciar las causales de nulidad relativa, denomina con el mismo carácter cualquier vicio u omisión no comprendidos en el artículo anterior.

"Si a criterio de esa Honorable Corporación en el caso planteado se estuviera apenas ante la posible ocurrencia de una causal de nulidad relativa del futuro contrato, me permito preguntar cómo y en qué oportunidad se aplicaría en la práctica el mecanismo de saneamiento de que habla el artículo 79, en cuanto dispone que 'con el cumplimiento del requisito o formalidad omitidos, se subsana esta nulidad', teniendo en cuenta que para la suscripción del convenio, el proponente presenta el paz y salvo indicado en el numeral 5o. del artículo 8o. del estatuto".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. El artículo 25, literal a) del Decreto-Ley 222 de 1983, señala como requisito general para todos los contratos que celebre la administración la "*presentación por el oferente* de paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, *desde el momento de formular la propuesta*". (Subraya la Sala).

Debe tenerse en cuenta, que la celebración de contratos administrativos es un acto jurídico complejo, con una serie de requisitos formales para asegurar el principio de la legalidad, y por ello, tienen una normas obligatorias, no discrecionales, de cuyo cumplimiento no puede eximirse el posible contratista y la administración.

Ya respecto de la norma transcrita puede distinguirse, que el contrato requiera licitación previa, y que el contrato no requiera dicha licitación.

Cuando el contrato requiere licitación, de conformidad con la norma ya transcrita, es indudable la forzosa presentación del paz y salvo desde el momento de formular la propuesta. De manera que propuesta que no cumpla ese requisito no debe ser tenida en cuenta para la adjudicación. Pretermitir ese requisito originaría un acto manifiestamente violatorio de la ley. La norma referida es clara, y por el artículo 27 de la ley 153 de 1887 expresa que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Distinto resulta con los contratos que no requieren licitación y celebrados con omisión de la presentación del paz y salvo. Están viciados de nulidad relativa por una omisión segun el artículo 79, inciso 1, del Decreto 222 de 1983, y no de nulidad absoluta que ocurre por causales distintas. De consiguiente, el saneamiento debe ocurrir en el momento en el momento en que la administración advierta la falla o en que sea alegado el vicio por los interesados, por sus herederos o cesionarios (inciso 2 ibidem).

Es bien diferente el aspecto de la causal de inhabilidad, que se configura cuando, según el numeral 5o del artículo 8o del Decreto-Ley 222 de 1983, "quienes en la fecha en que se haya de firmar el contrato *no se encuentren* a paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto de renta y complementarios ...". (Subraya la Sala).

Es de observarse así que en esta situación no se trata de la omisión en presentar el paz y salvo sino de la especial circunstancia de no estar a paz y salvo, cuestión ésta que constituye inhabilidad para contratar y que está erigida en causal de nulidad absoluta de la relación contractual por el artículo 78, literal a) del Estatuto en mención.

En los anteriores términos se contesta.

Transcribase.

(Siguen firmas).

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

FUNCIONARIOS PUBLICOS.— Intervención en política. Los Trabajadores Oficiales y los Empleados o funcionarios que no estén inscritos en la carrera administrativa pueden con las salvedades indicadas en la Constitución Nacional y la Ley, ser candidatos y elegidos diputados y Concejales.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., primero (1o.) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2038.

El señor Ministro de Gobierno en Oficio AMG—024, eleva a la Sala la consulta que a continuación se transcribe:

"1. La Gobernadora del departamento de Nariño pregunta a este despacho, si el personal docente puede figurar en listas de candidatos para los Concejos Municipales y Asamblea departamental, dado su carácter de Corporaciones administrativas (artículos 185 y 196 de la Constitución Nacional).

"2. Los educadores, por intermedio de distintos voceros, han manifestado que dado su carácter de empleados oficiales regidos por un estatuto oficial (Decreto 2277 de 1979), pueden intervenir en actividades partidistas, sin incurrir en indebida participación en política.

"3. Los trabajadores oficiales, al servicio de algunas entidades, han manifestado su voluntad de participar en los debates políticos, dado que las prohibiciones y consecuentes sanciones sólo se determinan para los funcionarios o empleados públicos (artículos 82 y 201 Constitución Nacional, artículo 12 Ley 19 de 1958, artículo 10 Decreto 2400 de 1968, artículo 1o Ley 85 de 1981 y otros).

"4. Los empleados al servicio del Congreso, por ser denominados de la Rama Legislativa (Ley 28 de 1983), creen tener derecho a figurar en listas o Corporaciones y participar activamente en debates políticos, sin incurrir en violación a las normas que lo prohiben.

"Constituida por el Comité Nacional de Garantías una Comisión integrada por los doctores Miguel Maldonado, Asesor de este despacho; Fernando Jordán, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación, y, Carlos G. Castro, Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa, concluyeron en su informe, que anexo a la consulta, lo siguiente:

'1. Las prohibiciones sobre participación en política partidista que rigen actualmente en la legislación colombiana, tienen aplicabilidad a TODOS los funcionarios y empleados públicos sin exceptuar de ellas a los de regímenes especiales como los del personal docente (artículos 1o y 44, literal a) del Decreto 2277 de 1979) u otros'.

'2. Del cuidadoso análisis de las normas antes citadas, la comisión concluye que la SOLA ACEPTACION para figurar en listas a Concejos Municipales y Asambleas Departamentales, dado su carácter administrativo (artículos 185 y 196 de la Constitución Nacional), no constituye indebida participación en política, si aquella no conlleva OTROS ACTOS ANTERIORES, SIMULTANEOS O POSTERIORES claramente establecidos como prohibiciones (artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, 2o. del Decreto 3074 de 1968, 7o. y 8o. del Decreto 1732 de 1960 y 1o. de la Ley 85 de 1981)'.

"Por lo anteriormente expuesto, solicito de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, su concepto en relación con:

"a) ¿Cuáles servidores del Estado, en las tres ramas del poder público, están impedidos para participar en actividades políticas de carácter partidista, en cualquiera de sus formas?

"b) ¿Si el hecho de pertenecer a una carrera de Servicio (Ej: caso de los docentes), les da un fuero especial que los excluya de las prohibiciones establecidas en la Constitución y en las Leyes, para intervenir en actividades de los partidos?

"c) En caso de violación a las normas por indebida intervención en política, cuál es la autoridad encargada de la sanción disciplinaria, y en caso de pertenecer a una carrera de servicio, cual procedimiento debe seguirse. ¿En el caso concreto de la aplicación del artículo 1o. de la Ley 85 de 1981, cuál autoridad sanciona disciplinariamente y mediante cuál procedimiento?

"d) ¿Cómo se sanciona a los trabajadores oficiales, por participación en actividades políticas de carácter partidista?

"e) ¿La simple aceptación a figurar en listas para Corporaciones públicas de carácter administrativo, en las cuales se adoptan permanentemente decisiones políticas (Consejos y Asambleas), constituye o no indebida intervención en política?

"f) ¿Los funcionarios que no ejercen jurisdicción y mando, están o no inhabilitados para ser elegidos Concejales o Diputados, y en tal evento, deben separarse de su cargo con antelación determinada?

"g) ¿Los empleados de la Rama Legislativa, están o no cobijados por las normas que prohiben la intervención de los funcionarios en actividades de carácter político partidista?"

* * *

LA SALA CONSIDERA

La determinación de la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y las de "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de las prestaciones sociales" es regulación independiente y autónoma de la relativa a deberes y derechos de los servidores del Estado en cualquiera de sus organismos centralizados, vinculados o adscritos.

Así mismo, la expedición de los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado, y de las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar, no determina o condiciona la aplicación de otro tipo de regulaciones como las relativas a materia electoral.

Porque la definición de la naturaleza jurídica de las personas vinculadas al servicio público, así como el conjunto de sus deberes y derechos está determinada por la naturaleza de ese servicio que, siendo público, determina, a su vez, *la naturaleza* de la vinculación de sus servidores, cualquiera sea su forma.

Ni la función del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa de "crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del Ministerio Público, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos ...", como tampoco la función del Congreso de "expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de las empresas industriales o comerciales del Estado ..." pueden interferir la aplicación de principios regulados por normas de contenidos diferentes, pero también expedidas en desarrollo de otra norma constitucional, como la del artículo 180, para asegurar la independencia de funciones concernientes a elecciones y escrutinios y definir y sancionar los delitos que menoscaben la verdad y la libertad del sufragio.

Esta libertad, absoluta para todos los ciudadanos y ciudadanas y prerrogativa inherente a tal calidad, mientras no se pierde o suspenda está condicionada previamente, por los requisitos de exigibilidad y limitaciones de la misma, que la propia Constitución exige e impone. Así, la capacidad del funcionario o empleado público de ser elegido popularmente, se condiciona mientras esté en ejercicio del cargo y aún después de haber cesado en él, y por ello se le prohibe "tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho del sufragio". (artículo 62).

Esas limitaciones, desarrolladas por la Ley 19 de 1958 (artículo 12), el Decreto 1732 de 1960 (artículo 7o), el Decreto 2400 de 1968, que regulan la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder Público y por el Decreto 1960 de 1973, que lo reglamenta, no están fundadas en la ineptitud de los servidores del Estado para ejercer cargos de representación popular, sino en la existencia de una situación genérica de dependencia permanente o transitoria, establecida en armonía con las conveniencias del servicio público o de la administración pública, con un criterio de racionalización de tales actividades y de su protección fiscal, similar al que inspira el artículo 63 de la Constitución Política.

La administración no tolera un contorno politizado y otro neutral; no predispone la inasistencia o el incumplimiento de sus servidores ni propicia la vacancia de su actividad; la administración no cohonesta elecciones nulas, no favorece ámbitos disciplinarios y hasta previene con las mismas sanciones disciplinarias a los funcionarios que permitan actividades de sus subordinados incompatibles con las oficiales. La administración no concibe que el carácter de sus servidores se constituya en límite de la naturaleza representativa de origen popular, inherente a los cargos que la tengan.

Cuando la Constitución Política, sin prevalerse de definiciones y clasificaciones, indistintamente habla de "funcionarios públicos" (artículo 2o.); "agentes" (artículo 21); "empleado" (artículos 63 y 76, ordinal 9o.) y, "empleos que demande el servicio" (artículo 120, ordinal 21), está asumiendo unívocamente el carácter de los servidores del Estado, para efectos de deducirles como causal de mala conducta, su participación en

las actividades de los partidos y en las controversias políticas y prefijando los alcances de la definición legal de los delitos contra el sufragio y contra la administración pública. La sanción disciplinaria con la pérdida del "empleo" que prevé el artículo 9o. de la Ley 28 de 1979, tal como quedó en la modificación del artículo 1o. de la Ley 89 de 1961, sería irrita, no obstante estar prevista por la propia Constitución, la causal de mala conducta y la sanción que le corresponde al margen de la clasificación legal de los servidores públicos.

Cuando el mismo artículo 9o. extiende sus efectos a todo "funcionario o empleado público", aunque pertenezca a una carrera de servicio, tiene sobreentendida la amplia comprensión de los términos que la Constitución usó para referirse a los servidores del Estado, sin perjuicio de su libertad al derecho de sufragio, común a todos y no limitada como la libertad de ser elegidos mientras conservan su vinculación oficial.

Todos los empleados públicos, genéricamente considerados, en la acepción constitucional de término "empleado", son personas particulares vinculadas a la administración, y sometidas en razón de tal vinculación a las limitaciones y prohibiciones que aquella determina.

Con los mismos efectos que el artículo 178 de la Constitución Política que prohibe a los miembros de la Rama Jurisdiccional ser miembros activos de partidos políticos e intervenir en debates de carácter electoral, prohibe a los empleados de carrera administrativa, en el artículo 62 "tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas"; porque no hay debate electoral que no implique intervención en política, y porque fue aspiración del constituyente plebiscitario la implantación de la carrera administrativa despolitizada para los servidores públicos y la neutralidad oficial de sus actividades, frente a las actividades preelectorales o electorales de los miembros activos de los partidos políticos.

De conformidad con los Decretos extraordinarios 1050 y 3130 de 1968, la Rama Ejecutiva del Poder Público, en lo nacional, está integrada por la Presidencia de la República. Los Ministerios y Departamentos Administrativos, las Superintendencias y los Establecimientos Públicos. Además, las empresas industriales y comerciales del Estado así como las sociedades de economía mixta son organismos vinculados a la Rama Administrativa. El Decreto 2400 de 1968, modificado en parte por el 3074 del mismo año, establece que todo el personal de aquellas entidades pertenece a la Rama Ejecutiva en el orden nacional, salvo el de las sociedades de Economía Mixta con capital inferior al 90% (Decreto 3130 de 1960, artículo 3o.) que tiene carácter privado.

Si sólo se exceptúan quienes prestan al Estado servicios ocasionales o temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o de una obra y aún en el orden seccional y local el personal subalterno de un Corregidor y los integrantes de las entidades descentralizadas por servicios, hacen parte también de la Rama Ejecutiva o Administrativa, sería un contrasentido tomar la forma de vinculación del personal de los organismos centrales o descentralizados del orden nacional, como pretexto para desmontar el sistema de la neutralidad política oficial, fundado en la naturaleza de la vinculación y del servicio público, como la primera para todo trabajador, cualquiera sea su filiación política, como caracterizado el segundo por su forma y prestación continua permanente.

También comprendió el legislador de 1930, época bien remota del plebiscito de 1957, la necesidad radical de separar de la actividad política la actividad partidista, que la Ley 60 de aquel año, dispuso en su artículo 8o. "Ningún empleado administrativo nacional, departamental o municipal, podrá formar parte de directorios o comités políticos, ni poner al servicio de la política las funciones que ejerza.

"La violación de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta".

Hoy, proliferan regulaciones de orden legal con el mismo alcance de la norma transcrita, mal pueden parcelarse sus efectos, para desconocerlos en ciertos sectores o niveles de la administración central o descentralizada, de cualquier orden, y menos cuando la participación de sus entidades adscritas en la política gubernamental del ámbito dentro del cual actúan, excluye, de plano, otra clase de participación que no se acomode a las regulaciones constitucionales y legales, como es la participación en política.

Ante los bien puntualizados términos del cuestionario transcrito, la Sala considera:

1o. a) Las inhabilidades e impedimentos del Presidente de la República para participar en actividades políticas de carácter partidista, derivan del artículo 100 de la Constitución Política y de los artículos 14, 15 y 116 en armonía con el 94 ibídem.

b) Las inhabilidades de los miembros del Congreso derivan de los artículos 108, 111 y 117 de la misma Constitución y de la Ley 11 de 1973. Los impedimentos de los artículos 14, 15, 94 y 100 de la Constitución.

c) Los Diputados, Consejeros Intendenciales o Comisariales y los Concejales, no pueden intervenir en el debate político ni en el electoral si prevalece su condición de empleados públicos sobre su investidura popular. Los comprenden las normas relativas al régimen disciplinario y penal sobre indebida intervención en política de todo funcionario público, a saber: Ley 60 de 1930, artículo 8o. Ley 19 de 1958, artículo 12; Decreto 1732 de 1960 artículos 1 y 7; Decreto 2400 de 1968; Decreto 1950 de 1973 y Ley 85 de 1981 artículo 1o.

d) Respecto de todos los funcionarios y empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, sometidos al régimen Jurídico de prohibición de carácter disciplinario y penal por indebida participación en política, la respuesta se remite a los artículos 20, 51 y 62 de la Constitución Política Decretos 960, artículo 10 y Decreto 1250, artículo 61 de 1970 además de los citados, al Código Penal, y a las Leyes 19 de 1958, artículos 12 y 85 de 1981, artículo 1o.

e) Los Magistrados y Jueces y su personal subalterno; los funcionarios y empleados de las Fiscalías, de la Procuraduría General de la Nación y los personeros municipales como Agentes del Ministerio Público, están sometidos al régimen disciplinario y penal previsto en los artículos 47, 102 151, 160, 178 y 217 de la Constitución Política en las Leyes 28 de 1972 y 60 de 1930, artículo 3o; el Decreto 250 de 1970, artículo 79, el Decreto 1660 de 1978 y el Código Penal.

2o. La inscripción en una carrera de servicio, aunque el estatuto respectivo no lo previera, no descalifica la vinculación especial a la Administración, que determina, a su vez, la sujeción del empleado inscrito a las prohibiciones de carácter disciplinario y penal por indebida participación en política. Los deberes de los docentes (Decreto 2277 de 1979 artículo 44) en el caso que aduce como ejemplo el segundo punto de la consulta, de cumplir la Constitución y las leyes de Colombia determinan, definitivamente, su inclusión y sujeción al régimen de prohibiciones relacionado con intervención en actividades de los partidos, además, de que es causal de mala conducta "la utilización de la cátedra para hacer proselitismo político". (artículo 46 aparte i) Decreto 2277 de 1979). De ahí que expresamente disponga el artículo 29 del mismo Decreto en cita:

"Artículo 29.— *Destitución por orden de autoridad competente.* La destitución del cargo procederá sin el requisito previo de la exclusión, cuando la solicitud a la autoridad nominadora provenga del Juez competente o de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de las facultades que al respecto contemplan la Constitución Política y las Leyes de Colombia".

3o. La imposición de la sanción disciplinaria prevista por el artículo 1o. de la Ley 85 de 1981 corresponde a la autoridad nominadora, de oficio o por solicitud de la Procuraduría General de la Nación mediante el procedimiento previsto por el Decreto 1950 de 1973, salvo regulación legal especial para algún sector específico de la Administración.

4o. La sanción disciplinaria de pérdida del empleo equivale para el trabajador oficial, a la terminación de su contrato, sin perjuicio de los respectivos reglamentos internos de trabajo, cuya aplicación, desde luego, está subordinada a las normas legales correspondientes. En todo caso, para los efectos disciplinarios y penales, concordantes con la norma constitucional, que no distinguió o clasificó los servidores del Estado en razón de su participación en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, la deducción por responsabilidad por esta causal de mala conducta presupone la aplicación del procedimiento disciplinario genérico establecido por el Decreto 1950 de 1973. Independientemente o en defecto de los reglamentos de trabajo que no lo hayan previsto. En realidad, la sanción disciplinaria cuyo origen es constitucional y no contractual, se aplica independientemente del régimen laboral administrativo propiamente dicho, cuyos alcances jamás podrán tener efecto restrictivo respecto de tal aplicación.

5o. Si está prohibido a los empleados aceptar simplemente, designaciones en comités de partidos políticos, aunque no se ejerzan las funciones correspondientes (Decreto 2400, artículo 10o.) y la violación de tal prohibición es objeto de sanción disciplinaria, no queda duda de que la aceptación de figurar en listas para Corporaciones Públicas de carácter administrativo, constituye participación en actividades de los partidos, causal de mala conducta administrativa en cualquier servidor oficial, mientras conserve su vinculación, salvo que pueda ser reelecto. En tal sentido se pronunció el Consejo de Estado, agregando que los funcionarios y empleados públicos no pueden inscribir sus nombres ni aceptar ser candidatizados para el debate electoral sin dejar vacante su cargo, en forma definitiva.

6o. No existe regulación expresa sobre incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo sin autoridad o jurisdicción y el de Concejal o Diputado, pero no hay duda de que quien los ejerza está sujeto a las prohibiciones de carácter disciplinario y penal por indebida participación en política, lo cual impide el ejercicio simultáneo de funciones en determinado cargo y en el de la Corporación Pública respectiva, como la recepción de dos remuneraciones.

La inhabilidad de los funcionarios, aunque no ejerzan jurisdicción y mando, proviene de la prohibición de intervenir en política mientras están vinculados al servicio. Su elección presupone su campaña electoral y esta intervención, luego para adelantarla tienen que separarse antes del cargo.

7o. Los empleados administrativos de la Rama Legislativa o de los servicios administrativos del Congreso, están cobijados por las mismas normas disciplinarias de todo empleado de la administración, lo cual se confirma en la última ley expedida que a ellos se refiere, Ley 28 de 1983, sin exceptuarlos, por aspectos disciplinarios o penales, del régimen común de la administración pública.

En los anteriores términos se ABSUELVE la consulta del señor Ministro de Gobierno Doctor Alfonso Gómez Gómez.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

FUNCIONARIOS PUBLICOS. INTERVENCION EN POLITICA.— Régimen de inhabilidades e impedimentos.

SALVAMENTO DE VOTO

1o.) El Inciso 3o. del artículo 62 de la Constitución, correspondiente al artículo 6o de la reforma constitucional plebiscitaria de 1957, dispone que "a los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio". La inobservancia de esta prohibición, según el inciso 4o del mismo precepto, "constituye causal de mala conducta".

La prohibición es de carácter general, en cuanto comprende a todos "los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa", nacional y local. Comprende también dos aspectos específicos, a saber: *tomar parte en las actividades de los partidos políticos,* es decir, intervenir en política, y *en las controversias políticas,* entre las cuales se cuentan, de modo principal, los debates de carácter electoral, sin más excepciones que el libre ejercicio del derecho de sufragio.

2o.) La intervención en política está regulada, de modo general, por los artículos 1o. de la Ley 85 de 1981, *para todos los funcionarios o empleados públicos,* y 10o. del Decreto-Ley 2400 de 1968 para todos los de la Administración Nacional. Según los artículos 62, Inciso 4o. de la Constitución y 1o. de la Ley 85 de 1981, la infracción de esta disposición constituye causal de mala conducta que implica destitución.

3o.) Los artículos 62, Inciso 4o, de la Constitución, 10o. del Decreto-Ley 2400 de 1968 y 1o. de la Ley 85 de 1981, prohiben "a los empleados y funcionarios públicos" intervenir en política. *Pero esta prohibición no comprende a los trabajadores oficiales, porque no son empleados sino personas particulares vinculadas a la Administración por contrato de trabajo.* Es verdad que el artículo 158 del Codigo Penal se refiere al "empleado oficial" para penar la "intervención en política"; pero, por una parte, para los efectos penales que contempla y sanciona, y, además, como se ha expuesto, el artículo 62, Inciso 4o, de la Constitución, que es prevaleciente criterio de interpretación de la ley, *sólo prohibe la intervención en política de "los empleados y funcionarios públicos", es decir, de las personas vinculadas al Estado en forma estatutaria;* lo propio prescriben los artículos 10 del Decreto-Ley 2400 de 1968 y 1o. de la Ley 85 de 1981.

4o.) Los empleados y funcionarios *que estén inscritos en carrera administrativa, como la docente, según el artículo 62, Inciso 4o, de la Constitución, no pueden "tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas".* Por consiguiente les está prohibido cualquiera conducta que implique voluntaria participación en los debates electorales y, por lo mismo, no pueden ser elegidos concejales o diputados. Del mismo modo el artículo 178 de la Constitución prohíbe a los miembros de la rama jurisdiccional "ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral", con la misma consecuencia expuesta: *los mencionados funcionarios tampoco pueden aceptar candidatura ni ser elegidos para cargo alguno de elección popular.*

5o.) Los demás empleados administrativos, que por no estar inscritos en una carrera administrativa no están comprendidos por las prohibiciones que prescribe el artículo 62, Inciso 4o, de la Constitución, de acuerdo con los artículos 10 del Decreto-Ley 2400 de 1968 y 1o. de la Ley 85 de 1981, *no pueden intervenir en política* y, por lo mismo, deben abstenerse de cualquier acto que, según esos mismos preceptos, implique participación en ella.

Sin embargo, siempre que el debate electoral no tenga por consecuencia la intervención en política, *los empleados y funcionarios administrativos, no inscritos en una carrera administrativa, pueden ser candidatos y elegidos concejales o diputados, sin perjuicio de las restricciones prescritas por la Constitución y la ley.* Así, según el artículo 108, Inciso 2o, de la Constitución no pueden ser elegidos miembros del congreso o diputados "los gobernadores, los alcaldes de capital de departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los contralores 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". Del mismo modo, el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 prohíbe elegir concejales, entre otros, a los empleados municipales.

De manera que, *en conclusión* los trabajadores oficiales y los empleados o funcionarios que no estén inscritos en la carrera administrativa pueden, con las salvedades indicadas, ser candidatos y elegidos diputados y concejales.

Bogotá, Marzo 1o. de 1984

Humberto Mora Osejo.

EXPORTACION FICTICIA.— Delito tipificado y sancionado por el artículo 240 del Código Penal. Sólo esta conducta dolosa, desde cuando entró en vigencia el nuevo Código Penal, dejó de ser contravención y se convirtió en delictuosa. Por consiguiente, desde entonces su conocimiento corresponde, no a la Superintendencia de Control de Cambios, sino al Juez Penal competente.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., quince (15) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2045.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"De conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Constitución Nacional procedo a elevar a esa H. Corporación la siguiente consulta, previas estas consideraciones:

"1o.) El Decreto 100 de 1980, por medio del cual se expidió el nuevo Código Penal, en su artículo 240 eleva a la categoría de delito la exportación ficticia.

"2o.) La Superintendencia de Control de Cambios sanciona, desde el punto de vista cambiario, a aquellas personas que efectúan reintegros con base a exportaciones ficticias, y da traslado a la Justicia Penal para que investigue los delitos de falsedad en documentos públicos y estafa al Estado, por haberse solicitado y percibido Certificados de Abono Tributario, por exportaciones no embarcadas.

"Con base en lo anterior se pregunta a esa Honorable Sala:

"1o.) ¿Ha perdido la Superintendencia de Control de Cambios competencia para conocer de la contravención cambiaria originada por el hecho del reintegro sin mediar exportación real?

"2o.) ¿De no ser así, se presenta prejudicialidad penal? ¿En este evento qué ocurre con la prescripción de la infracción cambiaria que es de cuatro (4) años, según la Ley 33 de 1975?

"3o.) ¿Si no existe prejudicialidad penal qué sucedería en los casos en los cuales la decisión del juez penal y la de la Superintendencia fueran contradictorias?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1o.) La ley atribuye a la Superintendencia de Control de Cambios, entre otras funciones, "ejercer la vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones que regulan el control del oro y del cambio"; adelantar todas las diligencias que considere necesarias para verificar la infracción a esos preceptos e "imponer multas" a los infractores de cualquiera de las disposiciones cuya vigilancia le corresponde, en el porcentaje que al efecto prescribe (artículos 217, letras a), c), y d), 218, 220, y 221 del Decreto-Ley 444 de 1967).

Se trata de las contravenciones al estatuto de control de cambios, regulado por el Decreto-Ley 444 de 1967, a las cuales se refiere la Ley 33 de 1975 para determinar la prescripción de la acción y de la sanción.

2o.) El estatuto de control de cambios prescribe que "la totalidad de las divisas provenientes de exportaciones deberá reintegrarse al Banco de la República" y que, como "estímulos tributarios a las exportaciones", en el "momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros de res y café, el Banco de la República hará entrega al exportador de certificados de abono tributario en cuantía equivalente, en moneda legal colombiana, a un 15% del valor total del reintego ..." (artículos 54 y 166 del Decreto-Ley 444 de 1967). El artículo 2o. de la Ley 48 de 1983 sustituye el certificado de abono tributario por el de reembolso tributario que, de conformidad con el artículo 14 de la misma ley, tendrá vigencia cuando el Gobierno expida las disposiciones que lo desarrollen.

"Cualquier violación a las normas sobre control de oro y de cambios", según dispone el artículo 220 del Decreto-Ley 444 de 1967, debe sancionarse con multa que imponga la Superintendencia de Control de Cambios. En el caso específico que se trate, las contravenciones al mencionado estatuto pueden consistir en la inobservancia o infracción de las disposiciones relativas a exportaciones, reintegro y certificado de abono tributario o de reintegro tributario.

3o.) Sin embargo, quien "con el fin de obtener un provecho ilícito simule exportación, total o parcialmente", incurriría en el delito de "exportación ficticia", tipificado y sancionado por el artículo 240 del Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980) con "prisión de uno a ocho años y multa de cincuenta mil a cuatro millones de pesos". Sólo esta conducta dolosa, desde cuando entró en vigencia el nuevo Código Penal, dejó de ser contravención y se convirtió en delictuosa. Por consiguiente, desde entonces su conocimiento corresponde, no a la Superintendencia de Control de Cambios, sino al juez penal competente.

Las demás infracciones al estatuto de control de cambios son contravenciones cuya sanción incumbe a la Superintendencia de Control de Cambios.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

CONTRALORIAS, PERSONERIAS Y TESORERIAS MUNICIPALES.— No gozan de autonomía que les permita celebrar contratos de cualquier índole por cuanto tal función compete al Alcalde como representante legal del Municipio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2040.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Alfonso Gómez Gómez, formula la siguiente consulta:

"De conformidad con el Decreto Ley 126 de 1976, corresponde al Ministerio de Gobierno dirigir la actividad de los Gobernadores en su calidad de agentes del Presidente de la República y velar porque los departamentos y municipios, sin interferencia de su autonomía administrativa, se ciñan a la Constitución, a las leyes y demás normas que los rijan. Al mismo tiempo, los jefes de las administraciones seccionales y locales, solicitan de este Ministerio su atención en el cumplimiento de sus deberes, elevando consultas o pidiendo recomendaciones.

"Por lo anteriormente expuesto, me dirijo a los Honorables Miembros de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con el fin de solicitar su concepto sobre la petición que el señor Alcalde de Barranquilla hace y que transcribo:

" 'En conceptos expresados por varios Dirigentes Políticos del Departamento se ha cuestionado públicamente la vinculación de personal en las dependencias que pertenecen a la órbita del Concejo Municipal (Contraloría, Tesorería y Personería) mediante contratos de asesoría, celebrados directamente por los titulares de esos organismos.

" 'La doctrina reiterada de la Rama Contencioso Administrativa tiene establecido que la creación, supresión de cargos y fijación de asignaciones en aquellas dependencias incluyendo el propio Concejo Municipal, están radicados en cabezas de esta última Corporación, y que por lo tanto pertenecen a los titulares de tales organismos vincular el personal de sus respectivas dependencias mediante Resolución o Decreto que constituye el procedimiento usual en la administración pública. Esto último además, lo consagra expresamente el artículo 4o. de la Ley 89 de 1936.

" 'Al efecto también debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la Ley 28 de 1974, artículo 3o. el Representante Legal del Municipio lo es el Alcalde, para todos los efectos a que hubiere lugar'.

"SE CONSULTA:

"¿Pueden las dependencias que pertenecen a la órbita del Concejo Municipal, esto es: Contraloría, Tesorería y Personería Municipales vincular personal a sus respectivas dependencias mediante contratos de asesorías celebradas por sus titulares a nombre de cada una de tales Entidades?"

LA SALA CONSIDERA:

I— El artículo 3o. de la Ley 28 de 1974 señala, que el representante legal del Municipio es el Alcalde, representación que ha de entenderse para todos los efectos tanto administrativos como judiciales. En tal carácter es a él a quien compete la celebración de los contratos que hayan de efectuarse dentro de la órbita municipal, teniendo capacidad para obligar y comprometer al Municipio como persona jurídica que es.

II— El señalamiento de la estructura administrativa municipal le corresponde al Concejo mediante la expedición de Acuerdos en los que se establezca aquella, creando los órganos que se requieran para la buena marcha de la administración, señalándole sus funciones y fijando las escalas de remuneración que correspondan a las diversas categorías de empleo, quedando al Alcalde la creación, supresión o fusión de cargos, dentro de la organización general que haya establecido el Concejo. (artículo 197 numeral 3o. Constitución Nacional).

Esta última competencia atribuida al Alcalde no puede predicarse respecto de las dependencias de la Contraloría, la Personería y la Tesorería Municipales, en las cuales es el Concejo a quien corresponde toda su regulación, dado el carácter de órganos que ejercen la vigilancia de la gestión fiscal de la administración local. Será entonces el Concejo quien señale sus estructuras, funciones y el régimen salarial para los funcionarios al servicio de tales órganos, los que, dicho sea de paso, no gozan de personería jurídica que les permita obligarse y actuar en forma independiente como órganos autónomos. Los funcionarios designados por el Concejo para dirigir los mencionados órganos, tienen capacidad para nombrar y remover los empleados de tales dependencias, pero dentro de los límites que establezcan los Acuerdos que señalen la estructura de aquellos. Así, no pueden crear, suprimir o fusionar cargos, ni señalar salarios, ni celebrar contratos por cuanto no pueden obrar como entes autónomos de la administración. Si, en síntesis, entes que dependen del Concejo y es éste el competente para darles su estructura, señalarles sus funciones, el número de empleados y su remuneración.

III— En conclusión, las Contralorías, Personerías y Tesorerías del orden Municipal no gozan de autonomía que les permita celebrar contratos de cualquier índole por cuanto tal función compete al Alcalde como representante legal del Municipio; y para el desarrollo de las funciones que les han sido asignadas deben sujetarse a lo dispuesto a los Acuerdos expedidos por los Concejos en los cuales de determinarán la estructura, funciones, competencias, modo de ejercerlas, etc.

En los anteriores términos se absuelve la Consulta del señor Ministro de Gobierno, doctor Alfonso Gómez Gómez.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACION DE SERVICIOS.—

1) Aplicación bajo el Decreto 222 de 1983.

2) Requisitos.

3) Finalidad.

4) Las personas vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos.

5) Celebración por parte de los Establecimientos Públicos (de dichos contratos), de cuantía de 1'200.000, o superior: Requisitos para su aprobación.

6) La vinculación de personas naturales, mediante contrato de trabajo, para desempeñar actividades docentes la establece únicamente el artículo 261 del Decreto 222 de 1983 como facultad excepcional del Ministro de Defensa Nacional.

INSTITUCIONES OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR. DOCENTES.— Su vinculación se hace por medio del contrato de prestación de servicios. (artículo 98 Decreto 80 de 1980). CONTRATO DOCENTE DE CATEDRA. (artículo 98 del Decreto 80 de 1980. No es aplicable de personal docente de las instituciones intermedias, profesionales. A ellos se aplica el Decreto 2277 de 1979, artículo 6o; a los educadores no oficiales serán aplicables las normas de este Decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INNOMINADOS.— Cuando el contrato no se ha reclasificado ni definido por dicho estatuto (Decreto 222 de 1983) su régimen de estipulaciones, continúa rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para el mismo según lo prevé el artículo 8o. en armonía con el artículo 301.

INSTITUCION OFICIAL DE EDUCACION SUPERIOR.— Autonomía. Estatuto general. Celebración de contratos. Suscripción de contratos. Vinculación de docentes de cátedra: Prestaciones. Vinculación por contrato de prestación de servicios. Junta de licitaciones y contratos. Convenios Interinstitucionales.

UNIVERSIDAD NACIONAL.— Autonomía para su organización. Consecuencias.

CONSEJO DE ESTADO.— **Sala de Consulta y Servicio Civil.**— Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2023.

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Rodrigo Escobar Navia, eleva a la Sala la siguiente consulta:

"De conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, respetuosamente me permito solicitar a ustedes, su autorizado concepto con relación a las preguntas que en este libelo formularé.

"Para una mayor precisión en el asunto materia de la consulta, procedo a continuación a efectuar una breve reseña de las normas que estimo pertinentes:

"1. El Decreto 150 de 1976 'Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas', que rigió hasta el 9 de febrero de 1983 establecía con relación a los contratos de prestación de servicios:

'Artículo 138. De la definición del contrato de prestación de servicios. Para los efectos del presente decreto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.

'Artículo 139. De las clases de contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría o asistencia de cualquier clase; realización de estudios, distintos de los de obras públicas; representación judicial; y rendición de conceptos.

'Artículo 140. De los contratos de carácter técnico. Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico. Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años.

'Artículo 141. De la remuneración a las personas naturales. Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derechos a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.

'Artículo 142. De los contratos de trabajo. Para los efectos del presente decreto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo'.

"2. En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 8 de 1979 el Gobierno Nacional dictó el Decreto 30 de 1980, 'Por el cual se organiza el sistema de educación postsecundaria'. En este decreto se estableció:

'Artículo 93. Los docentes son de tiempo completo, de tiempo parcial y de cátedra. El docente de tiempo completo quien dedica la totalidad de la jornada laboral, que es de cuarenta horas semanales al servicio de la institución a la cual se halla vinculado. Cuando la dedicación es entre quince y veinticinco horas semanales, el docente es de tiempo parcial. Quien dicte en la institución menos de diez horas semanales de cátedra o lectiva es, en todos los casos, docente de cátedra.

'Artículo 98. Los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales y su vinculación a la institución se hará mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos. Su remuneración se determinará según su categoría en el Escalafón, si la tiene, y con base en las horas efectivamente dictadas. Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo. Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato deberá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en este Decreto. Los contratos de que aquí se trata requieren para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente.

Artículo 100. La edad de retiro forzoso para los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial, será de (65) sesenta y cinco años. El goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de la docencia de tiempo parcial o de cátedra. Su vinculación se hará, sin embargo, por períodos académicos'.

"3. El Gobierno Nacional expidió el 31 de julio de 1981 el Decreto 2019 'por el cual se reglamenta la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con los docentes de cátedra a que se refiere el Decreto Extraordinario 80 de 1980', y en el mismo dispuso:

'Artículo 1o. Los contratos administrativos de prestación de servicios que las instituciones oficiales de educación superior celebren para la vinculación de docentes de cátedra, se regulan por las disposiciones de excepción contenidas en el artículo 98 del Decreto Extraordinario 80 de 1980 y en el presente decreto, con prescindencia del Decreto Extraordinario de 1976.

'Artículo 2o. Los contratos con los docentes de cátedra se deberán celebrar por períodos académicos y en ellos se incluirá la obligación de darlos por terminados sin indemnización alguna en caso de incumplimiento de los deberes previstos en el Decreto Extraordinario 80 de 1980. La no inclusión de esta cláusula no impide darlos por terminados cuando tal incumplimiento se presente.

'Artículo 3o. Por su carácter docente y de conformidad con lo prescrito en el ordinal b) del artículo 32 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978, los contratos a que se refiere este Decreto pueden ser celebrados por los empleados públicos siempre y cuando no se afecte la prestación regular de su trabajo. Sin embargo, tales empleados no podrán celebrar los expresados contratos con la entidad a la cual se encuentren vinculados bajo una relación legal y reglamentaria.

'Artículo 4o. Las prestaciones sociales de carácter económico que se causen a favor de los docentes de cátedra se liquidarán de acuerdo con las normas que regulan la correspondiente prestación del docente de tiempo completo, teniendo en cuenta la remuneración que corresponda a aquél. El valor de las prestaciones sociales de carácter asistencial será asumido por la respectiva institución de educación superior obligada, a razón de un cuarentavo (1/40) por cada una de las horas semanales de cátedra o lectivas contratadas. El valor de la diferencia será asumido por el docente.

'PARAGRAFO. Las instituciones de educación superior podrán reconocer las prestaciones sociales económicas y asistenciales del docente de cátedra a la terminación del respectivo período académico teniendo en cuenta las que correspondan al docente de tiempo completo, en la proporción indicada en el presente artículo.

'Artículo 5o. El Consejo Superior de cada Institución definirá lo que se entiende por período académico para efecto de la duración de los contratos.

'Artículo 6o. Los contratos a que se refiere este Decreto quedan perfeccionados con el registro presupuestal correspondiente.

'Artículo 7o. Las Disposiciones de este Decreto no son aplicables a los docentes de las instituciones intermedias profesionales, quienes se rigen por el Decreto 2277 de 1979 y las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen y reglamenten.

'Artículo 8o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición'.

"4. En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 19 de 1982 se dictó el Decreto 222 de 1983, 'por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones'.

"Con relación a este Decreto es importante, para efectos de la consulta, tener en cuenta las siguientes disposiciones:

'Artículo 163. De la definición del contrato de prestación de servicios. Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.

'No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública o de la dependencia que haga sus veces.

'Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, en uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.

'Artículo 164. De las clases de contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social; edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.

'Los contratos de consultoría no quedan sujetos a las normas de este capítulo.

'Artículo 165. De los contratos de prestación de servicios de carácter técnico o científico.

'Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico. Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años, incluidas las prórrogas si las hubiere.

'Artículo 166. De los contratos de asistencia técnica que se celebren con gobiernos extranjeros o entidades públicas internacionales.

'Los contratos y convenios para asistencia técnica que se celebren con gobiernos extranjeros o entidades públicas internacionales, se perfeccionarán con la firma del Presidente de la República o de su delegado y solo requerirán registro presupuestal, si fuere el caso, y no será necesario incluir en ellos las cláusulas obligatorias previstas en este estatuto.

'Artículo 167. De la remuneración a las personas naturales. Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.

'Artículo 168. De los contratos de trabajo. Para los efectos del presente estatuto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo.

'Artículo 301. De la vigencia y alcance del presente estatuto. El presente estatuto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones de carácter general o particular vigente sobre la materia que le sean contrarias, en especial el Decreto extraordinario 150 de 1976, el artículo 5o. del Decreto extraordinario 925 de 1976, el Decreto extraodinario 3658 de 1982: modifica en lo pertinente el artículo 2o. del Decreto extraordinario 925 de 1976 y subroga el Decreto extraordinario 3550 de 1982'.

"Se solicita a la Honorable Corporación absuelva las siguientes consultas:

"A.— A partir de la vigencia del decreto Extraordinario 222 de 1983, cómo se hace la vinculación del personal docente de cátedra:

"a) ¿De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 80 de 1980 y su reglamentario 2019 de 1981? por tratarse de normas de carácter especial, o

"b) ¿Según lo reglamentado por el Decreto 222 ?

"B.— Siendo que el Decreto 2019 de 1981 en su artículo 7o excluye del sistema de contratación, en él establecido, al personal docente de las instituciones intermedias profesionales y remite al Decreto 2277 de 1979, y este último no dispone nada con relación a normas de contratación, sino de nombramiento y remoción, se consulta:

"¿Cómo se hace la contratación de los docentes de cátedra de las instituciones intermedias profesionales?

"C.— ¿En el evento que el Decreto 222 de 1983 haya derogado, en lo pertinente, al Decreto 80 de 1980 y al 2019 de 1981, qué tratamiento se daría a los profesores de cátedra con carácter docente con relación a las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que el artículo 167 del Decreto 222 prohíbe el pago de ellas, y el artículo 98 del Decreto 80 de 1980 establece el reconocimiento de prestaciones sociales para los docentes de cátedra?".

CONSIDERA LA SALA:

El régimen jurídico de actos y contratos de toda institución oficial de educación superior creada o reestructurada con arreglo a las disposiciones generales y las específicas del Decreto No. 80 de 1980, comprende los siguientes aspectos.

1. Autonomía para desarrollar sus programas académicos y de extensión o servicio, para designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos y darse su organización y gobierno (artículo 18 ibídem);

2. Expedición, por el Consejo Superior, del estatuto general de la institución con aprobación del Gobierno Nacional; de la planta de personal, con especificación de los cargos correspondientes a docentes, o empleados y trabajadores oficiales del orden administrativo; y del presupuesto de rentas y gastos de la institución (artículo 59, apartes b), f) y g), artículos 80 y siguientes y Decreto No. 728 de 1982);

3. Autorización para celebrar contratos o convenios con instituciones o gobiernos extranjeros o con instituciones internacionales y para celebrar los demás contratos o convenios según su naturaleza o cuantía, (artículo 59, ibídem, apartes l) y m)).

4. Atribución del Rector como representante legal de la institución, para suscribir los contratos y expedir los actos necesarios para el cumplimiento de los correspondientes objetivos, con sujeción a las disposiciones legales vigentes (artículos 60 y 61, aparte d));

5. Sujeción de los contratos de las instituciones oficiales de educacción superior a los requisitos de aprobación y registro presupuestal y sujeción de los pagos a la suficiencia de las respectivas apropiaciones, "sin perjuicio de las demás normas vigentes" (artículo 87);

6. Vinculación de docentes de cátedra, o sea, quienes dicten diez horas semanales de cátedra o lectivas, "mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos", y remuneración con base en las horas efectivamente dictadas. "Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo", que son empleados públicos (artículos 97 y 98 Decreto 80 de 1980) y (4o. del Decreto 2019 de 1981); "los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato deberá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en este Decreto". "La falta de estipulación de esta cláusula impide darlos por terminados cuando tal incumplimiento se presente (artículo 2o. Decreto Reglamentario No. 2019 de 1981);

"Los contratos de que aquí se trata requieren para su perfeccionamiento del registro presupuestal correspondiente" (artículo 98);

7. Vinculación ocasional o por el tiempo de ejecución de una obra o contrato, "por contrato administrativo de prestación de servicios que se regirá por las disposiciones del Decreto 150 de 1976 y las normas que lo reglamenten, complementen o sustituyan", (artículo 122).

8. Previsión específica sobre conformación de la respectiva junta de licitaciones y contratos en el "estatuto general" de las instituciones oficiales de educación superior, con posibilidades de asignarle funciones adicionales a las previstas en las normas generales (artículo 129);

9. Posibilidades de celebrar "convenios, inter-institucionales" y contratos y convenios con otras instituciones aún no educativas, previa autorización del Gobierno Nacional, (artículo 177);

10. Regulación de los contratos administrativos de prestación de servicios para vinculación de docentes de cátedra por las disposiciones de excepción contenidas en el artículo 98 del Decreto Extraordinario 80 de 1980 y en su reglamentario No. 8019 de 31 de julio de 1981, "con prescindencia del Decreto Extraordinario 150 de 1976" (artículo 1o. ibídem).

11. Posibilidades de los empleados públicos para celebrar dichos contratos, siempre y cuando no se afecte la prestación regular de su trabajo ni sea entidad contratante aquella a la cual se encuentren vinculados legalmente (artículo 3o. Decreto 2019 de 1981).

12. Estipulación obligatoria en contratos con docentes de cátedra de causales que den lugar a terminación anticipada del contrato (artículo 1o., inciso último, Decreto 2885 de 1980, reglamentario del artículo 104 del Decreto 80 de 1980).

El régimen orgánico de la Universidad Nacional de Colombia, establecido por el Decreto 82 de 1980, de acuerdo con la autonomía acordada para su organización, comprende a su vez, los siguientes aspectos concernientes a contratación:

1. Atribución del Consejo Superior para crear, suprimir o fusionar cargos y expedir, con arreglo al presupuesto del mismo Consejo y a propuesta del Rector, la planta de personal de la Universidad. (Art. 13, apartes g) y h));

2. Atribución del Rector, máxima autoridad académica y ejecutiva de la Universidad y representante legal de la misma, para "nombrar o contratar, previa autorización del Consejo Superior, los asesores que requiera la Universidad para la ejecución cabal de sus programas académicos y administrativos" (artículo 17, aparte k));

3. Atribución del Consejo Directivo máximo órgano de Gobierno de cada facultad, para "estudiar y recomendar la firma de convenios o contratos de asistencia científica, técnica o artística" (artículos 24 y 25, aparte p));

4. Compatibilidad del ejercicio de la docencia en dedicación de medio tiempo y de cátedra, con el desempeño de cargos públicos, el ejercicio profesional, y la celebración de contratos, con la administración pública, excepto con la Universidad (artículo 30).

5. Servicios ocasionales de docencia mediante vinculación de quienes los presten por contrato de prestación de servicios, no sujeto a formalidades distintas de las acostumbradas entre particulares y dable por terminado en los casos de mala conducta o de incumplimiento de los deberes previstos en el estatuto general. Tales contratos requieren registro presupuestal para su perfeccionamiento (artículo 31);

6.) Vinculación por "contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios", de quienes los presten en forma ocasional o por el tiempo de ejecución de una obra o contrato (artículo 44).

Confrontados los anteriores aspectos del régimen jurídico de actos o contratos de las instituciones públicas de educación superior, con las normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas contenidas en el Decreto 222 de 1983, la Sala advierte:

Como cualquiera de los contratos previstos en tal estatuto, el contrato de prestación de servicios (artículos 80 y 163 a 171), clasificado expresamente entre los administrativos (artículo 16), se somete a las reglas del mismo Decreto 222 de 1983 cuando su cuantía sea o exceda la suma de trescientos mil pesos ($300.000.oo), puesto que "en los demás casos, el reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidad contratante, se hará por resolución motivada" (artículo 26 ibídem).

"Además de los requisitos señalados en este estatuto, expresa el artículo 252, los establecimientos públicos deberán someter los contratos que celebren a la aprobación del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle adscrito el respectivo establecimiento público, si dicho funcionario no fuere su representante legal, cuando la cuantía exceda de ciento cincuenta millones de pesos ($150.000.000).

"El concepto del Consejo de Ministros y la revisión de legalidad del Consejo de Estado, sólo se requerirán cuando la cuantía sea superior a doscientos cincuenta millones de pesos ($250.000.000)".

Así, sería consecutiva a la celebración de dicho contrato y de otro cualquiera de los previstos en el Decreto 222, por parte de un establecimiento público y según su cuantía, la aplicación de las inhabilidades y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales (artículos 8o. y 18); podría prescindirse de la licitación (43, numeral 4o.); se perfeccionaría al tenor del artículo 51; requeriría publicación en el Diario Oficial (artículo 52) y pago de impuestos de timbre (artículo 53); aún cuando no se con-

signara expresamente se entendería pactada la cláusula de caducidad (artículos 61 y 65); la sujeción a las apropiaciones presupuestales y la obligación de garantizar el contrato serían expresamente estipuladas como también la cláusula penal pecuniaria (artículos 66, 67 y 72) y en general tendrían aplicación las normas sobre nulidades, efectos, responsabilidades y terminación de los contratos, siempre y cuando corresponda, al tipo del celebrado como su clasificación, con alguno de los previstos en el Decreto 222 de 1983.

Pues en el evento contrario, cuando el contrato no se ha reclasificado ni definido por dicho estatuto (Decreto 222 de 1983) su régimen de estipulaciones, continúa rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para el mismo según lo prevé el artículo 80 en armonía con el artículo 301.

Y tal es el evento ocurrido respecto del contrato administrativo denominado de prestación de servicios por el artículo 18 del Decreto 80 de 1980 cuyo régimen de estipulaciones es determinado por la naturaleza del servicio y cuyas formalidades no son otras que las acostumbradas entre particulares.

El contrato de prestación de servicios definido para los efectos del Decreto 222 de 1983, por su artículo 163, tiene como objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.

"Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales", (artículo 167 ibídem).

"Cuando los establecimientos públicos ... necesiten celebrar contratos de prestación de servicios cuyo valor fuere igual o superior a un millón doscientos mil pesos ($1'200.000.oo) deberán enviar a la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, o la dependencia que haga sus veces, junto con la solicitud razonada del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo al cual se hallen adscritos o vinculados, los siguientes documentos:

"a) Copia del contrato que se pretende celebrar.

"b) Informe detallado sobre la necesidad de la celebración del contrato e incapacidad para atender el servicio que se pretende contratar, con su personal de planta;

"c) Prueba de la idoneidad profesional del presunto contratista que podrá acreditarse con certificados relacionados con trabajos anteriores, experiencia, realizaciones y demás documeentos que la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República estime pertinentes" (artículo 169, Decreto 222 de 1983).

La vinculación de personas naturales, mediante contrato de trabajo, para desempeñar actividades docentes la establece únicamente, el artículo 261 del Decreto 222 de 1983 como facultad excepcional del Ministro de Defensa Nacional. (Cf. artículo 258 ibídem).

Juzgado conforme a las reglas existentes para el contrato de donde surge la respectiva prestación (artículo 98 Decreto 80 de 1980), resulta ser la docencia propiamente tal el contenido fundamental básico del "contrato administrativo de prestación de servicios" mediante el cual se vinculan los docentes de cátedra al servicio de las instituciones oficiales de educación superior, establecimientos públicos del orden nacional.

Término del contrato por períodos académicos, remuneración con base en horas de cátedra, prestaciones sociales del docente contratista proporcionales a las establecidas por los docentes de tiempo completo y registro presupuestal como requisito único de perfeccionamiento, como elementos esenciales del contrato en referencia, señalan definitivamente las fronteras con el contrato de prestación de servicios regulado por el Decreto 222 de 1983 y hasta con el contrato de derecho privado de la administración regulado por normas laborales o civiles.

El sentido especial de la disposición del artículo 98 del Decreto 80 de 1980 y la imposibilidad de asimilar sus efectos a los de otra clase de contrato, es conclusión que fluye de lo expuesto sin perjuicio de la competencia del legislador por vía general o de los jueces en cada caso particular para determinar la legislación aplicable a los docentes de cátedra de las instituciones oficiales de educación superior y sin perjuicio, obviamente de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1837.

Hay que estar, pues, a las reglas específicas de cada contrato, porque son esas reglas y no una genérica calificación del mismo como administrativo o como privado, las que definen su concreto régimen jurídico.

Por otra parte "sólo cuando la ley expresamente lo autorice y la estipulación contractual sea desarrollo particular y directo de la facultad dada por el legislador, la administración puede crear en los contratos que suscriba, situaciones individuales subjetivas que la nueva ley debe respetar".

Aunque sea, pues, la del Decreto 222 una regulación general en cuanto concierne con los contratos de prestación de servicios y aunque al régimen de dicho estatuto no se somentan únicamente los contratos tipificados en el Decreto 150 de 1976 sino cualquier contrato que celebre una entidad pública, mal puede estimarse incompatible y por tanto insubsistente la regulación especial y única del artículo 98 del Decreto 80 de 1980 sobre contrato del docente de cátedra. Ante todo se trata de prestar este servicio público en las condiciones reguladas excepcionalmente para su prestación de acuerdo con las necesidades públicas que el servicio de educación superior está llamado a cubrir.

Frente al artículo 121 del Capítulo IV del Decreto 80 de 1980 según el cual sus disposiciones, entre éstas la del artículo 98, no son aplicables al personal docente de las instituciones intermedias profesionales, hay que estar a lo dispuesto por el artículo 4o. del Decreto 2277 de 1979, conforme al cual "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".

A los educadores no oficiales serán aplicables las normas de este Decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. *En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso*". (Subraya la Sala).

En los anteriores términos se considera absuelta la consulta del señor Ministro de Educación Nacional, doctor Rodrigo Escobar Navia.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

LOTERIAS DE LOS TERRITORIOS NACIONALES.— Naturaleza jurídica.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintitrés (23) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2046.

En Oficio No. JF— No. 051, el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías formula a la Sala la consulta que a continuación se transcribe:

"1. Con fundamento en el artículo 8o. de la Ley 4a. de 1963 en armonía con el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1943, mediante el Decreto 766 de 1964, el Gobierno Nacional creó las Loterías para cada una de las Intendencias y Comisarías las cuales funcionan conjuntamente bajo el nombre de 'Lotería de los Territorios Nacionales'.

"2. El acto creador de la Lotería de los Territorios Nacionales omitió definir la naturaleza jurídica de esta Institución, y en consecuencia, no aparece organizada como Empresa Industrial y Comercial ni como establecimiento público, ni determina el orden territorial a que pertenece.

"3. Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que las reformas de 1968 han abierto posibilidades y delineado perspectivas para la evolución de las Instituciones Administrativas, es comprensible que ocurran confusiones conceptuales o surjan discrepancias sobre la modalidad de organización de este ente descentralizado.

"Con fundamento en lo anteriormente expuesto, comedidamente me permito consultar al Honorable Consejo de Estado:

a) Cuál es la naturaleza jurídica de las Loterías de los Territorios Nacionales, creada mediante Decreto 766 de 1964 (abril 14), con base en las Leyes 2a. de 1943 y 4a. de 1963; el cual me permito anexar, junto con sus modificaciones.

b) En qué orden territorial se encuentra ubicada la Lotería de los Territorios Nacionales".

* * *

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En concepto de 15 de diciembre de 1978, Radicación No. 1242, con ponencia de quien ahora redacta la presente, en relación con el tema de la naturaleza jurídica de las Loterías, se expresó:

"... La naturaleza de estas instituciones es desde el punto de vista del derecho administrativo, compleja. Sin embargo el Consejo de Estado en fallo de fecha 4 de octubre de 1974, reiterando el criterio expuesto en sentencia de 14 de septiembre de 1960, expresó que las loterías asumen la calidad jurídica de establecimientos públicos. De tal identidad derivarían estas entidades su capacidad para tener o poder disponer de autonomía y tener o poder gozar de personería jurídica.

"Como ocurre con las beneficencias, y dada la finalidad que desarrollan las loterías en el campo de la asistencia social, la Ley también las ha colocado bajo el control del Gobierno Nacional sin perjuicio desde luego, de la tutela administrativa que sobre ella ejerza la administración departamental y la vigilancia fiscal que corresponde a la respectiva Contraloría.

"Se destaca como elemento característico del régimen jurídico de estos dos entes descentralizados, el énfasis especial dispuesto para asegurar la destinación de los productos que manejan la asistencia social ... ".

En providencia de 19 de octubre de 1978, la Sección Primera de la Sala Contenciosa, reiteró las apreciaciones contenidas en la providencia de octubre de 1974 a las que se hizo referencia en el concepto antes transcrito: Las loterías son establecimientos públicos. blicos.

Si se observa la norma de creación de las Loterías de los Territorios Nacionales (Decreto 766 de 1964) se llega a la misma conclusión ya tradicional en la jurisprudencia, en cuanto a la naturaleza jurídica de estos entes; sin embargo la norma citada creó loterías para cada una de las Intendencias y Comisarías, y para efectos organizativos las fusionó con el nombre de "Loterías de los Territorios Nacionales". Ahora bien, teniendo en cuenta las normas del Decreto-Ley 1926 de 1975 que establecen el régimen administrativo y fiscal de las Intendencias y Comisarías y concretamente las que señalan las funciones de los Consejos Intendenciales y Comisariales (artículo 9 Literal h), y artículo 13 literal h)) estos últimos son los llamados a determinar la naturaleza jurídica de sus loterías, encuadrando tales entes dentro de los esquemas organizativos de las denominadas entidades descentralizadas, siendo el que más se acomoda para esta clase de organización el de la empresa industrial y comercial, *teniendo en cuenta la característica preponderante de gestión y rendimiento económico* que persiguen las loterías, para aplicar dichos resultados a los programas de asistencia social de su respectiva área territorial. En realidad no se compadece con la actividad económica asignada a las loterías, el que éstas se vean encuadradas dentro del esquema del establecimiento público, propio para el desarrollo de funciones administrativas a cargo del Estado, y no de gestión comercial.

En conclusión, y frente al caso consultado se tiene, que, jurídicamente, quienes están en capacidad de determinar el ámbito y la naturaleza jurídica de cada una de sus loterías, son los Consejos Intendenciales y Comisariales, por cuanto es a ellos a quienes la ley les ha deferido tal competencia, antiguamente asignada al ejecutivo por la Ley 2a. de 1943; la Lotería de los Territorios Nacionales, no es una sola, sino que la norma que las creó, lo hizo para cada una de las Intendencias y Comisarías, pero para efectos de organización a todas las denominó Loterías de los Territorios Nacionales y les asignó una Junta para su manejo, la que tiene competencia para administrarla. Sin embargo, si se observan las funciones que a esta Junta le otorgan los Decretos 766 de 1964 y 1972 de 1969, como son las de designación de administrador, celebración de contratos, adopción de presupuesto, expedición de reglamento el cual debe someter a la aprobación del Gobierno Nacional, etc. y ante la ausencia de norma jurídica, que señale exactamente su naturaleza, siguiendo la tradicional jurisprudencia de la Sala Contenciosa se llega a concluir que las Loterías de los Territorios Nacionales son un establecimiento público

que puede ubicarse como perteneciente al orden nacional en atención a la calidad de los integrantes de la Junta, compuesta por funcionarios de este orden (Decreto 889 de 1980); a esta conclusión, como se ha dicho, se llega con base en las normas que regulan el régimen de administración de las loterías; no porque ellas tipifiquen claramente esta figura, sino porque su interpretación permite ubicarlas dentro de los modelos propios de organización administrativa que para todos los órdenes prevé la Constitución y el Legislador.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

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

Clara Stella Ramos, Secretaria.

RECURSOS NATURALES RENOVABLES.— Decreto 2811 de 1974. Aprovechamiento forestal. Efecto ambiental. Peligros presumibles: aviso. Concesión de permisos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintinueve (29) de febrero de mil novecientos ochenta (1980).

Consejero Ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 1367.

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

"1. El Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974) de manera perentoria dispuso que toda persona que proyecte realizar o realice cualquiera obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad. Tal requisito se conoce dentro del estatuto como 'declaración de efecto ambiental' (artículos 27, 28, 29, Op. Cit.).

"2. De los antecedentes de esta parte de la Ley, se sabe que tal institución correspondía a los artículos 53, 54 y 55 insertos como Título IX, de la parte IV, del libro I, del proyecto de Código que revisó antes de su expedición el H. Consejo de Estado (Cfr. Sala de Consulta y Servicio Civil, sesión del miércoles 6 de noviembre de 1974 y oficio 229 de 22 de noviembre de 1974).

"3. En ejercicio de la función reglamentaria del Código se dictaron los Decretos 2151 y 2152 de 1979. El artículo 1o. de tales Decretos consignó las siguientes proposiciones:

'ARTICULO 1o. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA— y las demás entidades que por Ley tienen como función propia la administración, conservación y manejo de los recursos naturales renovables, podrán otorgar permisos de aprovechamiento forestal persistentes y únicos en bosques de dominio público por un término hasta de diez (10) años y sobre una extensión no su-

perior a 20.000 hectáreas. La duración y área de tales permisos se determinan en cada caso teniendo en cuenta las características del bosque, su capacidad productora, la conservación del recurso, las condiciones técnicas, económicas y administrativas del solicitante tanto para el aprovechamiento como para el proceso industrial.

'PARAGRAFO 1o. Será condición necesaria para el estudio de la solicitud la presentación por parte del peticionario de la declaratoria de efecto ambiental sobre la zona donde se pretenda hacer el aprovechamiento. La mencionada declaratoria deberá elaborarse de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el INDERENA y a que se refiere el Título IV, Parte III, Libro Primero, del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974).

'PARAGRAFO 2o. Para su validez los permisos de aprovechamiento forestal, requieren la aprobación de la Junta o Consejo Directivo de la entidad administradora del recurso'.

'4. El INDERENA no ha expedido el reglamento para la elaboración de 'la declaratoria de efecto ambiental', exigencia previa para el aprovechamiento de bosques de dominio público, en desarrollo de lo dispuesto por el parágrafo 1o. anteriormente transcrito.

"5. Con anterioridad a la vigencia de los Decretos 2151 y 2152 de 1979 se formularon solicitudes de permisos para aprovechamientos forestales, que por razones de distinto orden no fueron evacuados antes de que entraran en vigor las normas mencionadas.

"6. En la oportunidad en que se presentaron las solicitudes en mención, los aprovechamientos forestales estaban sometidos a los ordenamientos del Acuerdo 29 de 19 de agosto de 1975, expedido por la Junta Directiva del INDERENA, en la cual, si bien se exigía la declaración de efecto ambiental como un elemento del "Plan de Ordenamiento Forestal" que el solicitante debía presentar no se determinaban los detalles de dicha declaración (artículo 7o. y 9o. literal m), 11o. literal l) y 13o. literal g)).

"7. Como un capítulo del donominado 'Plan de Ordenación Forestal', el INDERENA ha exigido la declaración de efecto ambiental cuyo contenido se ha determinado en cada caso mediante providencias individuales. Igualmente, en el evento de pliegos de concesiones para licitaciones de bosques de dominio público, ha incluido aspectos sobre el contenido de la declaración de efecto ambiental. Tales exigencias se han asumido con fundamento en el principio de la aplicación analógica de otras disposiciones, tales como el artículo 207 del Decreto 1541 de 1978 y el artículo 63 del Decreto 1608 de 1978 en donde se regulan las exigencias para la declaración de efecto ambiental en otros recursos como el agua y la fauna silvestre ...

"En razón de los hechos expuestos y con el fin de adoptar los criterios uniformes en el tratamiento y solución de los permisos para aprovechamientos forestales, de manera comedida formulo a la H. Sala las siguientes consultas:

"a) ¿Es exigible el cumplimiento de la declaración de efecto ambiental a quienes con anterioridad a la vigencia de los Decretos 2151 y 2152 de 1979 formularon solicitudes de aprovechamiento forestal sometidas a las provisiones que regulaban la materia en dicha oportunidad?

"b) ¿A pesar de que el INDERENA no ha reglamentado el contenido de la declaración de efecto ambiental, tal como lo dispone el parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto 2151 de 1979, puede exigirse el cumplimiento de tal obligación con arreglo a la aplicación analógica de disposiciones similares tales como el artículo 207 del Decreto 1541 de 1978 sobre aguas, y el artículo 63 del Decreto 1608 de 1978 sobre fauna silvestre?

"c) ¿La presentación y evaluación de la declaración de efecto ambiental constituye una situación preclusiva de manera que una vez otorgado el permiso le es imposible a la administración solicitar posteriormente adiciones o actualizaciones dentro del término de aprovechamiento?"

La Sala, con el objeto de absolver la consulta, considera:

1o. El artículo 27 del Decreto-Ley 2811 de 1974, por el cual expidió el "Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente", prescribe que "toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptibles de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad".

Los artículos 211, 212, 213, 214, 215 y 216 del Decreto-Ley 2811 de 1974 definen los "aprovechamientos forestales" persistente, único y doméstico y señalan la forma de concederlos.

El artículo 1o. del Decreto 215 de 1979, que reglamenta parcialmente las mencionadas disposiciones, prescribe que las entidades que tienen como función "la administración, conservación y manejo de los recursos naturales renovables, podrán otorgar permisos de aprovechamiento forestal persistentes y únicos en bosques de dominio público por un término hasta de diez (10) años y sobre una extensión no superior a 20.000 hectáreas", habida consideración de las circunstancias específicas que al efecto determina.

El parágrafo del mismo precepto agrega que "será condición necesaria para el estudio de la solicitud la presentación por parte del peticionario de la declaración de efecto ambiental sobre la zona donde se pretende hacer el aprovechamiento", la cual "deberá elaborarse de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida INDERENA".

Según las disposiciones antes transcritas, la ley y el reglamento obligan a presentar, conjuntamente con la solicitud de permiso para el aprovechamiento forestal persistente o único, la declaratoria del efecto ambiental sobre la zona en donde deba realizarse. Por consiguiente, si ésta no se presenta, la solicitud de permiso no puede ser estudiada. Se trata de un requisito indispensable, prescrito por normas de orden público, cuya omisión implica imposibilidad jurídica de otorgar el permiso. Si a pesar de esta omisión el permiso se concediere, el correspondiente acto infringiría los indicados preceptos.

Este régimen se explica porque la declaratoria de efecto ambiental tiene por objeto hacer conocer de la correspondiente entidad administrativa las modalidades específicas dentro de las cuales se efectuaría el aprovechamiento y el efecto que produciría en el ambiente, para que resuelva, con base en ella, si concede o deniega el permiso y, en caso positivo, determine la forma, las condiciones y el plazo dentro de los cuales se debe realizar el aprovechamiento forestal.

2o. Si el artículo 27 del Decreto-Ley 2811 de 1974 prescribe que todo el que realice o pretenda efectuar "cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental 'debe' declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad", incumbe al Gobierno, en ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 120, ordinal 3o, de la Constitución, reglamentar el mencionado precepto legal, particularmente determinar los requisitos que deben reunir las declaraciones de efecto ambiental de quienes soliciten permisos para aprovechamientos forestales persistentes y únicos del mismo, como los artículos 207 del Decreto 1541 y 63 del Decreto 1608 de 1978 señalan los que deben reunir las que se deben presentar para obtener permisos de uso de las aguas de dominio público y de aprovechamiento de la fauna.

Pero la potestad reglamentaria, atribuida por la Constitución al Gobierno, no puede ser ejercida por órgano o funcionario diferente ni tampoco delegada a funcionarios distintos de los señalados por el artículo 135 de la Constitución, con los requisitos que el mismo precepto determina.

3o. El artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 prescribe que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho". El precepto determina una regla de hermenéutica, aplicable en todos los grados de la normatividad jurídica, siempre que al resolver en el fondo *un caso específico* no exista norma directa o "exactamente aplicable al mismo", con el fin de que se observen en su solución las disposiciones que regulen casos semejantes. Se aplica no sólo en la decisión de *los casos* o controversias que deban ser dirimidas por los funcionarios pertenecientes a la Rama Jurisdiccional, sino también en la solución de los casos concretos de carácter administrativo. Pero el principio de la analogía, de conformidad con los artículos 20 y 63 de la Constitución, no es aplicable para definir la competencia de un funcionario u órgano, que siempre debe ser señalada expresamente por la ley o reglamento, sino para resolver, en casos específicos, problemas jurídicos de fondo.

El funcionario u órgano, judicial o administrativo, que deba resolver un caso específico, es quien tiene que verificar si se requiere o no aplicar el principio de la analogía.

4o. Concedido el permiso, el beneficiario debe cumplir con las obligaciones que se le impongan. Para los aprovechamientos forestales persistentes, según el artículo 213 del Decreto-Ley 2811 de 1974, se cuenta principalmente la de "conservar el rendimiento normal del bosque con técnicas silvícolas que permitan la renovación del recurso". Esto sin perjuicio de que, en caso de que el beneficiario del permiso no esté "en condiciones de cumplir con las obligaciones técnicas establecidas" al otorgarle el permiso, según el artículo 222 ibídem, la administración pueda "asumir el cumplimiento de esas obligaciones", siendo de cargo del beneficiario "el costo de las operaciones, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar por el incumplimiento". Esto implica que la administración puede solicitar los informes y practicar las diligencias que fueren necesarias para vigilar que el beneficiario cumpla las obligaciones que le incumben. El permiso o la concesión se fundan en normas de interés público o social y por lo mismo su finalidad debe prevalecer sobre los meros intereses privados.

En los anteriores términos la Sala absuelve la consulta del señor Ministro de Agricultura. Transcríbasele en copia auténtica.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; **Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S, Secretaria.

IMPUESTO A LA VENTA DE GASOLINA Y A.C.P.M.— Normas creadoras. ¿Cómo se liquida? Forma de pago. Beneficiario del impuesto. Competencia para resolver las reclamaciones y para tomar las medidas necesarias para el recaudo. Destinación que debe dar el Fondo Vial Nacional a dicho impuesto.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., cinco (5) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2049.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"En mi condición de Ministro de Obras Públicas y Transporte me permito, por su digno conducto, formular a la Sala, la consulta que adelante consigno, previa relación de los siguientes antecedentes:

"1. Antecedentes legales:

"1.1. La Ley 64 de 1967 y su reglamento:

"1.1.1. La Ley 64 de 1967 creó el establecimiento público denominado FONDO VIAL NACIONAL y lo dotó de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

"1.1.2. El artículo 2o de la Ley 64 de 1967 dispuso:

"Forman parte del patrimonio del Fondo Vial Nacional:
"a) ...
"b) Una suma equivalente al producto del impuesto a la gasolina y al ACPM a que se refiere el artículo 4o de esta Ley.

"1.1.3. El artículo 4o por su parte, rezaba así:

"Con destino al Fondo Vial Nacional establécese un impuesto, calculado con base en el precio por galón en refinería, del ciento catorce por ciento (114%) para la gasolina y del cincuenta y cinco y medio por ciento (55 1/2) para el ACPM. Exceptúanse de este impuesto las gasolinas de aviación y el Diesel marino.

"Parágrafo 1o. *La liquidación y recaudo del impuesto se hará por las refinerías y los importadores en el momento de efectuarse el despacho o entrega de los productos, pero los distribuidores mayoritarios tendrán un plazo hasta de treinta (30) días, para el pago del valor correspondiente.*

"El reglamento establecerá la forma de hacer las deducciones por evaporación o pérdida de combustible.

"Parágrafo 2o. Del impuesto a que se refiere este artículo se destinará una suma no inferior al diez por ciento (10%) de su producto, como aporte al Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

"Los recursos nacionales del Fondo Nacional de Caminos Vecinales se asignarán a obras de los Departamentos y Territorios Nacionales, teniendo en cuenta:

"a) ... (subrayo).

"1.1.4. La Ley 64 de 1967 fue reglamentada mediante el Decreto No 2862 de 1968.

"1.1.5. El literal b) del artículo 6o de este Decreto 2862 de 1968 reitera la inclusión dentro de los elementos constitutivos del patrimonio del Fondo Vial Nacional, 'las sumas correspondientes al impuesto sobre la gasolina y el A.C.P.M. decretado por el artículo 4o de la ley que se reglamenta'.

"1.1.6. El Decreto citado reglamentó lo relativo al impuesto sobre la gasolina y el ACPM en los artículos 17 y siguientes.

"De ellos cabe destacar el artículo 17 en el cual se establece que '*las refinerías* y los importadores de gasolina y ACPM serán responsables de la liquidación y recaudo de los impuestos establecidos por el artículo 4o de la Ley 64 de 1967' y el artículo 18 que fija el término dentro del cual los *distribuidores mayoristas* de gasolina y ACPM deben entregar a las refinerías o a los importadores el valor de ese impuesto: '*dentro de los treinta días inmediatamente siguientes a aquel en que les sea vendido el respectivo producto*'. (Subrayo). El artículo 19 señala los plazos a los recaudadores (refinerías e importadores) para entregar el producto de los recaudos a la Tesorería General de la Nación, forma de consignar, etc.

"1.2. La Ley 30 de 1982 y su reglamento:

"Mediante esta Ley se modificó parcialmente la Ley 64 de 1967.

"1.2.1. El artículo 2o de la Ley 30 de 1982 dice:

'En lugar de impuesto creado en el artículo 4o. de la Ley 64 de 1967, establécese un impuesto con destino al Fondo Vial Nacional, equivalente a trece pesos con cincuenta centavos ($13.50) por galón vendido de: a) gasolina motor regular, b) gasolina motor extra, y c) ACPM.

"Se exceptúan las gasolinas de aviación y el Diesel marino.

"1.2.2. El artículo 3o. se refiere a los incrementos que debe sufrir el citado impuesto cuando se incrementen los precios de esos combustibles.

"1.2.3. El artículo 3o. modificó los artículos 8o de la Ley 64 de 1967 y 15 del Decreto 2862 de 1968 que señalaban como Tesorero del Fondo Vial Nacional al Tesorero General de la Nación (y otros que establecían la unidad de Caja), al establecer que el Tesorero del Ministerio de Obras Públicas y Transporte será el Tesorero del Fondo Vial Nacional.

"1.2.4. Como se dijo atrás (1.1.3.) el parágrafo 2o del artículo 4o. de la Ley 64 de 1967 ordenó dar al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, como aporte, el 10% del impuesto a la gasolina y el ACPM. Tal disposición concuerda con el artículo 40 del Decreto 2862 de 1968 que al reglamentar la Ley 64 de 1967 señaló dentro del 'objeto' del Fondo Vial Nacional el de ' ... 3) Auxiliar al Fondo Nacional de Caminos Vecinales', y dijo que en desarrollo de tal objetivo el Fondo Vial Nacional debería '... h) Destinar en su presupuesto anual una suma no inferior al diez por ciento (10%) del producto del impuesto de que trata el artículo 4o. de la Ley 64 de 1967, como aporte al Fondo Nacional de Caminos Vecinales".

El parágrafo 1o. del artículo 30 de la Ley 30 de 1982 dispone que 'De las sumas recibidas por el Fondo Vial Nacional a que se refiere el artículo segundo de esta Ley, el Fondo Vial Nacional destinará una suma no inferior al diez por ciento (10%) como aporte al Fondo Nacional de Caminos Vecinales y una suma del diez por ciento (10%) a los Ferrocarriles Nacionales con destino al mantenimiento, mejoras y extensión de la red ferroviaria. Estas sumas serán entregadas mensualmente a las respectivas entidades".

Por su parte el artículo 7o. de esta misma Ley 30 de 1982 dispone que "El Fondo Vial Nacional pagará a la Corporación Financiera del Transporte una suma no superior al cinco por ciento (5%) de la participación de que habla el artículo segundo de esta ley con destino al subsidio del transporte urbano colectivo".

"1.2.5. El artículo 8o. de la Ley 30 de 1982 dice que ella 'deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial lo relacionado con los artículos 3o., 4o. y 8o. de la Ley 64 de 1967'.

"1.2.6. La Ley 30 de 1982 fue reglamentada por el Decreto 1013 de 1982 (15 de abril).

"1.2.7. El artículo 1o. de este Decreto repite que las refinerías y los importadores de gasolina motor y ACPM son los *responsables de la liquidación y recaudo* del impuesto.

"1.2.8. El artículo 2o. repite el término de 30 días a que se refiere el artículo 18 del Decreto 2862 de 1968 para que los distribuidores mayoristas entreguen a las refinerías e importadores el valor del impuesto.

"1.2.9. El artículo 3o. conserva los plazos del artículo 19 del Decreto 2862 de 1968 para que los importadores y las refinerías entreguen lo recaudado a la Tesorería General de la Nación y modifica algunos procedimientos relativos a la consignación.

"1.2.10. Los artículos 6o. a 9o. de este Decreto fijan el porcentaje por evaporación y *pérdida por transporte de la gasolina desde las refinerías o puerto importación* (hasta el distribuidor mayorista), porcentaje que es *deducible del valor del impuesto* al liquidarlo y recaudarlo; se fija el valor de la *pérdida por evaporación* u otros factores que afecten el volumen de la gasolina motor reconocible a los propietarios, arrendatarios o administradores de estaciones de servicio, el cual deben *deducir los mayoristas del precio* total de la venta.

2. Comentarios

De la legislación que se ha citado se desprende que el impuesto establecido por el artículo 2o. de la Ley 30 de 1982 tiene por recaudadores a las refinerías y a los importadores de gasolina motor y ACPM (artículo 1o. Decreto 1013 de 1982); que tales recaudadores deben consignar los recaudos en la Tesorería General de la Nación dentro de los plazos señalados por el artículo 3o. del Decreto 1013 de 1982 en la forma y con los anexos allí indicados; que quienes deben pagar el valor del impuesto son los distribuidores mayoristas de gasolina motor y ACPM y que tienen plazo de 30 días, inmediatamente siguientes a aquel en que les sea vendido el producto para entregar dicho valor a los recaudadores, o refinerías o importador que les vendió el producto. Igualmente se tiene que el beneficiario del impuesto es el FONDO VIAL NACIONAL (artículo 2o. Ley 30 de 1982), y a través de él, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Parágrafo 1o. y 2o. del artículo 3o. Ley 30 de 1982) y la Corporación Financiera del Transporte (artículo 7o. Ley 30 de 1982), quienes deben darle a tales dineros la destinación que las mismas disposiciones señalan. El administrador del tributo es el Fondo Vial Nacional.

Sin embargo no parecen muy claras las normas en cuanto a cuál es el hecho imponible y quién es el sujeto pasivo del impuesto, y por tanto cuál es el ente competente para resolver las reclamaciones que puedan presentarse relacionadas con la causación, con la liquidación, el recaudo y la administración del impuesto.

En efecto, el artículo 2o. de la Ley 30 de 1980dice que el impuesto se establece "por galón vendido" pero sin señalar vendido por quien y a quien. De hecho de que los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 1013 de 1982 dispongan que son los refinadores e importadores quienes recaudan el impuesto y de quienes lo pagan son los distribuidores mayoristas y que estos tienen un plazo de 30 días a partir de la venta, se desprendería que debe entenderse el artículo 2o. de la Ley 30 de 1982 en el sentido de que la expresión "por galón vendido" significa vendido por el refinador o importador al distribuidor mayoris-

ta. El antecedente del tenor del artículo 4o. de la Ley 64 de 1967 (y su parágrafo 1o.) que hablaban del precio por galón en refinería reforzarían esta conclusión.

Nos inquieta sin embargo que si tal interpretación es acertada y si siéndolo, ello significa que el hecho imponible es la venta que hacen los refinadores o impotadores a los distribuidores mayoristas, que el sujeto pasivo del impuesto es el distribuidor mayorista. Interesa además, en todo caso, saber en quién o quienes radica la competencia para resolver las reclamaciones referentes a causación, liquidación, recaudo o administración del impuesto, dado el contenido de las normas sobre él existentes y habida cuenta de que unos son los recaudadores (refinerías e importadores que venden los productos), otro el administrador del impuesto recaudado (Fondo Vial Nacional) y varios los beneficiarios-destinatarios del impuesto (Fondo Vial Nacional, Fondo Nacional de Caminos Vecinales, Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Corporación Financiera del Transporte).

Con fundamento en los antecedentes y consideraciones que anteceden,

SE CONSULTA:

En relación con el impuesto establecido por la Ley 30 de 1982, reglamentada por el Decreto 1013 de 1982 (15 de abril), sobre venta de gasolina motor y ACPM, desea este despacho saber:

1. Cuál es el hecho imponible.
2. Quién es el sujeto pasivo del impuesto.
3. En quién radica la competencia para resolver las reclamaciones que pueden presentarse en relación con la causación, liquidación, recaudo y administración de dicho impuesto".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1o. Como se expone en el enunciado de la consulta, el artículo 4o. de la Ley 64 de 1967, reglamentada por el Decreto 2862 de 1968, creó un impuesto "calculado con base en el precio por galón en refinería" de la gasolina y del A.C.P.M. con excepción de la gasolina de aviación y de diesel Marino, con destino al Fondo Vial Nacional. El artículo 2o. de la Ley 30 de 1982 lo sustituyó por otro, con la misma destinación, "equivalente a trece pesos con cincuenta centavos ($13.50) por galón vendido" de "gasolina motor regular", "gasolina motor extra" y A.C.P.M., esta Ley fue reglamentada por el Decreto 1013 de 1982.

2o. No cabe duda de que se trata de un impuesto a la venta de gasolina y A.C.P.M., que se liquida como un recargo al precio de cada galón de esos productos. Se liquida y recauda por las refinerías y los importadores en el momento de entregar el producto a los distribuidores mayoristas. De ahí que las refinerías y los importadores de gasolina motor A.C.P.M. sean los responsables de la liquidación y recaudo del impuesto (artículo 1o. del Decreto 1013 de 1982) y los obligados a consignar periódicamente su valor en la Tesorería General de la República (artículo 3o. del Decreto 1013 de 1982).

3o. El impuesto debe pagarse por los compradores mayoristas, dentro de los treinta días siguientes "a aquel en que sea vendido el respectivo producto" (artículo 2o. del Decreto 1013 de 1982). Por consiguiente, éstos son los sujetos pasivos del impuesto, en cuanto están obligados a satisfacerlo en el lapso indicado.

4o. Según el artículo 2o. de la Ley 30 de 1982, el Fondo Vial Nacional es el beneficiario del impuesto que, de conformidad con el artículo 2o., letra b), de la Ley 64 de

1967, constituye uno de los factores de su patrimonio. De manera que, por este motivo, le atañe todo lo relativo a la existencia, liquidación y recaudo del impuesto. Pero, como el artículo 4o. de la ley 30 de 1982 prescribe que "el Ministerio de Obras Públicas, a través de sus dependencias, tendrá la administración del Fondo Vial Nacional", que "el Ministro de Obras Públicas será su representante legal" y que "el tesorero del Ministerio será el tesorero del Fondo", la competencia para resolver las reclamaciones y para tomar las medidas necesarias para el recaudo oportuno y eficaz del impuesto incumbe a los correspondientes funcionarios del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Esto explica que el artículo 3o. parágrafo 1o. del Decreto 1013 de 1982 disponga que la consignación del impuesto debe acompañarse de una relación cuya copia ha de remitirse a la oficina de planeación del Ministerio de Obras Públicas, "en la que se indique el nombre o razón social del comprador de gasolina y A.C.P.M., los volúmenes entregados de cada uno de éstos productos, la tarifa del impuesto y el valor del mismo, acumulando su total en tal relación ...". Se trata de hacer posible un adecuado control del recaudo del impuesto.

5o. El artículo 3o. parágrafo 1o. de la Ley 30 de 1982 dispone de que de las sumas recibidas por concepto del impuesto "el Fondo Vial Nacional destinará una suma no inferior al diez por ciento (10%) como aporte al Fondo Nacional de Caminos Vecinales y otro 10% a los Ferrocarriles Nacionales". Se trata de un precepto legal que, por una parte, obliga al Fondo Vial Nacional *a destinar* por lo menos el 10% de los recaudos del impuesto al Fondo de Caminos Vecinales y, por otra, *a transferir* otro 10% a los Ferrocarriles Nacionales. Pero estas entidades, según la disposición legal que se comenta, no tienen competencia para resolver las reclamaciones que puedan presentarse sobre la liquidación del impuesto ni para tomar ninguna medida tendiente a efectuarla. Pero tienen derecho a que las sumas correspondientes a las destinaciones y transferencias les sean entregadas mensualmente, como dispone el artículo 3o. parágrafo 1o. de la Ley 30 de 1982.

Transcríbase al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

JUNTAS ADMINISTRADORAS DE ENTES MUNICIPALES.— No es válida la designación de Concejales, principales, o suplentes para las Juntas Administradoras de entes Municipales.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DE ORDEN MUNICIPAL. CREACION.— Artículo 197 Constitución Nacional.

SENTENCIAS DE NULIDAD. EFECTOS.—

1.— En procesos electorales, ordinarios, relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento.

2.— Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial y comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efecto en lo pertinente los decretos reglamentarios.

ACTO ADMINISTRATIVO.—

1.— Concepto en el Decreto 01 de 1984. Presunción de legalidad.

2.— Un decreto de una Alcaldía y una elección que haga un Concejo Municipal son actos administrativos.

JURISPRUDENCIA.—

1.— La jurisprudencia no produce doctrina imperativa en ningún caso, así sea reiterativa (artículo 4o. Ley 169 de 1886).

2.— ¿Qué constituye jurisprudencia?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., abril cinco (5) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2069.

El señor Ministro de Gobierno formula a la Sala la siguiente consulta:

Atentamente y a solicitud del Alcalde de Barranquilla, someto a su consideración la siguiente consulta, la que considero importante, no solamente para la referida ciudad sino para todos los municipios del país:

1o. Como consecuencia de la enmienda constitucional de 1968, la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, en repetidas sentencias integrantes de la jurisprudencia para el caso, se pronunció en el sentido de que los Concejos Municipales no tenían competencia para crear los cargos de miembros de Juntas Administradoras de entes Municipales, como tampoco para "elegirlos" o "designarlos" y menos, en cuanto a lo último, en tratándose de Concejales. Esa potestad afirmaba el Consejo de Estado, era privativa del Alcalde Municipal;

2o. Entre las diversas razones aducidas por el Honorable Consejo de Estado, para establecer y mantener la jurisprudencia indicada durante casi diez años, expresó la de la prohibición de los Concejos, tratándose de nombrar Concejales para dichas juntas, de elegir a los mismos para empleos públicos municipales remunerados.

3o. También en su jurisprudencia, el Consejo de Estado ha venido reiterando igualmente a partir de la reforma constitucional de 1968, que la creación, modificación o variación de las estructuras administrativas de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta municipales, no puede hacerse sino a iniciativa del Alcalde en atención al numeral 4o del artículo 197 de la actual codificación de la Constitución Nacional;

4o. Es entendido, además, que:

a) Las sentencias de nulidad o que niegan esa sanción, en procesos electorales, no surten efectos "erga omnes" si no solo en favor o en contra de la parte demandante y la parte demandada. Aquel efecto, y lo reafirma el artículo 175 del nuevo Código Contencioso Administrativo, únicamente se genera con relación a fallas declaratorias de nulidad de los actos administrativos y que se profieren dentro de los procesos ordinarios correspondientes;

b) La jurisprudencia requiere para su formación de dos (2) o más sentencias uniformes sobre un mismo punto de derecho (art. 13, Reglamento Consejo de Estado);

c) En sentido general, actos administrativos, como los Decretos de los Alcaldes, mediante los cuales se efectúan nombramientos para el desempeño de funciones públicas, surten todos sus efectos legales mientras no sean revocados, derogados, o anulados y/o en tanto no se disponga, también por Decreto, la declaratoria de insubsistencia en la nominación realizada, o en última instancia, para casos especiales, se produzca la suspensión en el cargo por motivos consagrados en la ley.

La nulidad, obviamente, de tales Decretos, ha de provenir de fallo ejecutoriado y originario de la justicia especial contenciosa-administrativa.

5o. Empero, la jurisprudencia que se cita en el punto 1o. fue variada, por la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 27 del pasado año y dentro del proceso electoral, instaurado por la doctora Mélida Yepes Alzate y radicado bajo el número 11054. Según tal modificación, los Concejos Municipales pueden elegir o designar sus representantes en las Juntas Directivas Administradoras de entes Municipales aun a miembros de la propia corporación edilicia para desempeñar esas funciones;

6o. Más de la preindicada sentencia y en su parte motiva, fluyen algunas dudas a saber:

a) La de que si los cargos de miembros de Juntas Administradoras Municipales tienen remuneración, no pueden ser ejercidos por Concejales, lo que se desprende de la siguiente afirmación apreciable en la página 17 del fallo: " ... Es pues claro que lo que la ley prohíbe es la elección o nombramiento de los concejales en cargos remunerados ...". Y la duda se robustece con estas otras: " ... Si alguna duda hubiere lo que sí es claro es que es prohibido seleccionar a un Concejal para un destino lucrativo ... a juicio de la Sala, no puede ignorarse que la prohibición sí exige que el destino sea *lucrativo,* vale decir, remunerado. En el caso de autos no se ha probado que los cargos para los cuales fueron seleccionados los concejales cuyo nombramiento se impugna ejerzan posiciones lucrativas. Lo mínimo que puede exigirse es la prueba de que el Concejal cuya posición se demanda recibe remuneración como miembro de una Junta Administradora ...". (Subraya la Sala, págs. 19 y 20 del fallo).

b) La de que pareciera que "para crear y organizar todos los establecimientos públicos y demás entidades descentralizadas municipales", los concejos dispongan de libre facultad constitucional, al margen de la iniciativa atribuida al Alcalde en la materia y en el artículo 197, ordinal 4o, de la Carta que ya se ha citado. La duda, al respecto, fluye de lo consignado al final de la página 13 y al principio de la página 14 del fallo.

Así las cosas se consulta:

1o. Si de existir ordenamiento legal, que establezca remuneración para quienes sean nombrados y ejerzan las funciones de miembros de las observadas juntas, ¿es válida la designación de los Concejales, principales o suplentes, para ellas y aún renunciando los mismos a la asignación que tengan fijados tales cargos?

2o. ¿Si para crear, organizar o modificar los órganos denominados Juntas Directivas de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, y sociedades de economía mixta municipales, se requiere o no que el proyecto de Acuerdo, que expida el Concejo al respecto, provenga de la iniciativa del Alcalde?

3o. ¿Si las sentencias que NIEGAN la nulidad, impetrada en procesos electorales y, concretamente, la acotada, de noviembre 29 del año pasado, que precisamente rechazó las pretensiones de la demandante en cuanto a declarar esa nulidad sobre la elección de miembros de las referidas juntas, por parte del Concejo, en Manizales, tiene o no efectos "erga omnes" y si no, cuáles son ellos?

4o. ¿Si la doctrina nueva, que se acoge en la comentada sentencia de noviembre 29 del pasado año, devuelve a TODOS los Concejos Municipales del país la facultad de elección o nombramientos sobre miembros de las juntas directivas administradoras de entes locales, pese a que sus efectos no pueden ser generales y que un sólo fallo no amerita todavía jurisprudencia?

5o. ¿Si expedidos y vigentes, por razón del período señalado o aún a falta del mismo, Decretos de Alcaldía, basados en la jurisprudencia anterior del Consejo de Estado, nombrando a los miembros de Juntas Directivas administradoras de entes municipales y estando aquellos en desempeño de sus funciones, puede el Consejo legalmente, sin mediar fallo alguno, desconocer los citados Decretos y proceder a elegir nuevos miembros de las Juntas observadas? ¿Si ello sucediere, está obligado el Alcalde a darle posesión a esos nuevos miembros y prohijar el desplazamiento de los nominados anteladamente en sus Decretos? y;

6o. Si la doctrina, de fallo del 29 de noviembre del pasado año, no genera efectos "erga omnes" y ni siquiera constituye jurisprudencia imperativa todavía, ¿puede el Alcalde de Barranquilla designar, por Decreto, a los miembros de aquellas Juntas Directivas de entes municipales, que están desintegradas y sin funcionar, con grave perjuicio para la Administración, en virtud de que la Sección 1a. del Consejo de Estado, apoyada en la jurisprudencia de entonces, en sentencia de septiembre 15 de 1983, decretó la nulidad de la elección de los miembros, que había realizado el Concejo Municipal de la ciudad, estipulando, entonces, para ello, era del Alcalde?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

— **Respuesta a la primera pregunta.**

No es válida la designación de Concejales, principales o suplentes para las Juntas Administradoras de entes municipales, que tengan remuneración señalada por ordenamiento legal, por expresa prohibición legal. Al respecto el artículo 171 de la Ley 4a. de 1913, dice que es prohibido a los Concejos: ... "10. Nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, ni a los parientes de éstos dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, ni a los deudores del fisco". Existe además el impedimento del vínculo civil de la adopción.

La renuncia a la asignación nada significa contra la prohibición. Lo que la norma establece es que el cargo sea lucrativo, y éste, si existe la remuneración, no deja de serlo por la renuncia que haga algún miembro de junta, concejal, para su recepción. Esa situación no permite interpretación extensiva, sino que, por el contrario, por ser prohibitiva tiene interpretación restrictiva.

— **Respuesta a la segunda pregunta.**

En esta materia se requiere que el proyecto de acuerdo sea de iniciativa del Alcalde. Precisamente el artículo 197 de la Constitución Nacional dice que son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"... 4o. Crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley".

— **Respuesta a la tercera pregunta.**

La sentencia de nulidad en procesos electorales produce efectos entre las partes demandante y demandada. Es una acción especial en el nuevo Código Contencioso Administrativo. Tiene regulación particular a partir del artículo 223 del Decreto-Ley 1 de 1984.

En cambio, los procesos tramitados por el procedimiento ordinario terminan con una sentencia que produce, como norma general, efectos "erga omnes", y así dice el artículo pertinente:

"Artículo 175 — Cosa Juzgada.

"La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada 'erga omnes'."

"La que niegue la nulidad pedida producirá caso juzgada 'erga omnes' pero solo en relación con la 'causa petendi' juzgada".

"La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor".

"Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios".

— Respuesta a la cuarta pregunta.

Ya se expresó que los efectos de la sentencia en el proceso especial en materia electoral sólo produce efectos-interpartes, y no "erga omnes" como en otros procesos.

— Respuesta a la quinta pregunta.

Un decreto de una Alcaldía y una elección que haga un Concejo municipal son actos administrativos. De conformidad con el artículo 83 del Decreto-Ley 1 de 1984, nuevo Código Contencioso Administrativo, son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia. Ese acto goza de la presunción de legalidad que puede desaparecer por pronunciamiento de la jurisdicción administrativa, por suspensión o sentencia, si antes la autoridad administrativa, que lo produjo no le ha extinguido su existencia.

— Respuesta a la sexta pregunta.

La jurisprudencia no produce doctrina imperativa en ningún caso, así sea reiterativa. Claramente dice el artículo 4o de la Ley 169 de 1886:

"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, *constituye doctrina probable*, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores". (Subraya la Sala).

Por lo demás el artículo 250 del Código de Régimen Político y Municipal dice que los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso designen las leyes, ordenanzas, acuerdos o reglamentos. En caso de silencio o duda regirán las reglas siguientes: Si el destino fuere del orden nacional lo proveerá el Presidente de la República; si del orden departamental el Gobernador del Departamento, y si del orden municipal, el Alcalde del municipio.

En los anteriores términos se responde.

Transcríbase.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

MONOPOLIOS.— De licores. EMPRESA. Definición del C. S. del T. y noción fiscal. Concepto de monopolio. INDEMNIZACION POR MONOPOLIO Y/O EXPROPIACION. Finalidad. INDEMNIZACION. Concepto. Cuándo hay que indemnizar: Jurisprudencia. Indemnización previa. Artículo 31 C.N. MONOPOLIO DE LICORES. Con el hipotético establecimiento real del monopolio de los departamentos sobre "actividades" relacionadas con la introducción y venta de licores destilados, necesariamente se afecta la actividad privada de quienes importan y distribuyen licores importados y la privación del derecho a éstos determinados y concretas actividades es la fuente principal de su indemnización. Creación legal del monopolio de licores. Legislación evolutiva.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., 9 de abril de 1984.

Consejero Ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2028.

El señor Ministro de Gobierno, solicita concepto de la Sala sobre la consulta que se transcribe textualmente:

"El artículo 61 de la Ley 14 de 1983, establece:

Artículo 61. La producción introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias o actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta ley.

Las Intendencias y Comisarías cobrarán el impuesto de consumo que determina esta ley para los licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros".

El artículo 31 de la Constitución Nacional precisa que, no podrá ejercer el monopolio sin indemnizar previamente a los individuos que en virtud de ella queden privados del ejercicio de una industria lícita.

La Ley 14 determina que se ejerce el monopolio sobre la producción, *introducción y venta* de licores destilados, entendiéndose estas dos últimas como de comercialización luego no serán susceptibles de la previa indemnización. (Subrayado es mío).

Se ha entendido la actividad industrial, como aquel conjunto de operaciones que concurren a la transformación de materias primas. La producción es precisamente una transformación, por lo tanto es sujeto a indemnización, más no la introducción y venta.

Por lo anteriormente expuesto, acudo ante los honorables Miembros de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con el fin de solicitarles muy comedidamente su concepto sobre la aplicación que en materia de indemnización al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional, deba hacerse cuando los departamentos ejerzan el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados. Si la indemnización se hace sobre la producción únicamente, o también sobre la introducción y venta".

* * *

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto el monopolio establecido por el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, implique la "explotación exclusiva" de dichas actividades por parte de los departamentos, restringe la libertad de concurrencia a la explotación de las mismas, por parte de los particulares.

Con libertad de industria, libertad de trabajo, o libertad de comercio, cada quien tiene derecho a dedicarse a la actividad lícita y honesta que escoja, para explotar una industria o empresa y a los fines de la explotación se coordinan producción o introducción, como distribución del producto.

Estas actividades, consustanciales a la explotación de una industria o empresa, accesibles a todos por su naturaleza, y destinadas a obtener utilidades, en el propio provecho, constituyen un conjunto de elementos, que se confunden en el ciclo económico propio de toda empresa, explotación o industria.

Como cualquier cosa que se fabrique o elabore, que se hace objeto de trato o venta, los licores destilados constituyen mercancía favorita de producción en nuestros departamentos, de introducción en el país y de comercialización entre sus habitantes, susceptible de grandes rendimientos para las entidades territoriales, los importadores o los distribuidores.

Con todo, este proceso que es claro y asimilable para la economía, asociado a la noción de empresa, explotación o industria, en el derecho su recibo es aislado según la órbita de interés jurídico cuya satisfacción lo requiera.

Así, para los efectos del Código Sustantivo del Trabajo, "se entiende por empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, *y tengan trabajadores a su servicio*". (artículo 194).

La definición de empresa que trae el derecho laboral es más económica que jurídica; en cambio la noción fiscal de empresa comprende tanto la mercantil como la civil, porque a la legislación fiscal no escapa ninguna empresa como "unidad contable", para los efectos del impuesto y esta noción necesariamente va ligada a la de propiedad, titularidad y sus correspondientes atributos jurídicos.

Resulta, pues, en últimas, sujeta al régimen jurídico de la propiedad, el régimen económico de la empresa, y de aquel proviene entonces, el concepto de empresa en el sentido que interesa a esta consulta, como sinónimo de explotación o industria.

Aunque el monopolio no es propiamente una expropiación y, por consiguiente, las normas que regulan ésta no son de aplicación a aquel, la indemnización que implican uno y otra, constitucionalmente prevista, sí comparte el fundamento doctrinario y jurisprudencial, cuyo origen y contenido radican en la noción jurídica del enriquecimiento sin causa.

Tanto la indemnización por la expropiación como la indemnización por el monopolio están destinadas a restablecer el equilibrio entre la situación económica anterior y la posterior del expropiado o privado de la explotación de su empresa o industria por el monopolio. El cambio forzoso de propiedad o de actividad supone la entrega de un precio por parte de la entidad que tal cambio determina, al particular que lo sufre y que debe quedar indemne, libre de daño. En el caso del industrial, su derecho al ejercicio de su ocupación, a la explotación de su industria o empresa no puede suspenderse intempestivamente, sin una completa reparación.

Indemnizar es resarcir de un daño o perjucio, y, en general, existe perjuicio cuando se destruye o menoscaba no sólo los bienes o intereses jurídicamente protegidos, sino también alguno de los derechos subjetivos de las personas. Es la consecuencia de un sistema que garantiza la vigencia tanto de las garantías constitucionales como de los derechos de la personalidad.

"Sólo se debe indemnizar si el daño representa un sacrificio de una persona determinada que haya sido impuesto por la intervención inmediata del Estado en el ámbito de las facultades individuales de esa persona, pero para ello se necesita, además, que los textos legales autoricen en tales casos la indemnización". (Sentencia del Consejo de Estado de 30 de septiembre de 1949).

Indemnización previa es definición y reconocimiento de un derecho ejercido con anterioridad por su titular; excluye, por una parte, la suspensión arbitraria de su ejercicio como consulta; por otra, la posibilidad de que aquel cuente con bienes o valores equivalentes al perjuicio recibido.

Resulta, pues, fundado desde un punto de vista jurídico, interpretar el artículo 31 de la Constitución Política como una garantía de que el derecho de explotar una actividad económica, productora de bienes y servicios, sinónima de empresa, industria o explotación, no puede ser suplantado para crear un arbitrio fiscal, sin indemnizar previamente a su titular.

Con el hipotético establecimiento real del monopolio de los departamentos sobre "actividades" relacionadas con la introducción y venta de licores destilados, necesariamente se afecta la actividad privada de quienes importan y distribuyen licores importados y la privación del derecho a estas determinadas y concretas actividades es la fuente principal de su indemnización.

"Los monopolios son privilegios concedidos o creados a favor de una persona para llevar a cabo un determinado o determinados procesos económicos: producción, distribución, utilización y consumo de bienes o la prestación de servicios, con exclusión de los demás". (Jacobo Pérez Escobar — Derecho Constitucional Colombiano 3a. edición 1982 — Editorial Horizontes, pág. 255).

La definición anterior, propuesta en el sentido en que la economía y la propia Constitución Política conciben la iniciativa o empresa privada corresponde, en sus elementos, al conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia, sino también la distribución del producto industrial, o su comercialización, sea o no importado.

Si el Estado hace reserva de una determinada actividad, porque en los términos del artículo 31 de la Constitución Política le es permitido hacerlo, sería irrito que por virtud de los propios términos gramaticales empleados en la norma resultaran monopolizadas sin indemnización previa, actividades como la importación, distribución y venta de licores importados. (El monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados fue establecido por el Decreto-Ley 41 de 1905, cedido por la Nación a los Departamentos en 1908 y reiterado su carácter departamental por las Leyes 4a. de 1913 y 88 de 1923).

Antes de mil novecientos diez, y en consonancia con el precepto constitucional del artículo 32, había dispuesto la Ley 17 de 1898 que los industriales que fueron privados del ejercicio de una industria lícita debían ser plenamente indemnizados, debiendo entenderse por industriales " ... los individuos que a la fecha de la sanción del acto que decreta el monopolio, estuvieren ejerciendo la industria monopolizada, o los que a la misma fecha tuvieren establecimiento organizado con el fin manifiesto de ejercerla". (Art. 3o. ibidem).

Elevado el mismo principio de la indemnización a la categoría de canon constitucional por el artículo 4o. del Acto Legislativo número 3 de 1910, actual artículo 31 de la Constitución, mal puede ser hoy criterio de su interpretación una definición rebasada por el propio legislador al establecer como arbitrio rentístico de los Departamentos, la producción y venta de licores destilados y al atribuir a las Asambleas Departamentales la regulación del monopolio, o la facultad de gravar esas "industrias y actividades" si aquel no conviene.

A asegurar el cumplimiento de deberes sociales de los particulares, como es el de trabajar dentro de los límites que impongan la moralidad, seguridad y salubridad públicas y a garantizar la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, concurre una interpretación del artículo 31 de la Constitución Política, que, en armonía con los artículos 16 y 32 de la misma, no ofrece alternativa de detrimento para nadie, por aplicación restrictiva del principio de indemnización, cuando la Ley 14 de 1983 no la hizo, ni podía hacerla, en desarrollo de la propia Constitución.

En estos términos se absuelve la consulta del señor Ministro de Gobierno.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD.— Concepto. Entidades adscritas y vinculadas: diferencias. Régimen de vinculación. Finalidad. Estatuto de personal para el Sistema Nacional de Salud. Clases de empleados.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta (1980).

Consejero Ponente: **Dr. Mario Latorre Rueda.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 1373.

El Ministro de Salud formula la siguiente consulta:

ANTECEDENTES

"I. La Ley 9a. de 1973 facultó al Gobierno Nacional para reestructurar el Sistema Nacional de Salud. En virtud de ella se expidieron varios decretos-leyes, pero nos concierne citar para los efectos de la presente consulta los siguientes:

1. Decreto-Ley 56 de 1975.

Artículo 2o. Para efectos del Sistema Nacional de Salud la Ley define:

"b) *Entidades Adscritas* al Sistema Nacional de Salud, como entidades de asistencia pública son todas las personas jurídicas de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes del Estado;

"c) *Entidades Vinculadas* al Sistema Nacional de Salud, como entidades de asistencia pública, son todas las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes estatales, aunque no tengan el control y la vigilancia a que se refiere el artículo 120, ordinal 19 de la Constitución Política".

Se dio aquí una primera definición de adscripción y vinculación de las entidades de asistencia pública al Sistema Nacional de Salud, términos homónimos a los utilizados en los decretos de la reforma administrativa de 1963 en relación con los establecimientos públicos o las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta, a los Ministerios o Departamentos Administrativos, pero con un alcance diferente.

2. Con posterioridad a la norma anteriormente citada se expidió el Decreto-Ley 356 de 1975 que estableció en su artículo 1o.: "Las entidades que presten servicios de salud estarán *adscritas o vinculadas* al Sistema Nacional de Salud, en los términos que establece este decreto.

Capítulo I. Régimen de Adscripción

Artículo 2o. Las entidades de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, están *asdscritas* al Sistema Nacional de Salud, dependen administrativamente de los organismos de dirección del Sistema y *el personal que en ellas labora está sujeto a la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos*. (He subrayado).

Parágrafo. Las entidades adscritas que actualmente tengan un régimen distinto al de empleados públicos para su personal, lo conservarán en cuanto sea favorable al trabajador y procederán a adecuarlo al estatuto de personal de salud".

El artículo 4o. establece: "Las entidades adscritas deberán someter sus actividades a las disposiciones que regulan los Subsistemas Nacionales de Inversión, Suministros, Planeación, Información, *Personal* y las demás que se implanten para el desarrollo del Sistema".

Los artículos 3o., 5o., 6o. y 7o. establecen ciertas normas de coordinación y planificación de las *entidades adscritas* al Sistema Nacional de Salud.

Determina este capítulo en el artículo 8o: "*Las entidades del Sistema Nacional en que para desarrollar actividades de salud usen inmuebles, instalaciones, equipos, personal y financiación suministrados en su mayor parte por el Estado o por alguna enti-*

dad de derecho público, funcionarán bajo el régimen de las entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud". Sobre este artículo volveremos más adelante. (El subrayado es mío).

El mismo decreto establece en su capítulo II:

Régimen de vinculación.

Artículo 9o. "Las entidades de derecho privado que presten servicios de salud a la comunidad, por el sólo hecho de prestar estos servicios, se entienden vinculadas al Sistema Nacional de Salud". El desarrollo de este capítulo II discrimina las entidades de derecho privado que tengan ánimo de lucro o que carezcan de él, guardando una mayor o menor autonomía con respecto al Sistema Nacional de Salud.

3. El decreto 894 de 1975 "Por el cual se establece el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud" dispone: artículo 2o. "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*". (He subrayado).

II. Ya en el campo de la reglamentación se expidió el Decreto 1468 de 1979 que establece: "Artículo 1o. *Del campo de aplicación.* El presente decreto regula la administración de personal del Ministerio de Salud, de los establecimientos públicos que le están adscritos, de los Servicios Seccionales de Salud, de las Unidades Regionales de Salud y *de las demás entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud*".

"También podrá aplicarse a las entidades sin ánimo de lucro vinculadas al Sistema Nacional de Salud, de conformidad con el Decreto 894 de 1975".

Resumiendo tenemos que por regla general las entidades de derecho privado están vinculadas al Sistema Nacional de Salud. Como excepción hay entidades de derecho privado adscritas al Sistema Nacional de Salud en virtud del artículo 8o del decreto 356 transcrito anteriormente.

En consideración a los antecedentes expuestos se pregunta:

¿Están sujetas las personas que laboran en las entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud por virtud del artículo 8o del Decreto 356 de 1975 al régimen de personal establecido en el Decreto 894 de 1975 y por consiguiente a su Decreto Reglamentario 1468 de 1979?".

* * *

Para tratar esta consulta, teniendo en cuenta las disposiciones mencionadas en ella, se considera:

1. La Ley 9a. de 1973 en su artículo 2o. revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, entre otras cosas, para "adscribir o vincular al Sistema Nacional de Salud las entidades creadas por Ley que presten servicios de atención médica y los servicios de atención médica de otras entidades del sector público" y "para elaborar el Estatuto de Personal y escala salarial para los funcionarios que presten sus servicios en el Sistema Nacional de Salud (...)".

2. En virtud de estas facultades el Presidente de la República expidió el Decreto 56 de 1975.

En el primer artículo de este decreto se expresa que se entiende "por Sistema Nacional de Salud, el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación".

En el artículo 2o estableció una distinción de todas estas entidades así: son adscritas "Todas las personas jurídicas de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes del Estado", y son vinculadas a este sistema "Todas las personas jurídicas de derecho privado que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes del Estado, aunque no tengan el control y la vigilancia a que se refiere el artículo 120, ordinal 19 de la Constitución Política".

A más de esta distinción, que es fundamental, vale la pena citar, sin entrar a fondo en otros apartes de este Decreto, algunas otras disposiciones.

Así, el artículo 3o dispone: "La administración de las entidades adscritas estará a cargo de la dirección del Sistema Nacional de Salud en sus niveles respectivos. Las actividades que en materia de salud realicen las entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud, deben cumplirse en estricta coordinación con los organismos que lo componen y con sus entidades adscritas".

Este decreto estableció también que el Sistema tendría una organización básica para su dirección en los niveles nacional, seccional y local.

Igualmente determinó en el artículo 8o que "los Servicios Seccionales de Salud funcionarán como dependencias técnicas del Ministerio de Salud Pública", y en el artículo 13 que "los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud serán nombrados de acuerdo con el contrato de integración y para el cumplimiento de las normas del Sistema Nacional de Salud (...)".

3. Con posterioridad se dictó en virtud de las mismas facultades de la Ley 9a., el Decreto 356 de 1975 al cual se señala como objetivo establecer el régimen de adscripción y vinculación de las entidades que prestan servicios de salud.

Después de establecer en su artículo 1o. esa distinción entre entidades adscritas y vinculadas, reitero la adscripción al Sistema de las entidades de derecho público actuales o futuras que presten servicios de salud (artículos 2o. y ss), determinándose en el artículo 19 que los hospitales que funcionan como establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Salud pasan a ser dependencias administrativas del Servicio Nacional de Salud en los términos de adscripción de este Decreto.

En artículos posteriores se establece el régimen de vinculación así: "Artículo 9o. Las entidades de derecho privado que presten servicios de Salud a la comunidad, por el solo hecho de prestar estos servicios, se entienden vinculadas al Sistema Nacional de Salud", haciendo referencia separada a las entidades sin ánimo de lucro y entidades con ánimo de lucro.

Se observa pues, que en este decreto se establece, se reitera mejor, qué entidades están adscritas al Sistema, que son las de derecho público, y qué entidades están vinculadas que son las de derecho privado.

A este decreto corresponde el artículo 8o. al que hace referencia especial el señor Ministro y es al parecer el que da origen a esta consulta y que dice así: "Las entidades del Sistema Nacional de Salud en que para desarrollar actividades de salud usan in-

muebles, instalaciones, equipos, personal y financiación suministrados en su mayor parte por el Estado o por alguna entidad de derecho público, funcionarán bajo el régimen de las entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud".

Y es conveniente también transcribir el artículo 16 de este mismo decreto: "Para la determinación de sedes de Unidad Regional por el Ministerio de Salud Pública, cuando se trate de entidades vinculadas, estas deberán, previamente, suscribir contratos con los organismos o entidades del Sistema Nacional de Salud en el respectivo nivel, que garanticen la implantación del régimen que se establece en este decreto".

4. En virtud de esa misma Ley 9a. se dictó el Decreto 694 de 1975 por el cual se establece el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud. En este decreto se dispone: "a) 1o. El presente decreto regula la administración de Personal de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, de las entidades creadas o autorizada su creación, por Ley de la República, Ordenanza Departamental, Acuerdo Municipal, Intendencial, Comisarial o Distrital, que prestan servicios de salud, inclusive los de la seguridad social, y de las dependencias de otras entidades del sector público que prestan servicios de atención médica".

"Se exceptúan las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional que presten servicios de atención médica".

"a) 2o. Son empleados públicos para los efectos del presente decreto quienes presten sus servicios en cargos permanentes de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud y en sus entidades adscritas".

Debe mencionarse que en este decreto en su artículo 10o. se estableció: "Los organismos de dirección y las demás entidades del Sistema Nacional de Salud ejecutarán bajo su responsabilidad sus propios programas de administración de personal con sujeción a las disposiciones del presente decreto".

Y, por último, el artículo 1o. del Decreto 1468 de 1979, que reglamenta el Decreto 694 de 1975, y que dispone:

"a) 1o. Del campo de aplicación. El presente decreto regula la administración de personal del Ministerio de Salud, de los establecimientos públicos que le están adscritos, de los Servicios Seccionales de Salud, de las Unidades Regionales de Salud y de las demás entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud".

"También podrá aplicarse a las entidades sin ánimo de lucro vinculadas al Sistema Nacional de Salud, de conformidad con el Decreto 694 de 1975".

5. Dicho lo anterior, la cuestión se concreta en la aplicabilidad del Decreto 694 de 1975 y de su reglamento 1468 de 1979 en relación a las personas que laboran en el Sistema Nacional de Salud y lo dispuesto por el artículo 8o. del Decreto 356 de 1975.

De todo lo expuesto, de las estipulaciones de los decretos, de las reiteraciones que se hacen en ellos, resulta claramente que las distintas entidades están en relación con el Sistema Nacional de Salud según dos modalidades: unas están adscritas y otras están vinculadas. Repetidamente se prescribe que están adscritas a ese Sistema las personas de derecho público y, repetidamente también, que están vinculadas las personas de derecho privado. Y los decretos sobre estatuto de personal hacen referencia a que ellos se aplican al personal de las entidades adscritas.

Es por esto, y por el mismo lugar que ocupa el artículo 8o. del Decreto 356 —cuando se está tratando del régimen de la adscripción— que es de estricta interpretación deducir que cuando el artículo 8o de este Decreto 356 sujeta al régimen de las entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud a las entidades que en desarrollo de sus actividades de salud usen inmuebles, instalaciones, equipos, personal y financiación suministrados por el Estado, solo puede estar refiriéndose a entidades de derecho público, porque solo estas son susceptibles de adscripción. Por lo tanto, y en principio, y es el concepto de la Sala, están sujetas al régimen de los Decretos 694 de 1975 y del Decreto Reglamentario 1468 de 1979 las personas que laboran en las entidades públicas adscritas al Sistema Nacional de Salud.

Aunque no es objeto de la consulta se debe hacer la advertencia, que ya se hizo en el curso de la consulta, de la salvedad del artículo 10 del Decreto 694 de 1975, del carácter de los empleados departamentales y municipales que conserven ese carácter en virtud de la autonomía de estas entidades, y del inciso del artículo 1o. del Decreto 1468 dada también la autonomía de la persona privada en cuanto a su propia organización.

En los anteriores términos se da respuesta a la presente consulta.

Humberto Mora Osejo, Presidente; **Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda, Jaime Paredes Tamayo,** ausente con excusa legal.

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

IMPUESTO DE VALOR AGREGADO. SUMINISTRO DE LINEAS TELEFONICAS.— Los bienes excluidos y exentos del impuesto están clara y específicamente determinados por la ley; como entre ellos no se encuentran las instalaciones telefónicas, debe concluirse que el impuesto de valor agregado se causa con el suministro de las mismas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**

Referencia: Consulta. Radicación: Número 2082.

El señor Ministro de Gobierno consulta a la Sala si causa o no impuesto de valor agregado (IVA) en el suministro de 15.000 líneas telefónicas, de conformidad con el contrato suscrito al efecto, por la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla con la sociedad Philips Industrie Telecommunicative B. V. (P.T.I.) de Holanda, sobre la base de que el suministro "va a realizarse sin costo alguno para la empresa".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o. En primer término se verifica que el contrato a que alude el señor Ministro de Gobierno es oneroso, en cuanto entre las partes contratantes le estipularon prestaciones recíprocas, así las 15.000 líneas adicionales se hubieran reconocido, según se expresa, "como compensación del retraso de meses en el plan de entrega original".

2o. El impuesto a las ventas está regulado por los Decretos especiales Nos. 1988 y 2368 de 1974 y por el Decreto-Ley 3541 de 1983, los cuales integran, con la debida correspondencia y armonía, el estatuto vigente.

Según el artículo 2o. del Decreto-Ley 3541 de 1983 se consideran ventas, para los efectos del impuesto, entre otras actividades, "todos los actos que impliquen transferencia del dominio a título gratuito u oneroso de bienes corporales muebles, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes, sea que se realicen a nombre propio, por cuenta de terceros a nombre propio, o por cuenta y a nombre de terceros ...". De manera que esta definición comprende todos los actos que impliquen transferencia del dominio, a cualquier título, de bienes corporales muebles.

3o. Los artículos 5º a 64 del Decreto-Ley 3541 de 1983 determinan específicamente los bienes que están excluidos del impuesto y los que se deben considerar exentos del mismo. Además, el artículo 65 ibídem prescribe que "de conformidad con el artículo 9o. del Decreto 1988 de 1974, las personas declaradas por la ley exentas de pagar impuestos nacionales, departamentales o municipales no están exentas del impuesto sobre las ventas". Lo que significa que los bienes excluidos y exentos del impuesto están clara y específicamente determinados por la ley; como entre ellos no se encuentran las instalaciones telefónicas, a que se refiere la consulta que se absuelve, debe concluirse que el impuesto de valor agregado se causa con el suministro de las mismas.

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S. Secretaria.

SEGUNDA PARTE
FUNCION JURISDICCIONAL

BIBLIOTECA
INSTITUCIONAL

Título I

Orden Nacional

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

DERECHOS ADQUIRIDOS. OBLIGACIONES A PLAZOS.— Concepto sobre los derechos adquiridos. El plazo convenido entre las entidades intervenidas a que se refiere el Decreto 2216 de 1982 y las personas que contrataban con ellas constituían un derecho consolidado a no pagar la deuda sino al término de dicho plazo. (Reiteración jurisprudencial de la Sentencia de agosto 26 de 1983. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4075. Actor: Carlos Vélez Gallego).

Decrétase la nulidad del numeral 2o. del artículo 6o., del artículo 9o. y de la frase "un incidente" que contiene el inciso único del artículo 10 del Decreto 2216 de 29 de julio de 1982, dictado por el señor Presidente de la República.

ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS TOMA DE POSESION.— Consecuencias señaladas en el numeral 4 del artículo 6o. del Decreto 2216 de 1982. Juicio ejecutivo contra una entidad intervenida por la Superintendencia Bancaria. DECLARACION JUDICIAL DE QUIEBRA. La declaración judicial de quiebra conlleva "la acumulación al proceso de quiebra de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado. (Artículo 1945 del C. de Co.). PREVENCION A LOS REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de agosto 26 de 1983. Sección Primera. Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4075. Actor: Carlos Vélez Gallego).

ESTABLECIMIENTO BANCARIO INTERVENIDO. AGENTES ESPECIALES. NOMBRAMIENTO POR EL SUPERINTENDENTE BANCARIO.— Funciones de dichos agentes. Protocolización del nombramiento en una notaría del lugar donde se encuentre el asiento principal de los negocios de la entidad intervenida. Terminación de los contratos de trabajo. Consecuencia de los gastos ocasionados por la liquidación. EMPLAZAMIENTO DE LOS TITULARES DE BIENES Y DE DEPOSITOS. Artículo 8o. del Decreto 2216 de 1982. Término para hacerse: Forma. RECLAMACIONES.

Decrétase la nulidad del numeral 2o. del artículo 9o. y de la frase "un incidente" que contiene el inciso único del artículo 10 del Decreto 2216 de 1982, expedido por el señor Presidente de la República.

DERECHO DE DEFENSA.— Clases de garantías.

CONCEPTO DE LA VIOLACION.— No es la mayor o menor extensión del concepto la que dice su debida formulación sino la confrontación clara y detallada con la norma superior que se dice violada, (artículo 84 C.C.A.).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.— Bogotá, D. E., tres de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**

Referencia: Expediente No. 4076. Actor: Carlos Vélez Gallego.

El ciudadano y abogado Carlos Vélez Gallego ha solicitado a esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad, que se hagan las declaraciones de que es inconstitucional, ilegal y nulo el Decreto No. 2216 de 29 de julio de 1982, dictado por el Presidente de la República, y de que, en consecuencia, "se anule en las partes pertinentes las normas que adolecen de estos vicios y se declare que no tienen aplicación alguna".

EL ACTO ACUSADO

El decreto impugnado fue dictado por el Presidente de la República "en uso de sus facultades constitucionales y en particular de las que le confieren los numerales 3 y 15 del artículo 120 de la Constitución Política, así como del artículo 2035 del Código de Comercio". Por medio de él, se adoptaron medidas para proteger a los depositantes de los establecimientos bancarios y se reglamentó parcialmente la Ley 45 de 1923 y el Libro Cuarto del Código de Comercio. El consta de 18 artículos, de los cuales están acusados los que se precisarán más adelante.

LA DEMANDA

1. Como fundamentos de hecho el actor alude a la expedición del Decreto, especialmente a las facultades que fueron utilizadas para dictarlo, y dice que el Decreto "busca regular la institución de toma de posesión bancaria" y dar cumplimiento a los siguientes artículos del Código de Comercio, que nada tienen que ver con el procedimiento de toma de posesión bancaria: 1277, sobre el derecho del mandatario para hacerse pagar sus créditos, derivados del mandato que ha ejecutado; 1233, referente al régimen de los bienes dados en fiducia; 1399 sobre exclusión de algunos depósitos en los casos de liquidación administrativa de un banco, y 1962, concerniente a los bienes que no forman parte de la masa de la quiebra.

"El decreto —dice el demandante— busca la determinación de los trámites a seguir para la devolución de los depósitos y bienes que no integran la masa de liquidación de un establecimiento bancario intervenido por la Superintendencia".

2. Como disposiciones violadas cita los artículos 26, 30, y 76.3 de la Constitución Nacional; la Ley 45 de 1923; 17 a 20 de la Ley 153 de 1887; la Ley 4a. de 1969; los Decretos 1400 y 2019 de 1970, por los cuales se expidió el Código de Procedimiento Civil, y el Decreto 410 de 1971, que expidió el Código de Comercio.

3. Los artículos cuestionados del decreto acusado son: 2 —numeral 2—, 3, 4, 5, —numerales 2, 4, y 5— 8, 9, 10 y 11.

El concepto de violación aparece expuesto en siete cargos, los cuales se analizarán posteriormente de manera separada.

ALEGATOS DE LAS PARTES

Como parte impugnadora en el proceso fue aceptada la ciudadana Lucía Gaitán de Bedoya, quien en su alegato observa que el decreto acusado es reglamentario del Código de Comercio y de la Ley 45 de 1923, regulación esta que faculta al Superintendente Bancario para el cobro de todas las deudas en favor de los establecimientos bancarios intervenidos, razón que habilitó al Presidente de la República para expedir la norma que en forma detallada desarrolla la facultad de exigir el pago de las obligaciones a fa-

vor de la entidad. Dice la impugnadora que como la Ley 45 de 1923 ya fue examinada por la Corte Suprema de Justicia, no puede el demandante oponer excepción de inconstitucionalidad. Expresa que el decreto no excede la potestad reglamentaria y que toda la cuestión se reduce a la facultad que la Ley 45 de 1923 le otorgó al Superintendente Bancario para llevar a cabo su labor y que al efecto la norma controvertida se limita a detallar los actos que pueden llevarse a cabo y a señalar el procedimiento para ello.

Por su parte, el actor insiste en los planteamientos de la demanda, haciendo alusión, además, a la violación del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación se apoya en la sentencia de 26 de agosto de 1983 de esta Sala (Exp. 4075) para destacar el análisis de los cargos que, según él, ya fueron resueltos en dicha sentencia, la cual versa sobre la demanda de nulidad contra el Decreto 2217 de 1982, relacionado con la misma materia de que se ocupa el acusado en el presente proceso, que también fueron los numerales 2, 4 y 5 del artículo 6o. de los que prosperó solamente el formulado contra el numeral 2. Agrega que, por consiguiente, en el caso de autos debe prosperar el cargo en cuanto al mismo numeral 2 y rechazarse el de los numerales 4 y 5 del artículo 6o.

El señor agente del Ministerio Público desecha varios de los cargos de la demanda por falta de una sustentación en debida forma del concepto de la violación. Bajo esta consideración agrupa los literales a), b), d) e i) del cargo segundo de la demanda y todo el cargo cuarto de la misma.

En conclusión, el señor Fiscal se declara partidario de que se le dé prosperidad a los cargos primero, en cuanto al numeral 2 del artículo 6o., y al cargo sexto, y solicita que se denieguen los cargos tercero, cuarto, quinto y séptimo de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto 2216 de 1982 reglamenta parcialmente la Ley 45 de 1923 y el Libro Cuarto del Código de Comercio, como expresamente se dice en su encabezamiento y en la fuente que invoca, es decir, el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional. Pero como cita también el numeral 15 del mismo artículo, debe ser tenido igualmente como reglamento constitucional.

A continuación se analizan cada uno de los cargos formulados contra el decreto, en el orden en que fueron presentados en la demanda:

PRIMER CARGO:

En este cargo se señalan como violatorios del artículo 30 de la Carta los numerales 2, 4 y 5 del artículo 6o. del decreto acusado, el cual dice que la toma de posesión de un establecimiento bancario implica "la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, comerciales o civiles, estén o no caucionadas" (numeral 2), "la suspensión en el estado en que se encuentren de los procesos ejecutivos que obren contra la entidad intervenida" (numeral 4) y "la prevención a los registradores de instrumentos públicos para que se abstengan de cancelar el gravamen constituido a favor de la entidad intervenida sobre cualquier bien inmueble, salvo expresa autorización del Superintendente Bancario o de su agente especial" (numeral 5). Según el demandante este artículo "vulnera los derechos adquiridos consagrando absurdamente la retroactividad de la ley", especialmente en los numerales antes mencionados, en cuanto a lo que cada uno de ellos contempla.

AL RESPECTO, LA SALA CONSIDERA:

El texto de los citados numerales del artículo 6 es exactamente igual al contenido en los mismos numerales del artículo 6 del Decreto 2217 de 29 de julio de 1982, Decreto dictado también para proteger el ahorro privado con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional. El artículo 6 de este Decreto, en los numerales supradichos, fue acusado de nulidad en el proceso 4075 del que fue actor el mismo Carlos Vélez Gallego, en el que se dictó la sentencia de 26 de agosto de 1983.

En su concepto de fondo, el señor Fiscal consideró que "siendo los textos iguales y existiendo un fallo de la Sección sobre la misma materia y cargos, a él debe remitirse, en aras de la brevedad".

La Sala considera que el hecho de existir un fallo sobre la misma materia y por iguales cargos no permite hacer remisión a lo expuesto en él para decidir así la acusación que el demandante le hace a dichos numerales del artículo 6o. pues se trata de un decreto diferente y no de la reproducción de unas normas ya anuladas por la jurisdicción contenciosa. En cuanto a la brevedad alegada por el señor Agente del Ministerio Público cabe decir que ella no puede excusar el análisis correspondiente porque tal actitud no puede tener cabida en una decisión jurisdiccional.

Por tanto, al incorporar, como se hará enseguida, apreciaciones de las contenidas en el aludido fallo, se tiene en cuenta solamente su pertinencia, tratándose como se trata de temas semejantes, ya que el Decreto 2216 acusado en el presente proceso se refiere igualmente a la protección de los depositantes de los establecimientos bancarios. Pero, se insiste, en que la existencia de un fallo anterior no excusa un análisis jurisdiccional.

Se procede al examen del cargo contra el artículo 6o. del decreto.

a) *El numeral segundo del artículo 6o., dice que* la toma de posesión de un establecimiento bancario, contiene "La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas". Según se dijo, el cargo contra los numerales del artículo 6o., se hace por vulnerar derechos adquiridos y consagrar la retroactividad de la ley.

Se considera: los derechos adquiridos por los particulares son aquellos consolidados bajo la vigencia de una norma legal, pero solo se adquieren si fueron constituidos con justo título y de acuerdo con las leyes administrativas, la ley los ha amparado mediante situaciones jurídicas que no pueden ser desconocidas por la Administración sin el consentimiento del titular.

En la sentencia aludida (26 de agosto de 1983). Expediente 4075. Ponente el doctor Jacobo Pérez Escobar, se hacen los siguientes razonamientos, que la Sala reitera en esta oportunidad por conservar toda su plenitud.

"1a. Los derechos adquiridos en su concepción amplia son equivalentes a las situaciones subjetivas, individuales o concretas que han sido creadas o consolidadas bajo el imperio de una ley.

"2a. Los derechos adquiridos amparados por la Constitución Política son únicamente los constituidos con justo título con arreglo a las leyes civiles y no administrativas, pero la ley ha amparado los derechos adquiridos mediante actos administrativos, los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por la administración sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

En cuanto al principio de la no retroactividad de la Ley, dicho fallo observa lo siguiente: Del contexto de la disposición contenida en el inciso 1o. del artículo 30 de la C. N. se desprende inequívocamente la consagración del principio universal de derecho de la no retroactividad de la ley, pero la misma norma establece una excepción en el campo civil, que permite la aplicación retroactiva de la nueva ley en el caso de conflicto de derechos de los particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, cuando ha sido expedida por motivos de utilidad pública e interés social. Al respecto expresa el artículo 30, que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de 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 aplicación de los anteriores planteamientos al caso de numeral segundo del artículo 6o. acusado, conduce a que prospere el cargo porque, como se dice en la sentencia dictada, "la mencionada norma tiene efecto retroactivo en cuanto ella le pone fin al plazo que las instituciones intervenidas habían convenido, conforme a las leyes comerciales o civiles, con las personas a quienes le había otorgado crédito o celebrado contratos de otra índole con la modalidad de un plazo para el cumplimiento por parte de los particulares de las obligaciones emanadas de dichos contratos. Para la Sala es incuestionable que el plazo convenido entre las entidades intervenidas a que se refiere el Decreto 2217 de 1982 y las personas que contrataban con ellas constituían un derecho consolidado a no pagar la deuda sino al término de dicho plazo, esto es, se había creado a favor de dichas personas una situación concreta que impedía a las entidades a que se refiere el Decreto 2217 exigirles el cumplimiento de sus obligaciones antes del vencimiento del plazo pactado. Por consiguiente, la norma causada resulta de esta manera violatoria de lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 30 de la C. N., razón por la cual el cargo debe prosperar".

b) *El numeral 4 del artículo 6o.* dice que la toma de posesión de un establecimiento bancario acarrea "La suspensión, en el estado en que se encuentren de los procesos ejecutivos que obren contra la entidad intervenida. Los jueces que estén conociendo de ellos procederán de oficio y comunicarán al Superintendente y al demandante de la suspensión. Así mismo, y a solicitud del demandante, decretarán el desglose del título ejecutivo, a fin de que este pueda hacerlo valer en el proceso de liquidación".

El cargo contra este numeral es igual al formulado contra el numeral anterior. Al respecto la Sala acoge los planteamientos hechos en la sentencia que se viene comentando, a saber:

"El hecho de que una persona haya iniciado un juicio ejecutivo contra una entidad intervenida por la Superintendencia Bancaria de las que trata el Decreto 2217 de 1982, no le concede ningún derecho a que si con posterioridad se presenta una situación de quiebra u otras semejantes no pueda tramitarse conforme a los procedimientos especiales previstos para garantizar la equitativa distribución de los bienes del deudor, los cuales son garantía o prenda general de todas sus deudas, aunque haya de respetarse los privilegios que la ley hubiese establecido a favor de determinadas personas. Por esta razón el artículo 1945 del C. de Co. expresa que la declaración judicial de quiebra conlleva 'la acumulación al proceso de quiebra de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado. Con tal fin se librarán las comunicaciones del caso. Los jueces que estén conociendo de ellos los remitirán de oficio y sin dilación al juez de la quiebra en el estado en que se hallen, pero las apelaciones que se hayan concedido contra providencia de aquellos jueces seguirán su trámite legal hasta ser resueltas por sus respectivos superiores'."

"De lo expuesto se concluye que la norma acusada no ha violado ningún derecho adquirido, porque ella versa sobre competencia y procedimiento. Por tanto, el cargo no puede prosperar".

c) El numeral 5 del artículo 6o dice que la toma de posesión de un establecimiento bancario, contiene "La prevención a los registradores de instrumentos públicos para que se abstengan de cancelar el gravamen constituido a favor de la entidad intervenida sobre cualquier bien inmueble, salvo expresa autorización del Superintendente Bancario o de su agente especial. Así mismo, deberán de abstenerse de registrar cualquier acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la entidad intervenida, salvo que dicho acto haya sido realizado por el funcionario mencionado".

El cargo contra este numeral se decide también de acuerdo con lo expresado en la sentencia en comento, así:

La Sala estima que mientras no se haya realizado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la cancelación del gravamen constituido a favor de la entidad intervenida sonbre cualquier bien inmueble o se haya hecho el registro de cualquier acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la misma, puede la autoridad competente del Estado impedir el registro cuando estén en conflicto derechos de terceros, caso en el cual no puede hablarse de derechos adquiridos.

Por lo antes expresado, el cargo contra el numeral 5 no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO:

Por exceso de la potestad reglamentaria, que en el presente caso está referida a la Ley 45 de 1923, se acusan en este cargo los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11 del Decreto 2216 de 1982:

a) *El artículo 2o.,* en cuanto, según el demandante, "viola la Ley 45 de 1923 sobre la toma de posesión y los distintos términos consagrados por la misma en los artículos 47 a 76 inclusive de esta ley" y porque en ninguna parte de la misma se dispone que el acto de posesión implica las actividades contempladas en este artículo.

Se considera: Este cargo no puede ser estimado porque el concepto de violación no aparece debidamente explicado. Si bien, como lo ha dicho esta Corporación, no es la mayor o menor extensión del concepto la que dice de su debida formulación sino la confrontación clara y detallada con la norma superior que se dice violada, esta exigencia del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo no se satisface en el presente caso, puesto que el demandante presentó en bloque las normas que considera violadas, dejándole al Juez el trabajo, que no es de su incumbencia, de hacer dicha confrontación o poniéndolo en un plan inconcebible de adivinación o, en el mejor de los casos, de acomodación entre las normas violadas y las acusadas. Mencionar como lo hace el demandante, los artículos 45 a 76 de la Ley 45 de 1923 como infringidos por el artículo 2 del decreto acusado, reproduciendo simplemente su texto, no es cumplir con la exigencia del artículo 84 del C.C.A. Por tanto, el cargo no puede ser considerado y con relación a él, el fallo será inhibitorio.

b) *El artículo 3o.,* también por exceso de la potestad reglamentaria con relación a la Ley 45 de 1923. Este cargo tampoco puede ser considerado por la misma razón que el anterior porque la expresión global del concepto de la violación no hace posible su estudio. En efecto, el demandante dice que "la Ley 45 de 1923 no prevé dentro de su ordenamiento ninguno de los actos señalados en el artículo 3 anteriormente transcrito, tales como ..." (pasa a mencionar todos los contemplados en el artículo), sin precisar ninguna norma en particular.

c) *El artículo 4o.,* por exceso de la potestad reglamentaria, pues según el demandante, "la designación del agente especial por el Superintendente viola los artículos 51 y 52 de la Ley 45 de 1923, en especial cuando en el numeral (sic) 2o. se le da la facultad de cancelar los contratos de trabajo del personal de la entidad intervenida, y cuando se le da una autorización de gastos sin que queden sujetos a la aprobación del Juez del Circuito, tal como lo dispone el artículo 52 de la Ley 45 de 1923".

Se considera: Este artículo autoriza al Superintendente para nombrar agentes especiales con cargo a la entidad intervenida, para asistirlo en las tareas de posesión de los negocios y haberes del establecimiento intervenido. Agrega que: "Esta providencia de nombramiento se protocolizará en una Notaría del lugar donde se encuentre el asiento principal de los negocios de la entidad intervenida", y que "La Superintendencia Bancaria podrá, además, emplear los expertos, auxiliares y consejeros que considere necesarios para la intervención de la entidad y dar por terminados los contratos de trabajo de quienes no requiera, previa autorización del Ministerio respectivo, cuando ella fuere necesaria. Los gastos ocasionados por este concepto se cancelarán conforme se causen, con cargo a la entidad intervenida".

La acusación está reducida a tres aspectos: a la designación del agente especial por el Superintendente, la facultad de cancelar contratos de trabajo y la autorización de gastos sin aprobación del juez del circuito.

El primer aspecto (designación de agente especial), contemplado en el artículo 4 está en perfecta concordancia con lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley 45 de 1923, que se refiere expresamente al nombramiento de "Superintendentes delegados como agentes para asistirlo en la liquidación de los negocios de cualquier establecimiento bancario de que haya tomado posesión" y de "emplear los expertos auxiliares y consejeros y retener los oficiales o empleados de tal establecimiento que considere necesarios para la liquidación de éste. El segundo aspecto del cargo (la facultad de cancelar contratos de trabajo) también concuerda con el artículo 51 de tal Ley en la parte que acaba de transcribirse, pues si se faculta al Superintendente para "retener los oficiales o empleados de tal establecimiento que considere necesarios para la liquidación de éste" (se refiere al establecimiento intervenido), lo está facultando implícitamente para prescindir de otros, pero obviamente acatando las disposiciones de carácter laboral que regulan el despido de los empleados y de los trabajadores, tal como lo prevé el artículo acusado. Por último en cuanto al tercer aspecto del cargo (autorización de gastos sin aprobación del juez del circuito) basta recordar que en el fallo de 23 de agosto de 1983 (Exp. 4107, actor Ignacio Mejía V., ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado), recaído en un proceso en el que había sido acusado también el mismo artículo 4 por este aspecto y por violación del artículo 52 de la ley en referencia, con el cual guarda relación, y en el que se dijo: "Es de observar que la exigencia contenida en el artículo 52 de la Ley 45 de 1923, en el sentido de obtener del juez del circuito en que está situada la Oficina Principal del establecimiento intervenido la aprobación para realizar los gastos de la liquidación, no fue incluida en la Ley 57 de 1931 que por medio de su artículo 5o. contempló tal situación. En efecto, este artículo dice que el Superintendente que haya tomado posesión de los haberes y negocios de un establecimiento Bancario para verificar su liquidación, queda autorizado para ejecutar todos los actos y hacer todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y para cobrar las deudas a favor de dicho establecimiento". Pero además, "sin necesidad de Licencia judicial" puede negociar los activos con inclusión de las deudas malas y dudosas, activos que serán evaluados por dos peritos, uno nombrado por él y otro por el Juez del Circuito que es para lo único que dicho artículo señala la intervención del juez. Así mismo, el citado artículo 6o. introduce una exigencia distinta, cual es la necesaria aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que el Superintendente pueda hacer las compensaciones convenientes a la pronta liquidación del establecimiento, cuando los activos sean suficientes para cubrir los pasivos del establecimiento para con el público".

Con base en lo anterior tampoco puede prosperar este cargo.

d) *El artículo 5o.* Por exceso de la potestad reglamentaria. Según el demandante "en ningún momento la Ley 45 de 1923 establece un término para hacer el inventario de la entidad intervenida. El lapso de quince días fijado por el artículo 5 del Decreto 2216 es totalmente arbitrario y violatorio de la Ley 45 de 1923".

El presente cargo no se considera, por la misma razón que los de los numerales a) y b), es decir, por falta de sustentación de manera idónea del concepto de violación.

e) *El artículo 6o.* por exceso de potestad reglamentaria, ya que en opinión del demandante "la Ley 45 de 1923 no prevé dentro de su articulado los siguientes actos consagrados por el artículo 6o." (hace la relación del contenido del artículo). Este cargo no se considera por la misma razón que el del numeral anterior.

f) *El artículo 8o.* acusado por violación del artículo 60 de la Ley 45 de 1923, porque según el demandante "mientras el artículo 8o. habla de tres (3) días siguientes, el artículo 60 ordena publicación de tres (3) meses consecutivos y de avisos semanales.

Se considera: Los dos artículos enfrentados no tienen contradicción entre sí, porque el artículo 8o. del Decreto 2216 lo que está haciendo es reglamentar el momento en que el Superintendente debe publicar el aviso para emplazar a los titulares de bienes y depósitos, lo que, debe hacer dentro de los tres días siguientes a la toma de posesión. Este aviso, hecho en tal oportunidad, debe seguir el trámite ordenado por el artículo 60 de la Ley 45 de 1923, es decir, debe ser enviado por correo a todos los acreedores, insertarse semanalmente y durante tres meses consecutivos en el periódico, debiéndose hacer la primera publicación por lo menos noventa días antes del último fijado para la exhibición de tales comprobantes. Entonces, el artículo 8o. acusado cumple cabalmente su función de reglamentar la parte del artículo 60 que dice que el Superintendente debe dar aviso, pero sin decir cuándo. Por tanto, el cargo no prospera.

g) *El artículo 9o.* por violación del mismo artículo 60 de la Ley 45 de 1923, en razón de que las formalidades contempladas en él no corresponden a las señaladas en el artículo 60. Este cargo está llamado a prosperar, pues mientras el artículo 60 de la Ley 45 de 1923 ordena que el aviso se publique semanalmente en un periódico durante tres meses consecutivos, el artículo 9o. ordena que se haga "durante cuatro semanas consecutivas".

h) *El artículo 10o,* por violación del artículo 64 de la Ley 45 de 1923. Dice el demandante que "El exceso en la potestad reglamentaria se plantea protuberante cuando dicho artículo establece que el reclamante rechazado podrá acudir a la justicia ordinaria para que le defina mediante incidente y no con la escogencia de la acción que considere conveniente", tal como lo estipula el artículo 64 de la Ley.

Se considera: el artículo 64 de la Ley 45 de 1923 consagra la acción civil contra el establecimiento bancario cuando se trate de "un reclamante cuyo reclamo haya sido presentado debidamente y no haya sido aceptado". En cambio, el artículo 10 del Decreto 2216 de 1982 se refiere al caso de que habiendo sido aceptado el reclamo no se acceda al pago de la acreencia. En efecto, cuando no se acceda a tal entrega, dice este artículo, "los interesados podrán reclamar ante el juez competente, quien decidirá previos los trámites de un incidente".

Aunque pudiera pensarse que en el supuesto de la no aceptación del reclamo, a pesar de haber sido presentado debidamente, sea lógico que se consagre la acción civil contra el establecimiento por parte del reclamante y que, a la inversa, para el caso de que acep-

tado el reclamo no se acceda al pago se cree un procedimiento más breve, como el del incidente, por tratarse de un derecho reconocido y aceptado mediante el reclamo. Más lo anterior no es acertado porque el Presidente de la República no puede establecer procedimientos jurisdiccionales en ejercicio de la potestad reglamentaria, así como tampoco a través del numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional, en atención a que esa función es propia del Legislador.

En el anterior orden de ideas, es procedente decretar la nulidad de la frase "un incidente" que contiene el inciso único del artículo 10 del Decreto 2216 de 1982 en referencia.

l) *El artículo 11,* por exceso de la potestad reglamentaria con relación a la Ley 45 de 1923. Después de transcribir el artículo acusado, el demandante dice simplemente que "Evidentemente, reducir a la mitad el término para presentar las reclamaciones configura una violación de la Ley 45 de 1923". Como en cargos anteriores, este no se considera por indebida expresión del concepto de violación.

TERCER CARGO:

Está referido al numeral 2 del artículo 3o. del Decreto acusado, por violación del artículo 26 de la Carta, que establece el derecho de defensa. Dice el actor que "al consagrar al Superintendente Bancario como sancionador, secuestre, juez de la causa y al mismo tiempo representante de la entidad intervenida, no les permite a sus directivos ejercer el derecho de defensa, porque las notificaciones no se les surten a los mismos, ni conservan la titularidad de la representación". Dice, además, que se está limitando el derecho de defensa "Al suprimirle al reclamante la facultad de iniciar cualquier tipo de acción sobre la intervenida y circunscribirlo a un mero incidente", "Al recortar los términos para los acreedores de la intervenida", "Al no permitir el registro de embargos y la cancelación de gravámenes" y "Al prescindir de las acciones contempladas por los artículos 52, 55, 57, 62, 63, 67, 76 y 64 de la Ley 45 de 1923".

Se considera: El anterior cargo fue formulado en los mismos términos en el proceso 4075, de cuya sentencia de 26 de agosto de 1983 se reproducen los siguientes apartes, que permiten concluir con el rechazo de la pretensión. Dice la sentencia que "de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución se dan a las personas tres garantías a saber: 1) Garantía de que nadie puede ser castigado si previamente no se ha prohibido el hecho y señalado la pena correspondiente. 2) Garantía de que nadie podrá ser juzgado sino por juez competente y este lo es aquel facultado por la Constitución, la ley o el reglamento para conocer o decidir de un determinado asunto, y 3) Garantía de que nadie puede ser juzgado sino con observancia plena de las formas propias de cada juicio". Con el artículo acusado ninguna de estas tres garantías fue desconocida, pues el decreto acusado no establece determinada sanción para ser aplicada a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la norma acusada. Por otra parte, el recibir atribuciones el Superintendente Bancario resulta ser el funcionario competente para intervenir las entidades señaladas en la forma como el decreto lo dispone y con derecho por tanto a conocer de las diligencias administrativas de liquidación iniciadas antes de la vigencia del decreto impugnado, sin que de allí resulte una violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Finalmente, tampoco desconoce la tercera garantía, porque la norma acusada tiene por objeto precisamente establecer un procedimiento que debe aplicarse en los casos de intervención previstos en el decreto acusado. Consecuencialmente, el cargo no prospera.

CUARTO CARGO:

Está referido, en general, contra todo el decreto acusado, por exceso en la facultad reglamentaria, al suprimir o reducir términos consagrados en la ley, al suprimir ac-

ciones (el demandante menciona nuevamente las acciones del artículo 64 de la Ley) y al reconocer al Superintendente la representación de las entidades intervenidas.

Como en cargos anteriores, este no podrá ser considerado por indebida formulación del concepto de violación ya que no se explica cuáles artículos del decreto acusado y de la Ley 45 de 1923 resultan enfrentadas por el exceso de la potestad reglamentaria.

QUINTO CARGO:

Se hace también formulado contra el decreto en general, por violación de los artículos 17 a 20 de la Ley 153 de 1887. Como en el caso anterior, adolece de indebida formulación del concepto de violación, pues no se citan los artículos del decreto acusado que estarían violando los de la Ley 153 de 1887.

SEXTO CARGO:

Está concebido en términos generales, contra todo el Decreto 2216, sin discriminación, por violación de la Ley 4a. de 1969, de los Decretos 1400 y 2019 de 1970, de la Ley 45 de 1923 y de los artículos 414 del C.C. y 396 del C.P.C. en general, la acusación es por violación del régimen procesal.

Una vez más el cargo adolece de falta de sustentación legal del concepto de violación, pues no se señala cuáles son las normas del decreto que están violando cada una de las leyes, decretos y disposiciones antes mencionadas.

SEPTIMO CARGO:

Este último cargo se hace contra todo el decreto acusado, por violación del Decreto 410 de 1971, que expidió el Código de Comercio, pues según el demandante el reglamentario confunde el término "toma de posesión" con la institución de la quiebra, olvidando que estas son situaciones jurídicas totalmente distintas. Afirma el demandante, en una frase incomprensible, lo siguiente: "Realmente, no se explica la transcripción casi literal en el artículo 7o. del decreto demandado, del artículo 1962 del Código de Comercio o del 1946 de la misma obra, para el artículo 2o.". Dice luego, que la Ley 45 de 1923 creó una institución distinta de la quiebra con la toma de posesión, "a fin de proteger la confianza y credibilidad de los particulares frente a las instituciones financieras ... Si los bancos son una concesión del Estado este al mismo tiempo que los supervigila debe proteger a los concesionarios y su clientela del peligro que encierra una quiebra".

Del anterior concepto, no se puede derivar una noción clara de violación, pues fuera de los comentarios antes transcritos y de la afirmación inicial de que el decreto reglamentario confunde "toma de posesión" con "la institución de la quiebra", no se sabe a ciencia cierta cuáles son los artículos del decreto acusado que están violando las normas superiores. Por esta razón el cargo tampoco puede ser considerado.

En resumen, corresponde declarar la nulidad del numeral 2 del artículo 6o., del artículo 9o. y de la frase "un incidente" que contiene el inciso único del artículo 10 del decreto impugnado; inhibirse de pronunciamiento de fondo sobre los artículos 2o, 3o, 5o y 11 del mismo decreto, y negar las restantes 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, parcialmente de acuerdo con su Fiscal colaborador,

FALLA:

Primero. Decrétase la nulidad del numeral 2 del artículo 8o. del artículo 9o y de la frase "un incidente" que contiene el inciso único del artículo 10 del Decreto 2216 de 29 de julio de 1982, expedido por el señor Presidente de la República.

Segundo. La Sala se inhibe de hacer pronunciamiento alguno sobre la acusación formulada contra los artículos 2o., 3o., 5o. y 11 del Decreto 2216 de 29 de julio de 1982, dictado por el señor Presidente de la República.

Tercero. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que en la anterior providencia colaboró, como abogado asistente de la Corporación, el doctor Carlos Urán, y que ella fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

GRAVAMENES DE IMPORTACION Y CONSUMO SOBRE LOS ARTICULOS QUE ADQUIERAN LOS VIAJEROS AL EXTERIOR. FORMA DE PAGO QUE DEBE UTILIZARSE EN LA ENAJENACION DE TALES ARTICULOS. POTESTAD REGLAMENTARIA.— Decrétase la nulidad de la frase: "La que únicamente ... podrá efectuarse en moneda extranjera" contenida en el artículo 4o. del Decreto 796 de mayo 20 de 1970 expedido por el señor Presidente de la República en asocio del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y por el cual "se regula en su aspecto cambiario lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 444 de 1967.

CONSEJO DE ESTADO.— **Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.**— Bogotá, D. E., febrero veinte (20) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco.**

Referencia: 4078. Demandante: **Miguel González Rodríguez.**

1. Antecedentes.

El ciudadano abogado Miguel González Rodríguez obrando en nombre propio, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicita ante esta Corporación que se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la frase del artículo cuarto del Decreto Ejecutivo no. 796 de 20 de mayo de 1970, dictado por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público, que dice "... la que únicamente podrá efectuarse en moneda extranjera...".

"*Segunda.* Que es nulo, igualmente, el artículo quinto de la Resolución no. 001 de junio 27 de 1970, proferida por el Director de la Oficina de Cambios del Banco de la República, en cuanto al establecer que 'Los almacenes In-Bond podrán recibir de los viajeros las siguientes monedas extranjeras: dólares americanos, dólares canadienses, libras esterlinas, marcos alemanes,francos suizos, francos franceses, francos belgas, bolívares y pesos mexicanos', *a contrario sensu,* ha excluido como moneda de cuenta nacional al peso colombiano, así como su admisión en los citados In-Bond".

Como hechos sustentatorios de la demanda relata las circunstancias e incidencias que sirvieron como antecedentes para dictar el Decreto 796 de 20 de mayo de 1970 y la Resolución 001 de 27 de junio del mismo año.

Entre esos antecedentes cita la Ley 6a. de 1977, sobre facultades extraordinarias, y el Decreto 444 de 22 de marzo de 1976 sobre régimen cambiario.

Como disposiciones violadas enumera las siguientes: Los artículos 2 y 76 numeral 15 de la Constitución Nacional; el artículo 127 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal); artículo 1o. de la Ley 167 de 1938; el artículo 1o. de la Ley 90 de 1948; el artículo 66, inciso 2o. del Código Contencioso Administrativo y la Ley 6a de 1967.

Sustenta la violación de las normas en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en consulta absuelta por la Sala competente del Consejo de Estado, según las cuales, en sentir del demandante, todo lo relacionado con la llamada "soberanía monetaria" es de competencia reguladora del Congreso, a través de leyes.

Agrega, además:

"Pues bien, en ejercicio de ese poder legal, el Congreso de la República de Colombia ha determinado por medio de los artículos primero de las leyes 110 de 1912 (Código Fiscal), 167 de 1938 y 90 de 1948, que la 'Unidad monetaria y moneda de cuenta nacional' es el peso oro, dividido en cien centavos, el que es, como es apenas lógico, de obligatoria aceptación en todo el territorio nacional, incluidos los In-Bond que funcionan en los aeropuertos y puertos terrestres del país que son también parte del territorio nacional, como signo monetario de la República de Colombia con poder liberatorio y como forma de pago".

"Sucedió, entonces, que el Ejecutivo nacional sin tener competencia constitucional ni legal para ello, pues la Ley 6a. de 1967 al revestirlo de facultades para dictar un estatuto cambiario y de comercio exterior no se la atribuyó para prohibir la circulación del peso colombiano, su poder liberatorio y forma de pago, en los almacenes In-Bond que funcionan en los aeropuertos del país, y contra texto expreso de las leyes precitadas que establecen que el peso es la unidad monetaria del país, invocando supuestas facultades derivadas del artículo 47 del Decreto Ley 444 de 1967, que se refieren a la exención de gravámenes de importación y de impuestos de consumo a los artículos que se vendan a los viajeros al exterior, no tuvo inconveniente alguno en ordenar a su agencia denominada Oficina de Cambios del Banco de la República, que al señalar las divisas admisibles por los almacenes In-Bond en la venta de dichos artículos libres de gravámenes y de impuestos de consumo, únicamente efectúen la venta de ellos en moneda extranjera, excluyendo así al peso colombiano como unidad monetaria en parte del territorio nacional y con poder liberatorio y forma de pago.

"Y viene, entonces, de acuerdo con dicho ordenamiento del Ejecutivo, al indicar las monedas que podrán recibir los almacenes In-Bond de los viajeros al exterior por las compras que efectúen en ellos, excluye el peso colombiano.

"Considero, en consecuencia, que por legislar sobre materia reservada al Congreso de la República, sin que ninguna ley de facultades dictada por aquél se la haya delegado, y por ir contra texto expreso de normas superiores de derecho, los actos administrativos enjuiciados son nulos por quebrantamiento de la Constitución y de la Ley, según el capítulo de 'Disposiciones Violadas'.

"Además, considero que teniendo el Decreto 796 de 1970, como un decreto de carácter reglamentario, también se ha incurrido en un típico caso de 'abuso de poder' por exceso en la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República por el artículo 120, 3, de la Constitución Nacional, ya que el artículo 47 del Decreto-Ley 444 de 1967, invocado 'como norma a reglamentar', al darle facultad al Gobierno para establecer los límites y condiciones dentro de los cuales se pueden vender en los In-Bond, libres de gravámenes y de impuestos de consumo, mercancías a los viajeros al exterior, no se la otorgó, ni lo podía hacer, para excluir el peso colombiano como medio de pago con poder liberatorio, es decir, como signo monetario del país en esos sectores del territorio nacional ocupados por los In-Bond".

2. Concepto Fiscal.

El señor Agente del Ministerio Público, previo estudio de los artículos 61, 66 y 67 de la Ley 79 de 1931, orgánica de Aduanas, 2o., de la misma Ley citada y 47 del Decreto 444 de 1967, de los artículos 12 y 18 del Reglamento de Aduanas 0329 de 3 de agosto de 1979, concluye:

"De todo lo expuesto, se puede sin lugar a equívocos extraer que se trata de un comercio como si se realizara en territorio extranjero, como por ejemplo el realizado en las Zonas Francas Industriales y Comerciales, que para entrar al país, no obstante estar localizados en territorio nacional, requieren de todo el trámite como si estuvieran en el exterior. Por ello la necesidad imperiosa de negociarse en monedas foráneas, de aquellos países con los cuales se tienen relaciones comerciales, y a ello obedece el que no se tenga en cuenta la moneda nacional a peso colombiano.

"Pero es que además se trata de una excepción que se ha hecho en el artículo 47 del Decreto-Ley 444 de 1967, para productos que se expenden a los viajeros al exterior, sin condición de que sean colombianos o de otra nacionalidad, pues dichos productos por no haberse nacionalizado, ni sufrido trámite aduanero diferente al de reconocimiento, ni pago de derechos de ninguna naturaleza, deberán ser expedidos en moneda extranjera, de las previamente determinadas, para efectos del control cambiario que sobre dichos almacenes ejerce la Oficina de Control de Cambios del Banco de la República.

"En cuanto al artículo 5o. de la Resolución No. 01 de junio 27 de 1970 expedida por la Oficina de Cambios del Banco de la República, ella tiene su razón de ser, porque por ella se autoriza a los almacenes In-Bond para la apertura de una cuenta corriente en moneda extranjera, bajo la cual girarán todos sus negocios, pues en el evento en que requiera de pesos colombianos para el pago de ciertos egresos como sueldos, arrendamientos, impuestos, etc., u otros gastos en sus operaciones en Colombia, requiere vender divisas al Banco de la República y así obtenerlos (literal e) artículo 3o. Resolución 01 de 1970 de la Oficina de Cambios del Banco de la República).

"Por todo ello, no le asiste razón al actor y se solicita comedidamente al H. Consejero Proponente que despache desfavorablemente las súplicas de la demanda".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. Cuestión previa

Como ya se expresó el demandante cita como disposiciones constitucionales y legales quebrantadas por los actos administrativos acusados integrantes de lo que se ha dado en denominar proposición jurídica completa, "las siguientes: artículos 2 y 76-15 de la Constitución Nacional; artículo 127 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional); artículo 1o. de la Ley 167 de 1938; artículo 1o. de la Ley 90 de 1948; y artículo 66, inciso 2o. del Código Contencioso Administrativo, y la Ley 6a de 1967".

Sobre este particular conviene aclarar previamente que el artículo 127 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional) fue expresamente derogado por el artículo 6o. de la Ley 167 de 1938.

Por su parte el artículo 1o. de la Ley 167 de 1938 fue subrogado por el artículo 1o. de la Ley 90 de 1948.

Por consiguiente, las normas derogadas no se tendrán en cuenta para efectos de la violación impetrada.

En parte pertinente el demandante circunscribe del concepto de la violación al artículo 1o. de la Ley 90 de 1938, que considera como moneda nacional el peso oro el cual debe ser de aceptación en todo el territorio de la República incluidos los In-Bond que funcionan en los aeropuertos y puertos terrestres. Ello tiene a su vez como fundamento, según el demandante, lo sostenido por esta Corporación en consulta relativa al sistema monetario, en sus diversas manifestaciones entre las que la denominada Soberanía Monetaria, sólo le es dable legislar al Congreso.

Igualmente el actor considera que el Ejecutivo carecía de competencia constitucional y legal para expedir las normas cuya nulidad se invoca, por cuanto la Ley 6a. de 1967, sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior, además de ser una ley de facultades para dictar el estatuto de cambios y de comercio internacional no le atribuyó la facultad para prohibir la circulación del peso colombiano y su poder liberatorio y forma de pago en los almacenes In-Bond.

Por último, en párrafo final sobre concepto de violación sostiene el actor, con la expedición del acto acusado se incurrió en abuso de poder por exceso de la facultad reglamentaria.

2a. Los actos acusados

Conforme al texto de la demanda los actos acusados son dos:

a) Una frase del artículo 4o. del Decreto No. 796 de 1970, cuyo encabezamiento es del siguiente tenor "por el cual se regula en su aspecto cambiario lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto-Ley 444 de 1967". La frase acusada, forma parte, como ya se dijo, del artículo 4o. del citado estatuto que consagra:

"Igualmente, la referida oficina señalará las divisas admisibles por los almacenes en la venta de sus artículos, la que *únicamente podrá efectuarse en moneda extranjera* y cuyo producto deberá consignarse en la cuenta corriente autorizada, a más tardar el día siguiente hábil".

La nulidad la circunscribe el demandante a la frase "únicamente podrá efectuarse en moneda extranjera".

b) El artículo 5o. de la Resolución 1 de 27 de junio de 1970 que dispone:

"Los almacenes In-Bond podrán recibir de los viajeros las siguientes monedas extranjeras: dólares americanos, dólares canadienses, libras esterlinas, marcos alemanes, francos suizos, francos franceses, francos belgas, bolívares y pesos mexicanos. Las divisas recibidas deberán ingresar a la cuenta corriente a más tardar al día siguiente hábil".

La norma transcrita es parte integrante de la Resolución No. 1 de 27 de junio de 1970 que dispone en su encabezamiento: "La Oficina de Cambios del Banco de la República en ejercicio de sus facultades legales y considerando que el Decreto No. 796 de 1970 faculta a la Oficina de Cambios para reglamentar por vía general la apertura del manejo de las cuentas corrientes en moneda extranjera de los almacenes In-Bond, resuelve:

".....".

Por su parte el artículo 47 del Decreto 444 de 1967, que según el encabezamiento del Decreto 796 de 1970, es regulado por este, estatuye:

"Dentro de los límites que establezca el Gobierno, estarán libres de gravámenes de importación y consumo los artículos que adquieran los viajeros al exterior para que les sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de su salida al exterior".

Si se analiza con detenimiento la norma últimamente transcrita, se tiene:

a) Por él se confiere al Gobierno Nacional la facultad de regular los *gravámenes de importación* sobre los artículos que se determinan en la misma norma.

b) Tales artículos son los que adquieran los viajeros al exterior, exclusivamente.

c) Lo anterior solo es permitido en cuanto estos les sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de su salida al exterior.

d) Pero todo, dentro de la reglamentación que fije el Gobierno.

En síntesis, la materia central contemplada en la norma se refiere al *gravamen de importación* para ciertos artículos, que en la misma se determinan y cuya regulación compete establecer al Gobierno Nacional.

Por su parte, si se estudia con detenimiento la norma reglamentaria acusada, vale decir el artículo 5o. de la Resolución ... de 1970, se llega a las siguientes conclusiones:

a) En primer término, se parte de un supuesto cual es el de la venta de artículos en moneda extranjera.

b) Se dispone que tal transacción comercial debe hacerse "exclusivamente" en moneda extranjera.

c) Se ordena que las divisas provenientes de tales ventas deberán consignarse en la cuenta corriente autorizada, a más tardar el día siguiente hábil.

En síntesis, la materia central de la norma de cuyo estudio se viene ocupando la Sala se refiere a la forma de pago que debe utilizarse en la enajenación de los artículos que adquieran los viajeros al exterior y que exclusivamente puede hacerse en moneda extranjera con su posterior consignación en cuenta corriente.

3a. La potestad reglamentaria

Si se analiza el encabezamiento del Decreto No. 796 de 1980 se observa que tuvo como una de sus finalidades específicas la de "regular en su aspecto *cambiario*" lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 444 de 1967.

Del contexto del artículo 47, se llega a la conclusión de que tal disposición hace alusión al gravamen de importación o consumo del cual estarán libres los artículos que adquieran los viajeros, para que les sean entregados dentro de le respectiva nave al momento de su salida al exterior; pero nada dice la citada disposición con relación a la forma de pago de tales artículos.

Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria ha sostenido reiteradamente esta Corporación.

"En repetidas oportunidades esta Corporación ha sentado una doctrina enteramente acorde con la establecida por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que un decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar. La razón de ser del decreto es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante, la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma administración y de los particulares. Todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desenvolverse de manera detallada y comprensiva en el decreto reglamentario. Pero nada más que eso. De ahí que 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 implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones, constituye una clara violación de la voluntad legislativa, cuya vida se pretende asegurar". (Anales del Consejo de Estado. Tomo XXXII, página 303).

Como se expresó el artículo 47 del Decreto-Ley 444 de 1967, tuvo como objetivo primordial exonerar de impuestos aduaneros a las mercancías que en él se determinan. El decreto acusado es lo suficientemente explícito al consagrar que regula el artículo 47 del Decreto 444 de 1967.

Del objetivo propio del artículo 47 no se puede sustraer como conclusión, que valiéndose de la potestad reglamentaria el Presidente de la República pudiese expedir la reglamentación del pago del precio de tales artículos y mucho menos en el sentido de circunscribirlo a divisas extranjeras.

No pueden introducirse, ha sostenido esta Corporación, so pretexto de reglamentación, normas, nuevas reglas que impongan obligaciones o prohibiciones, que vayan más allá del "contenido intrínseco de la Ley". El obrar de otra manera ocasiona una extralimitación de funciones, una violación de la voluntad legislativa, cuya vida pretende asegurar la propia Constitución, que es precisamente lo ocurrido con el decreto acusado.

En síntesis, con el pretexto de reglamentar el artículo 47 del Decreto 444 de 1967, cuya materia se relaciona con una exención aduanera para los artículos o mercancías que concretamente se determinan en tal norma, el Decreto 796 sobrepasó sus límites por cuanto contempló como materia básica o fundamental la moneda que debe emplearse para el pago, en lo que excluyó la moneda colombiana, lo que para la Sala implica un exceso en la potestad reglamentaria.

Por tal motivo y bajo este aspecto la súplica está llamada a prosperar.

Por lo demás, la Sala quiere dejar muy claramente establecido los alcances de la providencia en el aspecto hasta ahora debatido, en el sentido de que ha limitado su actividad falladora a la violación de la frase acusada y que forma parte del artículo 4o. del Decreto 796 de 1970 circunscribiendo estrictamente su análisis de las dos normas enfrentadas sin que hayan mediado otras de índole diversa que se refieran a materias análogas, o que por hallarse incluidas en estatutos no debatidos en el caso *sub-júdice* no pueden ser afectadas con los alcances del presente fallo.

Por último, en cuanto a la violación propuesta del artículo 5o. de la Resolución 1 de 1970 (junio 27) se tiene lo siguiente:

"Artículo 5o. Los almacenes In-Bond podrán recibir de los viajeros las siguientes monedas extranjeras: dólares americanos, libras esterlinas, marcos alemanes, francos suizos, francos franceses, francos belgas, bolívares y pesos mexicanos. Las divisas recibidas deberán ingresar a la cuenta corriente a más tardar al día siguiente hábil".

Este artículo, como ya se dijo, forma parte de la Resolución 1 de 1970 cuyo encabezamiento es del siguiente tenor:

"La Oficina de Cambios del Banco de la República en ejercicio de sus facultades legales y considerando que el Decreto 796 de 1970 faculta a la Oficina de Cambios para reglamentar por vía general la apertura y manejo de cuentas corrientes en moneda extranjera de los Almacenes In-Bond: resuelve: .....".

Basta revisar el texto del encabezamiento de la resolución acusada para que la violación inpetrada por el demandante no deba prosperar.

En efecto, la Resolución 1 se dictó, no como se sostiene en la demanda, para excluir de la circulación de la moneda nacional colombiana, en los In-Bond sino para precisar el manejo "de las cuentas corrientes en moneda extranjera", tema este que se encuentra reglamentado por el Decreto No. 796 de 1970 en los artículos y apartes distintos a los de la frase impugnada y a la que se ha hecho referencia con anterioridad en esta misma providencia.

Pero es más, la norma del artículo 5o. de la Resolución 1 no está imponiendo ni restringiendo la circulación del peso colombiano en los In-Bond.

Simple y llanamente está facultando a tales establecimientos para que "puedan" recibir aquellas monedas extranjeras que en la misma disposición se citan, lo cual se fundamenta, en parte, en el mismo texto del artículo 4o. del Decreto 796 de 1970 que no ha sido acusado por el demandante y que precisamente faculta la Oficina de Cambios del Banco de la República para que fije las divisas admisibles por tales establecimientos.

Las razones expuestas son suficientes para que la nulidad propuesta con relación al artículo 5o. de la Resolución 1 de 1970 no deba 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:

Primero. Decrétase la nulidad de la frase: "*La que únicamente podrá efectuarse en moneda extranjera*" contenida en el artículo 4o. del Decreto 796 de 20 de mayo de 1970

expedido por el señor Presidente de la República en asocio del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y por el cual "se regula en su aspecto cambiario lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 444 de 1967".

En consecuencia el texto del artículo cuarto del decreto citado quedará así:

"Igualmente la referida oficina señalará las divisas admisibles por los almacenes en la venta de sus artículos, y cuyo producto deberá consignarse en la cuenta corriente autorizada, a más tardar al día siguiente hábil".

Segundo. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Sesión del día 3 de febrero de 1984.

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

PRECIOS Y SOBREPRECIOS. CINES.— La fijación de precios y de sobreprecios para el derecho a concurrir a la exposición de una presentación de cine, es función otorgada claramente al Ministerio de Comunicaciones por el Decreto-Ley 129 de 1976, y la cual no debe confundirse, son la imposición de gravámenes impuestos a contribuciones. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de marzo 18 de 1982. Sección Primera. Exp. 3514). ESPECTACULOS PUBLICOS. Al Ministerio de Desarrollo se le da la facultad de fijar los precios. CINEMATOGRAFIA. Al Ministerio de Comunicaciones por medio del Decreto 129 literal m) del artículo 2o., se le da específicamente la facultad de fijar PRECIOS Y SOBREPRECIOS para la producción de cinematográficas, según su naturaleza de nacionales o extranjeras y la clasificación dada a las salas cinematográficas. SOBREPRECIOS. No son impuestos. FOCINE. Funciones.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Consejero Ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado.**

Proyecto: **Dr. Carlos Horacio Urán.** Abogado asistente.

Referencia: Expediente No. 4250. Decretos del Gobierno. Actor: **Aster González Rodas.**

En ejercicio de la acción de nulidad el ciudadano y abogado Aster González Rodas solicita que esta Corporación declare nulos los artículos 8, el parágrafo del artículo 10 y el artículo 11 del Decreto 3594 de 10 de diciembre de 1982, "Por el cual se reglamentan los literales h) y m) del artículo 2o. del Decreto-Ley 129 de 1976".

Por lo demás, la Sala quiere dejar muy claramente establecido los alcances de la providencia en el aspecto hasta ahora debatido, en el sentido de que ha limitado su actividad falladora a la violación de la frase acusada y que forma parte del artículo 4o. del Decreto 796 de 1970 circunscribiendo estrictamente su análisis de las dos normas enfrentadas sin que hayan mediado otras de índole diversa que se refieran a materias análogas, o que por hallarse incluidas en estatutos no debatidos en el caso *sub-júdice* no pueden ser afectadas con los alcances del presente fallo.

Por último, en cuanto a la violación propuesta del artículo 5o. de la Resolución 1 de 1970 (junio 27) se tiene lo siguiente:

"Artículo 5o. Los almacenes In-Bond podrán recibir de los viajeros las siguientes monedas extranjeras: dólares americanos, libras esterlinas, marcos alemanes, francos suizos, francos franceses, francos belgas, bolívares y pesos mexicanos. Las divisas recibidas deberán ingresar a la cuenta corriente a más tardar al día siguiente hábil".

Este artículo, como ya se dijo, forma parte de la Resolución 1 de 1970 cuyo encabezamiento es del siguiente tenor:

"La Oficina de Cambios del Banco de la República en ejercicio de sus facultades legales y considerando que el Decreto 796 de 1970 faculta a la Oficina de Cambios para reglamentar por vía general la apertura y manejo de cuentas corrientes en moneda extranjera de los Almacenes In-Bond: resuelve: .....".

Basta revisar el texto del encabezamiento de la resolución acusada para que la violación inpetrada por el demandante no deba prosperar.

En efecto, la Resolución 1 se dictó, no como se sostiene en la demanda, para excluir de la circulación de la moneda nacional colombiana, en los In-Bond sino para precisar el manejo "de las cuentas corrientes en moneda extranjera", tema este que se encuentra reglamentado por el Decreto No. 796 de 1970 en los artículos y apartes distintos a los de la frase impugnada y a la que se ha hecho referencia con anterioridad en esta misma providencia.

Pero es más, la norma del artículo 5o. de la Resolución 1 no está imponiendo ni restringiendo la circulación del peso colombiano en los In-Bond.

Simple y llanamente está facultando a tales establecimientos para que "puedan" recibir aquellas monedas extranjeras que en la misma disposición se citan, lo cual se fundamenta, en parte, en el mismo texto del artículo 4o. del Decreto 796 de 1970 que no ha sido acusado por el demandante y que precisamente faculta la Oficina de Cambios del Banco de la República para que fije las divisas admisibles por tales establecimientos.

Las razones expuestas son suficientes para que la nulidad propuesta con relación al artículo 5o. de la Resolución 1 de 1970 no deba 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:

Primero. Decrétase la nulidad de la frase: "*La que únicamente podrá efectuarse en moneda extranjera*" contenida en el artículo 4o. del Decreto 796 de 20 de mayo de 1970

expedido por el señor Presidente de la República en asocio del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y por el cual "se regula en su aspecto cambiario lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 444 de 1967".

En consecuencia el texto del artículo cuarto del decreto citado quedará así:

"Igualmente la referida oficina señalará las divisas admisibles por los almacenes en la venta de sus artículos, y cuyo producto deberá consignarse en la cuenta corriente autorizada, a más tardar al día siguiente hábil".

Segundo. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Sesión del día 3 de febrero de 1984.

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

PRECIOS Y SOBREPRECIOS. CINES.— La fijación de precios y de sobreprecios para el derecho a concurrir a la exposición de una presentación de cine, es función otorgada claramente al Ministerio de Comunicaciones por el Decreto-Ley 129 de 1976, y la cual no debe confundirse, son la imposición de gravámenes impuestos a contribuciones. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de marzo 18 de 1982. Sección Primera. Exp. 3514). ESPECTACULOS PUBLICOS. Al Ministerio de Desarrollo se le da la facultad de fijar los precios. CINEMATOGRAFIA. Al Ministerio de Comunicaciones por medio del Decreto 129 literal m) del artículo 2o., se le da específicamente la facultad de fijar PRECIOS Y SOBREPRECIOS para la producción de cinematográficas, según su naturaleza de nacionales o extranjeras y la clasificación dada a las salas cinematográficas. SOBREPRECIOS. No son impuestos. FOCINE. Funciones.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Consejero Ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado.**

Proyecto: **Dr. Carlos Horacio Urán.** Abogado asistente.

Referencia: Expediente No. 4250. Decretos del Gobierno. Actor: **Aster González Rodas.**

En ejercicio de la acción de nulidad el ciudadano y abogado Aster González Rodas solicita que esta Corporación declare nulos los artículos 8, el parágrafo del artículo 10 y el artículo 11 del Decreto 3594 de 10 de diciembre de 1982, "Por el cual se reglamentan los literales h) y m) del artículo 2o. del Decreto-Ley 129 de 1976".

I

LA NORMA ACUSADA

El Decreto 3594 antes citado, fue dictado por el señor Presidente de la República "en uso de sus facultades constitucionales, en especial de las que le confiere el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional" con el fin de reglamentar los literales h) y m) del artículo 2 del Decreto-Ley 129 de 1976.

El decreto contiene 15 artículos de los cuales se demandan el 8, el parágrafo del artículo 10 y el artículo 11, y está firmado además por el Ministro de Comunicaciones.

II

LA DEMANDA

Como hechos, la demanda alude a la expedición del Decreto 129 de 1976 que es el que se quiere reglamentar y que tiene carácter extraordinario, y a la expedición y encabezamiento del decreto acusado que a su vez hace referencia a las atribuciones del Ministerio de Comunicaciones otorgadas por el primero de los decretos antes citados.

Como normas violadas la demanda tiene las siguientes: artículos 20, 43, 120-3 y 206 de la Constitución Nacional; artículo 2 literal m) del Decreto-Ley 129/76 y el artículo 2 literal h) del Decreto-Ley 149 de 1976. Sobre ellas, expresa el correspondiente concepto de violación que está montado en la idea de que el sobreprecio a que aluden los artículos acusados y que se reparte en la proporción señalada por el artículo 8, es un impuesto "creado por quien no tiene facultades para ello, contraviniendo las normas constitucionales citadas".

En cuanto a la violación de los dos decretos de 1976 antes citados, esta consistiría fundamentalmente en que el Decreto 149 deroga en lo pertinente el 129 del mismo año y por tanto es al Ministerio de Desarrollo a quien compete la fijación de los precios de los espectáculos públicos y no al Ministerio de Comunicaciones.

III

ALEGATOS DE LAS PARTES

El demandante presentó su escrito de conclusión oportunamente y en él simplemente insiste en los argumentos de la demanda. Por otra parte, se presentaron como impugnadores de la acción tres ciudadanos abogados quienes en su escrito analizan cada uno de los cargos por violación de normas superiores presentados en la demanda.

IV

CONCEPTO FISCAL

Solicita el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado que se desestimen las peticiones de la demanda por considerar, en síntesis, que las facultades para fijar los precios y sobreprecios a los espectáculos cinematográficos están radicadas en cabeza del Ministerio de Comunicaciones, que el actor confunde precio con sobreprecio, que la repartición de éste hecha por el artículo acusado está bien concebida puesto que se trata de fomentar el cine nacional y que, finalmente, no se trata del establecimiento de un impuesto.

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto central sobre el que la demanda elabora toda su argumentación radica en la consideración de que el sobreprecio fijado a las Salas de Cine por la presentación de cortometrajes de producción nacional es un impuesto que mal podía ser establecido por el señor Presidente de la República y mucho menos por medio de un decreto reglamentario como el presente.

Al respecto la Sala considera lo siguiente: En sentencia de fecha 18 de marzo de 1982, expediente 3514, esta misma Sala tuvo ocasión de pronunciarse al respecto y en tal ocasión (en lo que se demandaba el artículo 5o. del Decreto 2288 de 1977, reglamentario de la Ley 9a. de 1949 sobre empresas cinematográficas y autorización al Gobierno para fomentarlas), se dijo:

"Tampoco encuentra la Sala violación al artículo 43 de la Carta que defiere en el orden nacional y en tiempo de paz, al Congreso Nacional la imposición de contribuciones, debido a que el artículo 5o. del Decreto 2288 de 1977, no está establecido ni impuesto, ni contribución alguna como lo afirma el demandante. El contenido del artículo 5o. acusado, es muy claro cuando señala los dineros que debe manejar el fondo de que habla el artículo 4o. y es falsa la afirmación de la demanda cuando dice que 'El Gobierno lo que hizo fue crear una contribución especial con destinación específica'. La fijación de precios y de sobreprecios para el derecho a concurrir a la exposición de una presentación de cine, es función otorgada claramente al Ministerio de Comunicaciones por el Decreto-Ley 129 de 1976, y la cual no debe confundirse, como lo ha hecho la actora, con la imposición de gravámenes, impuestos o contribuciones. Por esta razón tan clara como sencilla, tampoco podrá prosperar este otro cargo formulado al artículo 5o. del Decreto 2288 de 1977".

Además de la confusión a que alude la sentencia transcrita y que también se presenta en el caso sometido a estudio de la Sala, el actor confunde las atribuciones específicas señaladas al Ministerio de Comunicaciones con las señaladas al de Desarrollo en forma particular.

Es cierto que el Decreto 149 de 1976 es posterior al número 129 del mismo año, pero no puede considerarse derogatorio de este, sencillamente porque se está refiriendo a aspectos distintos, toda vez que el 129 es orgánico del Ministerio de Comunicaciones y el 149 se refiere a la supresión de la antigua Superintendencia Nacional de Producción y Precios y a la reasignación de sus funciones en la Superintendencia de Industria y Comercio, organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico al cual, por medio del literal h) del artículo 2, se le dé la función de establecer la política de precios y su aplicación por medio de resolución "para los espectáculos públicos, los productos de la industria nacional" y los servicios no señalados en los numerales anteriores del mismo artículo.

Es decir, si bien al Ministerio de Desarrollo se le da la facultad de fijar los precios de los espectáculos públicos en general, al de Comunicaciones por medio del Decreto 129 literal m) del artículo 2, se le da específicamente la facultad de fijar los precios y sobreprecios 'para las producciones cinematográficas', según su naturaleza de nacionales o extranjeras y la clasificación dada a las salas cinematográficas".

En síntesis, no se trata de un impuesto creado por el señor Presidente y su Ministro de Comunicaciones, sino del ejercicio por éste último de una facultad expresamente con-

cedida al Ministerio de Comunicaciones por el Decreto 129 de 1976, según la cual puede fijar los sobreprecios que deben ser pagados por quienes quieren asistir a un espectáculo cinematográfico, y no por todos los colombianos.

El mismo razonamiento hecho en su oportunidad por la Sala y transcrito en párrafos anteriores, es íntegramente válido en esta oportunidad, porque también aquí se está acusando un decreto que, como el 2288 de 1977, es reglamentario del Decreto 129 de 1976.

No siendo pues el sobreprecio un impuesto, no podrán prosperar los cargos por violación de los artículos constitucionales tenidos como tales en la demanda. Tampoco el artículo 2o. literal m) del Decreto 129 de 1976 pues, como se dijo, el decreto acusado no hace más que reglamentar la atribución establecida allí con toda claridad; ni el artículo 2o. literal h) del Decreto 149 de 1976, porque esa facultad de fijar precios dada al Ministerio de Desarrollo se refiere a otros aspectos, pero no a la industria cinematográfica que tiene en el Decreto 129 un señalamiento expreso en cabeza del Ministerio de Comunicaciones.

Finalmente cabe agregar que la repartición que del sobreprecio hacen los artículos 8 y 11 del decreto acusado en nada se oponen a norma constitucional o legal alguna pues no es más que el cumplimiento del artículo 1o. de la Ley 9a. de 1942 según el cual, el Gobierno está en la obligación de fomentar la industria cinematográfica nacional, en concordancia con el artículo 76 numeral 20 de la Constitución Nacional que preceptúa que el Congreso debe fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo. En el presente caso, el Fondo de Fomento Cinematográfico —FOCINE— autorizado por el artículo 4o. del Decreto 2288 de 1977 reglamentario de la Ley 9a. de 1942, es el instrumento legal para recibir los dineros con los cuales el Gobierno decide auxiliar la cinematografía nacional, sea proveniente de la Corporación Financiera Popular al Fomento del Cine Nacional, o sea de los sobreprecios fijados por el Ministerio de Comunicaciones.

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 del señor Fiscal Primero de la Corporación y de acuerdo con él,

FALLA:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

Se deja constancia de que el fallo anterior fue discutido y aprobado por la Sala en reunión celebrada el día 10 de febrero de 1984.

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

INDICE DE PRECIOS Y VARIACION PORCENTUAL. DEL INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR.— Conceptos. El índice de precios es sólo un dato estadístico, una cifra especulativa, sólo un punto de referencia que apenas sirve para medir variaciones. De suerte, cuando la Ley 54 de 1977 habló de índices de precios se estaba refiriendo implícitamente a variaciones de índices. INCREMENTO PORCENTUAL. El término "incremento porcentual", por definición y uso en la técnica, está implícito en la expresión "índice de precios al consumidor", con referencia a dos fechas concretas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos ochenta y cuatro.

Consejero Ponente: **Dr. Gustavo Humberto Rodríguez.**

Referencia: Expediente No. 5886. Actor: **Héctor Raúl Corchuelo Navarrete.** Autoridades Nacionales. Nulidad del artículo 1 del Decreto Reglamentario No. 250 de 10 de febrero de 1978 expedido por el Gobierno Nacional. Fallo.

El doctor Héctor Raúl Corchuelo Navarrete actuando en su propio nombre demandó en acción popular la nulidad de la locución incremento porcentual del que forma parte del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 250 de 10 de febrero de 1978, mediante el cual se reglamenta el artículo 1o. de la Ley 54 de 1977.

Igualmente solicitó la suspensión provisional de la misma locución, petición que fue aceptada en su oportunidad procesal.

El artículo 1o. de la Ley 54 de 1977 dispone:

"*Artículo 1o.* A partir del año gravable de 1978 los valores absolutos expresados en moneda nacional, de que trata el artículo 1o. de la Ley 19 de 1975 y el artículo 19 de la presente Ley, se reajustarán anual y acumulativamente en el 60% del *índice de precios al consumidor para empleados* (se subraya), que corresponde elaborar al Departamento Nacional de Estadística, en el período comprendido entre el 1o. de septiembre del respectivo año gravable y la misma fecha del año anterior.

Parágrafo. Antes del 1o. de octubre del respectivo año gravable, el Gobierno determinará por decreto los valores absolutos que resulten de la aplicación del porcentaje de reajuste aquí previsto, de conformidad con los artículos 2o. y 3o. de la Ley 19 de 1975.

Por su parte, el artículo 1 del Decreto Reglamentario No. 250 de 1978, acusado dispone:

Artículo 1. Para efectos del artículo 1 de la Ley 54 de 1977, se entenderá como índices de precios al consumidor para empleados, en el período comprendido entre el 1o. de septiembre de un año gravable y la misma fecha del año anterior, *el incremento porcentual del* (locución acusada) índice nacional de precios al consumidor para empleados que calcule el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para dicho período.

Parágrafo. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística certificará el índice de precios al consumidor para empleados, el cual deberá ser comunicado a la Dirección General de Impuestos Nacionales dentro de los primeros diez (10) días del mes de septiembre del año gravable de que se trata. (Subrayado en el texto).

Concepto de la violación.

El demandante lo expresa así:

1. El Congreso Nacional dictó la Ley 54 de 1977, de la cual hace parte el artículo 1 atrás transcrito, el cual dispone que a partir del año 1978 los valores absolutos expresa-

dos en moneda nacional de que tratan algunas disposiciones tributarias se reajustarán anual y acumulativamente en el 60% DEL INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR PARA EMPLEADOS que corresponde elaborar al DANE en el período anual comprendido entre el 1o. de septiembre del año anterior y el 1o. de septiembre del año gravable del cual se va a aplicar el reajuste.

2. El Decreto Reglamentario 250 de 1978, con muy buen criterio en su artículo 1 aclara que cuando la Ley habla del índice de precios al consumidor para empleados, se trata del índice nacional de precios al consumidor para empleados, y si hasta allí hubiere ido el reglamento, lejos de violar la ley, le estaría dando apenas el debido cumplimiento y por tanto ejerciendo adecuadamente la facultad reglamentaria.

3. Por irrelevante, no es del caso entrar a averiguar qué es el índice nacional de precios al consumidor para empleados para llegar a la conclusión de que conceptual o lógicamente hablando, índice NO ES LO MISMO que incremento del índice, como no es lo mismo, valga el ejemplo, establecer cuál es la población mundial en un año dado que averiguar cuál fue el incremento de la población mundial en ese mismo año.

O cuál el número de habitantes por kilómetro cuadrado en un año determinado frente al incremento de habitantes por kilómetro cuadrado en el mismo año.

Incrementar es aumentar, acrecentar, multiplicar algo, no puede entonces confundirse el factor aumentando (índice para nuestro caso), con el factor aumentador (el incremento).

Es que incremento no es otra cosa que la cantidad más o menos pequeña, más o menos grande EN QUE AUMENTA otra cantidad.

La Ley por lo tanto dice una cosa y el reglamento dice otra; la ley en forma por demás clara establece que los valores monetarios se reajustarán en el 60% DEL INDICE DE PRECIOS, el reglamento se aparta del mandato legal y dispone que el reajuste se hará en el 60% de otro factor diferente, como es EL INCREMENTO DEL INDICE de precios.

Al cambiarse el factor, se cambia toda una serie de elementos que conforman el tributo, el impuesto, desconociéndose así el artículo 43 de la Carta que dispone que sólo el legislador puede establecer tributos. Se viola el 120-2 pues lejos de obedecer la ley y velar por su exacto cumplimiento se la desconoce; el 120-3 pues la orden lejos de perseguir la cumplida ejecución de la ley lleva a su violación; el 76-1 pues se está derogando, o pretendiendo derogar una ley sin facultad para ello, a través de disposición jurídica que no tiene la categoría de la ley.

El actor consideró que con la locución acusada se violó no sólo el artículo 1 de la Ley 64 de 1977, y además los artículos 2, 43, 120-2, y 120-3 de la Constitución Nacional.

Alegato del Ministerio de Hacienda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se hizo presente en este proceso, y su apoderada solicitó se negaran las súplicas de la demanda, para lo cual argumentó, en síntesis:

a) Que según la información suministrada por el DANE (fol. 63) el índice de precios al consumidor es una medida de las fluctuaciones que experimentan los precios al por menor de un grupo seleccionado de artículos a través del tiempo y por sectores geográficos; que "la variación porcentual del índice de precios al consumidor *es una medida entre dos fluctuaciones experimentadas en el citado índice en un período determinado*".

b) Que en consecuencia se concluye: 1) La ley se refiere al índice de precios al consumidor para empleados, en un período determinado (de septiembre a septiembre); 2) Tal índice es único; 3) La variación porcentual es una medida para períodos determinados, y 4) Por lo tanto, la Ley se refiere a la variación porcentual.

c) Que tanto con la Ley 19 de 1978, como con la 84 de 1977 y la 20 de 1979, el Gobierno ha pretendido defender a los contribuyentes de la inflación, o sea lograr que los valores absolutos expresados en el Decreto 2053 de 1974, correspondieran más o menos al costo de la vida, fijando índices porcentuales del 8%, 14% y 60%, finalmente, con el fin de lograr reajustes automáticos de los valores absolutos.

Así fue como el artículo 1 de la Ley 19 de 1978 dispuso: "El Gobierno *aumentará* en un 8% anual y acumulativamente, a partir del año gravable de 1975, las cifras expresadas en signos monetarios en el Decreto 2053 de 1974 ... ", y la Ley 54 de 1977 reajustó los valores de que trata la Ley 19 de 1978.

En tal virtud, la Ley 54 de 1977 se refirió a un reajuste, es decir a la variación porcentual del índice nacional de precios, o sea en un incremento porcentual.

Por lo tanto, los reajustes de los valores monetarios no proceden cuando el índice no varía, o la variación es negativa, pues ese es el sentido de la ley, que el reglamentario quiso precisar. Para ello utilizó el término "incremento porcentual", que está implícito en el de "índice de precios al consumidor", según la ciencia estadística. Para ello se remite al concepto rendido por el Dr. Alvaro Velásquez Cock, cuya copia acompañó.

Concepto fiscal.

El Fiscal 3 ante esta Corporación considera que debe accederse a las súplicas de la demanda, para lo cual se basa en el documento que expidió (fol. 83), según el cual "la diferencia entre el Indice Nacional de Precios al Consumidor y la variación porcentual reside en que el índice de precios al consumidor mide, como su definición lo indica, variación en los *precios al por menor* siempre haciendo referencia al período base y partiendo de un valor igual a 100", y la variación porcentual del Indice de Precios al Consumidor mide también fluctuaciones relativas, *a partir de los valores de los índices;* y no hace siempre referencia al Período Base sino que se puede calcular para cualquier período que se desee. Añade que la norma acusada tampoco dio definición de la expresión "índice de precios al consumidor para empleados", de lo que deduce su intención de variar el sistema para los reajustes de los valores absolutos.

Se considera:

El asunto se contrae a dilucidar si la expresión acusada "incremento porcentual" utilizada en la norma reglamentaria, varió el sistema empleado en la norma reglamentada, cuando habló de índice de precios al consumidor para empleados; o si ambas expresiones son equivalentes.

Solicitada la suspensión provisional, en sala unitaria se hizo un recuento de la exposición de motivos de la Ley 54 de 1977, ley "sobre alivio tributario", en las que se lee que el nuevo mecanismo (modificando el sistema de ajuste fijo del 3% previsto en la Ley 19 de 1976) *correlaciona la variación en el promedio de los índices de precios y el porcentaje de ajuste de las cifras de la legislación tributaria* (se subraya). O sea que la base para aplicación de los porcentajes propuestos por el Gobierno era "la variación en el promedio de los índices precios". Y que en el Senado se propuso *La conveniencia de que el ajuste sea proporcional a la variación de los índices*, ponencia que fue aceptada, como medio de lucha antiinflacionaria, mediante un reajuste anual y acumulativo en el 60% del índice de precios al consumidor para empleados, "que corresponde elaborar al Departamento Nacional de Estadística, en el período comprendido entre el 1o de septiembre del respectivo año gravable y la misma fecha del año anterior".

Sobre estas bases, el auto de sala unitaria concluyó:

"La anterior indagación permite concluir que el texto de la disposición acusada es fiel desarrollo del propósito del legislador al expedir la Ley 54 de 1977, de contrarrestar los efectos tributarios de la inflación, atendiendo el incremento o aumento del índice de precios al consumidor para empleados, en forma tal que la hipótesis, desde luego muy improbable, de que tales índices permanezcan estacionarios o disminuyan de un año a otro, no había lugar a reajuste alguno, por sustracción de materia, vale decir, porque ya desaparece el fenómeno inflacionario cuya incidencia tributaria se persigue corregir".

El actor suplicó ese auto argumentando que variación del índice no es lo mismo que incremento del índice. Todo incremento del índice es variación del índice, pero no toda variación del índice es incremento del índice. El reglamento no solo viola la ley sino que ni siquiera reproduce lo dicho en el proyecto original, que es lo que persigue. Además, anotó que "el texto aprobado es de tenor completamente distinto al proyecto presentado por el Ministro y a las variaciones propuestas por el ponente. De tal manera que las motivaciones del proyecto no pueden explicar la ley pues el texto claro de ésta es bien distinto al de aquél". (fol. 36).

Acogiendo estos argumentos, la sala de decisión ordenó la suspensión solicitada, por encontrar flagrante la contradicción, pues, afirmó, "Lo que ordena la Ley es que los valores absolutos expresados en moneda nacional deben reajustarse todos los años, y *acumulativamente en el 60% del índice de precios al consumidor para empleados* y el reglamento decidió que debe entenderse como índice de precios al consumidor para empleados el *incremento porcentual del índice nacional de precios al consumidor para empleados*" (fol. 88). Concluye, pues, que hay "contradicción de conceptos entre índice de precios e incremento porcentual del índice".

En esta oportunidad, la sala examina los puntos controvertidos para llegar a conclusiones definitivas.

Se recuerda, en primer término, que el artículo 1 de la Ley 54 de 1977, reglamentado, dispuso que los valores absolutos de que trata la Ley 19 de 1978, *se reajustarán anual y acumulativamente en el 60% del índice de precios al consumidor para empleados* que elabore el DANE *en un período determinado* (de septiembre a septiembre); y que el reglamento acusado dispuso, refiriéndose a dicho período, que, se entenderá como índice de precios al consumidor para empleados, *el incremento porcentual del índice* nacional de precios al consumidor para empleados que calcule el DANE.

¿Qué es el índice de precios al consumidor? Según el DANE (fol. 83) "es una *medida de las fluctuaciones* que experimentan los precios al por menor de un grupo seleccionado de artículos a través del tiempo y partiendo de un período base". ¿Y qué es la variación porcentual del índice de precios al consumidor? Según el mismo documento, es una *medida entre dos fluctuaciones* experimentadas en el citado índice en un período determinado. (Se subraya).

La Ley ordenó los *reajustes* antes indicados en los índices de precios, para evitar la aplicación de fórmulas matemáticas, como lo hacía la Ley 19 de 1976. Todo reajuste significa repetición o reintegración, para adaptar una cosa a otra en forma justa, de suerte que al ordenar la ley 54 de 1977 esos reajustes estaban prescribiendo sus aumentos, dada la creciente inflación, que es el móvil de la norma, haciendo justicia a los contribuyentes. En tales condiciones, el incremento o variación porcentual de que trata el reglamento, (Decreto 250 de 1978), está indicando el reajuste de que trata la ley reglamentada, Ley 54 de 1977, solo que resulta discutible la magnitud o cuantía de ese aumento.

La Ley reglamentada pretendió tratar de alcanzar la corrección monetaria para proteger al contribuyente contra la inflación. Ese fue su espíritu. Para ello fijó una base lí-

mite para ese reajuste que ordena, cuando dijo que será anual y acumulativamente en el 60% del índice de precios al consumidor para empleados, en el período allí determinado. Si el reglamento señaló como base límite —tratando de interpretar la norma anterior—, "el incremento porcentual del índice nacional de precios al consumidor para empleados", se tienen dos conceptos solo aparentemente opuestos, pues es evidente que "índice de precios" es sólo un dato estadístico, una cifra especulativa, solo un punto de referencia que apenas sirve para medir variaciones. De suerte que cuando la Ley habló de índice de precios se estaba refiriendo implícitamente a variaciones de índices.

Los conceptos que obran en autos indican que el término "incremento porcentual", por definición y uso en la técnica, está implícito en la expresión "índice de precios al consumidor", con referencia a dos fechas concretas.

Que ello es así, que ese fue el espíritu de tal ley reglamentada, se explica además porque para evitar equívocos la Ley 20 de 1979, artículo 1o. dijo que, "Los valores absolutos expresados en moneda nacional en las normas relativas al impuesto sobre la renta y complementarios, *se reajustarán anual y acumulativamente en el ciento por ciento (100%) del incremento porcentual del índice de precios al consumidor para empleados* ... que corresponde elaborar al DANE en el período comprendido entre el 1o. de septiembre del año gravable y la misma fecha del anterior.

La aclaración que hace esta ley, haciendo referencia al incremento porcentual, confirma el criterio que pretendió dar el legislador en la Ley 54 de 1977, y en verdad hace en cierta forma ineficaz todo pronunciamiento que ahora se haga sobre el tema debatido, si se aceptaran las de las súplicas de la demanda. Pero no existe razón lógica ni jurídica para ello.

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

FALLA:

NIEGANSE las súplicas de la demanda. En consecuencia queda sin efectos el auto que ordenó la suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, archívese el expediente 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.

RETENCION EN LA FUENTE.— 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 Código Sustantivo del Trabajo que no constituye salario. ACTO ADMI-

NISTRATIVO. ANULADO O SUSPENDIDO. PROHIBICION DE REPRODUCIRLO. (Artículo 99 Código Contencioso Administrativo). En forma expresa la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso Administrativo, 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.

Declárase la nulidad de las siguientes frases del artículo 2o. del Decreto 3819 de diciembre 30 de 1982 expedido por el Gobierno Nacional.

"I. 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".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.— Bogotá, abril seis (6) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**

Referencia: Radicación: 10.192. Nulidad del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 3819 de diciembre 30 de 1982 expedido por el Gobierno Nacional. Demandante: Héctor Gallego Osorio.

El ciudadano Héctor Gallego Osorio demandó en acción pública de nulidad el artículo 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".

Como argumento básico el actor alega que el Decreto 3819 de 1982, en las frases acusadas, reproduce normas que habían sido anuladas por esta misma Corporación y que corresponden al Decreto Reglamentario 2800 de 1975.

PARA DECIDIR SE CONSIDERA:

1. Cabe anotar en primer lugar que la violación alegada fue tan ostensible que el suscrito conductor del proceso suspendió las normas acusadas con el siguiente argumento:

"No sólo 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 sólo 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".

El auto de suspensión provisional dictado por el suscrito conductor no fue suplicado y quedó en firme.

2. De todo lado el Gobierno Nacional ha dictado ya varios decretos sobre el tema. Al respecto cabe anotar que el Gobierno Nacional dictó especialmente el Decreto 1660 de 1983 en cuyo enunciado se reglamenta la Ley 38 de 1969, en cuyo texto se determina la retención en la fuente sobre salarios y deroga las normas contrarias.

Sin embargo, aún cuando la nulidad solicitada produce en consecuencia muy pocos efectos por sustracción de materia cabe decretarla por cuanto hubo clara violación del artículo 99 de la Ley 167 de 1941.

Por lo expuesto en 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:

Decrétase la nulidad de las siguientes frases del artículo 2o del Decreto 3819 de Diciembre 30 de 1982 expedido por el Gobierno Nacional:

"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".

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PROPIEDAD HORIZONTAL. Dentro de la propiedad horizontal existen dos especies de propiedad. 1) Privada y 2) Comunitaria. Reglamentación legal. Bienes comunes. Concepto. Derechos comunes, subjetivos y patrimoniales. EXPENSAS NECESARIAS DE ADMINISTRACION, CONSERVACION Y REPARACION DE LOS BIENES COMUNES Y PRIMA DE SERVICIOS. Distribución.

Declárase la nulidad del inciso segundo literal f) del artículo 4o. del Decreto 107 de 1983.

CONSEJO DE ESTADO - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Bogotá. D.E., abril trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Roberto Suárez Franco.**

Referencia: 4242. Demandante: Juan Manuel Peña Dávila.

1. Antecedentes.

El ciudadano Juan Manuel Peña Dávila, en ejercicio de la "Acción Pública de Nulidad" solicitó ante esta Corporación:

"Que se declare la nulidad del inciso 2o. del artículo 4o. del (lit. f.) Decreto 107 de 1983, reglamentario de la Ley 182 de 1948, 35 años después que dice:

"En el reglamento se expresará que las cuotas proporcionales de que trata este literal serán señaladas con relación al coeficiente de copropiedad determinado por el cuociente, resultante de dividir el área privada de cada unidad, por el área total privada del edificio".

Como hechos sustentatorios de la acción relata los siguientes:

"El Decreto 107 ACUSADO, MODIFICO el artículo 5o. de la Ley 182 de 1948 al cambiar el sistema de contribuir el copropietario "EN PROPORCION AL VALOR DE SU PISO O DEPARTAMENTO...." por el sistema del "COEFICIENTE DE COPROPIEDAD DETERMINADO POR EL CUOCIENTE, RESULTANTE DE DIVIDIR EL AREA PRIVADA DE CADA UNIDAD, POR EL AREA TOTAL PRIVADA DEL EDIFICIO".

"Este cambio altera el valor de las cuotas para contribuir a las EXPENSAS NECESARIAS".

Cita como disposiciones violadas:

"1o. El artículo 76 de la Constitución, especialmente su atribución 1ª. que dice: "INTERPRETAR, REFORMAR Y DEROGAR LAS LEYES PREEXISTENTES", atribución exclusiva del Congreso dentro del postulado democrático de la SEPARACION DE LOS PODERES establecido en Colombia por el artículo 55 de la Constitución.

"2o. Numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución. Potestad Reglamentaria que no permite al señor Presidente de la República INTERPRETAR, REFORMAR Y DEROGAR las leyes".

El concepto de la violación lo desarrolla así:

"1o. Al cambiar el artículo 4o. del Decreto ACUSADO 107, el sistema y proporciones para contribuir los COPROPIETARIOS a las EXPENSAS NECESARIAS a la Administración, Conservación y Reparación de los bienes comunes de su copropiedad establecido en el artículo 5o. de la Ley 182 de 1948, no podía hacerlo el Gobierno al reglamentarlo, pues al proceder en esta forma excedía sus facultades, e invadía las del LEGISLADOR.

2o. Al cambiar el artículo 4o. del Decreto ACUSADO 107 la contribución por valor de la propiedad establecida en el artículo 5o. de la Ley 182 por el área de la propiedad, es MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY QUE DIJO REGLAMENTAR".

2. Concepto fiscal.

El señor fiscal de esta Corporación en su visita de fondo concluye que en el fallo de mérito deben despacharse "desfavorablemente las pretensiones del actor".

Para llegar a tal petición formuló las siguientes consideraciones:

"Pues bien, de la comparación entre el inciso acusado y el artículo 5o. de la Ley 182 de 1948, en cuya diferencia en sentir del demandante estriba la razón de su impugnación, este Despacho no encuentra diferencia sustancial, entre una y otra, y por consiguiente, no existe infracción de los artículos de la Constitución Nacional citados por el mismo.

"En efecto, se considera por esta Fiscalía, la proporción en el valor de un apartamento es igual al coeficiente de las áreas privadas resultante entre el apartamento y el edificio, o lo que es lo mismo, entre la parte y el todo, habida consideración a que tal determinación se realiza, para un edificio en construcción, antes de comenzar a construirlo o en su defecto, una vez terminado, pero previamente a la venta y con el objeto de obtener la aprobación por parte de la Secretaría de Obras Públicas Municipales y la Superintendencia Bancaria.

"El caso exegético que pretende el actor, se refiere a que en la época de vigencia de la ley (año 1948), ya existían algunos edificios construídos y había la necesidad de hacerlos entrar al cumplimiento de la norma, por lo cual parecía en ese entonces más expedito hacerlo en proporción al valor de cada propiedad; pero ello no quiere decir, que al reglamentarse no pudiera actualizarse o modernizarse la expresión sin cambiar su sentido de fondo, pues existe la misma proporción o coeficiente, si él se calcula en razón del valor o del área, habida cuenta de que en ambas formas el cuociente es igual.

"Es que PROPORCION, es la correspondencia existente entre las cosas, que para el caso sería la correspondencia entre un apartamento y el edificio del cual forma parte y se diría, que el apartamento es al edificio, como un coeficiente X es a 100; este último valor es el todo o edificio en términos porcentuales.

"Entonces tenemos, si el cálculo o determinación del coeficiente se hace en razón del valor, hay que tener en cuenta que dicho valor se saca en relación con el área; de donde el cuociente será siempre el mismo, por que la proporcionalidad no varía, trátese de áreas de valores o de cualquier especie que sea tenida como punto de referencia".

"Por lo brevemente expuesto, comedida y respetuosamente se solicita al H. Consejero Proponente, que en su fallo de mérito despache desfavorablemente las pretensiones del actor".

4. El acto acusado.

Se trata del artículo 4o., inciso segundo del literal f) del Decreto 107 de 1983 que es del siguiente tenor:

"En el reglamento de copropiedad deberá especificarse lo siguiente:

...

"f) Determinación de la proporción con que cada propietario deberá contribuír a las expensas necesarias para la administración, conservación y reparación de los bienes comunes; así como el pago de las primas de seguros.

"En el reglamento se expresa que las cuotas proporcionales de que trata este literal serán señaladas con relación al coeficiente de propiedad, determinado por el cuociente resultante de dividir el área privada del edificio".

Como se expresó, en otro lugar de esta misma providencia la nulidad que se impetra solo hace referencia al inciso segundo de la disposición anteriormente transcrita que forma parte del Decreto 107 de 19 de enero de 1983 cuyo encabezamiento es como sigue:

"Por el cual se reglamenta la Ley 182 de 1948, el numeral 6o. del artículo 4o. del Decreto 2610 de 1979 y se derogan algunas disposiciones".

Igualmente, tal estatuto fue dictado por "El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y el artículo 19 de la ley 182 de 1948".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los cargos formulados en la demanda se reducen fundamentalmente a tres: Violación de la atribución del artículo 76, y del numeral 3o del artículo 120 ambas normas de la Constitución Nacional: la primera de las cuales se refiere a que el Congreso tiene como una de sus atribuciones promordiales la de "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes; la segunda la potestad Del Presidente de la República quien como suprema autoridad administrativa le corresponde "Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos, y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

En la explicación del concepto de la violación el demandante sostiene que la norma acusada cambió "el sistema y proporciones para contribuir los copropietarios a las expensas necesarias a la administración, conservación y Reparación de los bienes comunes de su copropiedad establecido en el artículo 5o de la Ley 182 de 1948" lo cual no podía hacer el gobierno al actuar de tal manera pues excedía sus facultades e invadía las del legislador".

Agrega además que al cambiar la norma acusada la contribución por el valor de la propiedad establecido por el artículo 5o de la ley 182, es manifiestamente contraria a la ley que dijo reglamentar".

De la manera como se encuentra planteada en la demanda la "expresión de las disposiciones violadas" así como el "concepto de la violación" se impone, en primer término, para efectos del análisis respectivo pertinente y antes que todo, la confrontación del inciso segundo del literal f) del artículo 4o del Decreto 107 de 1983 con la norma legal superior invocada como violada cual es el artículo 5o de la Ley 182 de 1948, para concluír si se configura o no la violación impetrada.

De llegarse a una conclusión negativa no se presentaría la violación con respecto a las normas constitucionales que se citan como transgredidas; y, viceversa, si la transgresión se presentase, sería suficiente para acceder a la nulidad propuesta.

De acuerdo al texto de la Ley 182 de 1948 y sobre el regimen de propiedad horizontal referente al caso de autos se tiene lo siguiente:

En todo inmueble que ha sido sometido al regimen de propiedad horizontal, el propietario, conforme al texto de la misma ley, "será dueño exclusivo de su piso o departamento, y comunero sobre lo bienes afectados al uso común". De ello se desprende que en todo propietario de un apartamento (art. 2o) o piso en un inmueble afectado por el sis-

tema de propiedad horizontal confluyen dos especies de propiedad: una exclusiva, que se ejerce sobre lo que la doctrina ha llamado bienes privados y otra comunitaria que recae sobre los bienes de uso común. Los bienes privados están constituidos por las unidades dentro del edificio, perfectamente identificables de acuerdo al reglamento, sobre las cuales el propietario ejerce los atributos del jus utendi, jus fruendi y jus abutendi; pero a diferencia del propietario común, estos atributos los ejerce el condominio; de manera mas restringida que aquél por cuanto así lo dispone la misma ley y debe ser acordado en el convenio particular contentivo del respectivo reglamento de propiedad horizontal. Así lo prevé el artículo 6o.de la Ley 182 al disponer:

"Cada propietario usará de su piso o departamento en la forma prevista en el reglamento de copropiedad y, en consecuencia, no podrá hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en dicho reglamento, o a falta de este, aquellos a que el edificio esté destinado o que deben presumirse de su naturaleza. No podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios, o comprometa la seguridad, solidez o salubridad del edificio. Tales restricciones regirán igualmente respecto del arrendatario y demás personas a quienes el propietario conceda el uso o el goce de su piso o departamento.

"El Juez, a petición del administrador del edificio o de cualquier propietario, podrá aplicar al infractor una multa de cincuenta a cinco mil pesos, sin perjuicio a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

Paralelo al domino ejercido sobre los bienes privados, se reconoce una copropiedad sobre los bienes afectados al "uso común".

Conforme al texto del artículo 3o de la Ley 182 de 1948 "se reputan bienes comunes y del dominio inalienable de todos los propietarios del inmueble, los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso o departamento, tales como el terreno, los cimientos, los muros, la techumbre, la habitación del portero y sus dependencias, las instalaciones generales de calefacción, refrigeración, energía eléctrica, alcantarillado, gas y agua potable; los vestíbulos, patios, puertas de entrada, escaleras, accesorios etc. "Cada propietario podrá servirse a su arbitrio de los bienes comunes siempre que los utilice según su destino ordinario y no perturbe el uso legítimo de los demás".

Los bienes afectados al "uso común" pertenecen a los distintos comuneros titulares del dominio del inmueble constituido en propiedad horizontal; es obvio que quien haya adquirido un mayor área privada tenga un derecho mayor proporcional sobre el área formada por los bienes de uso común. Por el contrario quien haya adquirido una menor extensión en tales áreas goza de un derecho proporcionalmente menor con relación a el que ha adquirido un derecho en mayor extensión. Ello está previsto de manera expresa en el inciso primero del artículo 4o de la Ley 182 de 1948, norma que dispone que el derecho de cada propietario sobre los bienes comunes será proporcional al valor del piso o departamento de su dominio". Este derecho de dominio que se ejerce sobre los bienes comunes es inseparable del uso, y goce que se ejerce sobre el respectivo departamento, formando uno y otro un todo jurídicamente. En consecuencia, la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso comprende el derecho sobre los bienes comunes y el ejercido sobre los bienes privados.

Pero en el campo de los derechos subjetivos, estos conllevan obligaciones correlativas lo cual se deduce también en cuanto a los derechos comunes en el régimen de propiedad horizontal.

En lo que se relaciona con los derechos patrimoniales y salvo disposición especial en contrario, el propietario de un bien puede usar, gozar y disponer de él, con libertad dentro de los límites fijados por la ley o por el derecho ajeno.

Estas obligaciones se proyectan con una mayor vehemencia en el régimen de propiedad, dada la naturaleza específica de éste porque como se dijo de los bienes privados, se puede usar, gozar o disponer de ellos no solo conformándose a las disposiciones que rigen el derecho del dominio, sino de acuerdo a las restricciones propias del régimen específico de la propiedad horizontal y al estatuto particular que reglamenta la vida de los condominios.

Sobre este respecto dispone el artículo 5o de la Ley 182 de 1948, citado por el demandante como transgredido:

"Cada propietario deberá contribuir a las expensas necesarias a la administración, conservación y reparación de los bienes comunes así como al pago de la prima de seguro, en proporción al valor de su piso o apartamento, sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes".

"El dueño o dueños del piso bajo y del subsuelo quedan exceptuados de contribuir al mantenimiento y reparación de escaleras y ascensores, no siendo condominios de ellos".

"Las cuotas de impuestos o tasas serán pagadas directamente por cada propietario, como si se tratase de predios aislados".

La norma transcrita contempla las obligaciones específicas que gravan al propietario del inmueble que se halla sometido al régimen de propiedad horizontal.

En la parte inicial del inciso primero del artículo citado se consagra, de manera general, la obligación que tiene todo condominio de contribuir a las expensas necesarias de administración, conservación y reparación de los bienes comunes, así como a la prima de seguro.

La frase siguiente de la misma norma, determina el criterio que debe seguirse para efectos de determinar el valor de la contribución, cual es la proporcionalidad con el "*valor de sus piso o apartamento*" (subraya la Sala).

Por lo demás, en la frase final del mismo inciso se le da a la norma un carácter eminentemente supletivo por cuanto se expresa que la proporcionalidad, tal como se entiende por el artículo es "sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes", lo cual parece lógico ya que el derecho de dominio por pertenecer al patrimonio privado e individual de cada persona permite a su titular renunciar a los privilegios o ventajas que vayan anexos al mismo.

El inciso segundo del artículo 5o de la Ley 182 exonera a los propietarios del piso bajo y a los del subsuelo a contribuir a parte de las expensas de conservación y reparación en lo que respecta a las escaleras y ascensores no siendo condominios de ellos.

El inciso tercero de la norma citada se limita a disponer:

"Las cuotas de impuestos o tasas serán pagadas directamente por cada propietario, como si se tratara de predios aislados".

Sentado por la Sala el ámbito de aplicación del artículo 5o de la Ley 182 de 1948, pasa a ocuparse del inciso segundo literal f) del artículo 4o del Decreto 107 de 1983, acusado en el caso de autos.

Como se expresó en otro aparte de esta misma providencia la norma acusada contempla prácticamente la formula para determinar la proporción con que cada propietario debe contribuir a las expensas necesarias para la administración, conservación y reparación de los bienes comunes, así como para el pago de las primas de seguros.

Debe entonces entenderse que esta norma solo sería aplicable al caso en que el reglamento de propiedad horizontal guarde silencio al respecto o, al caso en que no haya acuerdo entre la totalidad de los condominios del edificio. Se trata entonces, en síntesis de una norma "*eminentemente supletiva*".

Previas las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta la nulidad impetrada en la demanda lo primero que habrá que analizar es si la disposición impugnada excede el ámbito o el marco señalado en la ley reglamentada. Como ya se dijo la ley concede un derecho proporcional sobre las áreas comunes al propietario, de acuerdo al tamaño del área privada. Por su parte el artículo 5o. de la ley fija como pauta a seguir, para efectos de determinar la proporcionalidad de la contribución, no el área o extensión sino el *precio o valor del inmueble.* (Subraya la Sala).

El artículo acusado prescinde del valor como criterio para determinar la proporcionalidad; en efecto para determinar el monto de la contribución fija un coeficiente de copropiedad determinado por el cuociente, resultante de dividir el "*área privada de cada unidad* por el área privada del edificio", mientras que el artículo 5o. de la ley condiciona la contribución de las expensas, a la administración, conservación y reparación de los bienes comunes se fijará en "*proporción al valor de su piso o apartamento*".

De consiguiente el decreto modificó el criterio fijado en la ley, lo que no podía hacer por tratarse de un norma reglamentaria. Esto implica un exceso en la potestad reglamentaria que conduce a la ilegalidad del acto acusado, cuya nulidad debe 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:

Es nulo el inciso segundo literal f) del artículo 4o. del Decreto 107 de 1983.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Sesión del día 6 de abril de 1984.

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

DEROGATORIA, INEXEQUIBILIDAD Y NULIDAD.— Efectos. CARACTERISTICAS DE LA NULIDAD EN DERECHO TRIBUTARIO.— Deberá tenerse en cuenta que las normas impositivas tienen aplicación dentro de determinados períodos fiscales y por ello, así hayan sido dero-

gadas, la nulidad que se ordene no puede afectarlas en cuanto al lapso en que tuvieron vigencia. Debe ser una nulidad con efectos hacia el futuro. Por ello procede la DECISION DE MERITO y no la INHIBITORIA; y no habiéndola, hay competencia para decidir de fondo.

CONSEJO DE ESTADO—Sala de lo Contencioso Administrativo—Sección Cuarta Bogotá D. E., siete (7) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 6665. **Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto.** Nulidad y suspensión provisional de unos apartes del numeral 2 del artículo 21 y numeral 2 del artículo 22 del Decreto Reglamentario 2696 de 20 de octubre de 1970 expedido por el Gobierno Nacional. - Fallo.

En esta providencia se dicta sentencia en el proceso que en ejercicio de la acción popular de nulidad promovió el ciudadano Pedro Silvio Pulido para que se decrete la nulidad parcial del numeral 2o. del artículo 21 y del numeral 2 del artículo 22 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979.

Es la oportunidad procesal de dictar sentencia, sin que se observen causales de nulidad del proceso.

La parte subraya de los siguientes numerales es la acusada:

Artículo 21, numeral 2o.- 2: Para determinar el valor de la cuenta de capital se tomará el saldo del mismo en libros, según el balance de liquidación. Si las adjudicaciones representativas de la cuenta de capital constituyen un valor superior al costo para el socio, *la diferencia se tornará como renta para ésta, si ha poseído por menos de dos años los derechos sociales respectivos,* o como ganancia ocasional, en caso contrario.

Art. 22, num. 20: Para determinar el valor de la cuenta de capital se tomará el saldo en libros de lo suscrito y pagado por tal concepto, después de aplicadas las reservas para recuperar el capital perdido, si lo hubiera. Si las adjudicaciones representativas de la cuenta de capital constituyan un valor superior al del costo para el accionista, *la diferencia se contará como renta para éste, si ha poseído por meses de dos años las acciones* o como ganancia ocasional, si las acciones han sido poseídas como activo fijo dos (2) años más.

Considera el actor que tales normas reglamentarias son contrarias al numeral 3o. del artículo 6o. de la Ley 20 de 1978, que dice:

Las originadas en la liquidación de una sociedad de cualquier naturaleza por el exceso de capital aportado o invertido cuando la ganancia realizada no corresponda a rentas, reservas o utilidades con parciales repartibles como dividendo o participación, *siempre que la sociedad a la fecha de la liquidación haya cumplido dos o más años de existencia.* Su cuantía se determina al momento de la liquidación social.

Las ganancias originadas en la liquidación de sociedades cuyo término de existencia sea inferior a dos años, se gravarán como renta ordinaria.

Afirma el actor que las normas reglamentarias son contrarias a la señalada de la ley 20 de 1979, en la parte subrayada de ésta, por cuanto mientras la ley se refiere a la ganancia ocasional de las empresas liquidadas con dos o más años de existencia, las normas reglamentarias no tienen en cuenta la liquidación sino la posesión del bien enajenado, por el mismo término.

Como lo había dicho el auto que negó la suspensión provisional, la Fiscalía 6a. del Consejo de Estado en su vista de fondo conceptuó que las normas acusadas fueron expresamente derogadas por el decreto 3211 de 1979 diciembre 28, artículo 14. En consecuencia considera que no es posible un pronunciamiento de mérito sobre la acción de nulidad de la norma derogada por sustracción de materia.

SE CONSIDERA:

Para resolver debe analizarse en primer término si estando derogada la norma reglamentaria acusada, procede un pronunciamiento inhibitorio o de mérito; y en este segundo caso, cual debe ser la decisión de fondo.

1. Es evidente que el artículo 14 del decreto 3211 de 1979 derogó expresamente los artículos 21 y 22, entre otros, del Decreto Reglamentario 2595 de 1979. Cabe examinar, entonces, si el pronunciamiento de esta sentencia debe ser inhibitorio, por sustracción de materia, como lo solicita la Fiscalía 6a.

Una antigua jurisprudencia de esta Corporación al estudiar la posibilidad de anular en sentencia normas ya derogadas, expresó que una disposición derogada no es anulable porque no se puede anular lo que no existe.

Esta tesis no ha sido acogida por esta Sección, dado que las normas tributarias se expiden generalmente para que tengan aplicación dentro de períodos fiscales determinados en ellas. Fue así como en ocasión anterior expresó la Sección, con referencia a tal criterio jurisprudencial, en lo pertinente, que:

"En el presente caso, ello es aplicable, ya que como se explicó, dicha derogatoria opera solo hacia el futuro pero no modifica el régimen a que están sometidos los derechos a las situaciones jurídicas creadas con anterior a su vigencia, tal como lo indican las reglas generales de derecho y lo ordenen las normas pertinentes de la ley 153 de 1979, en forma analógica aplicada..." (Sent. junio 19 de 1975. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, ponente Dr. Bernardo Ortiz Amaya, actor Cayetano Betancur. Extracto).

En esta ocasión, la sección Cuarta reitera tal posición. En efecto, debe considerarse que la derogatoria de normas legales produce efectos hacia el futuro, precisamente porque pretende dejar sin efectos disposiciones que tienen validez jurídica, al contrario de lo que ocurre con la inexequibilidad, que si bien surte de ordinario efectos ex-nuoc, se produce sobre normas que son inconstitúcionales ab initio.

Ello significa, entonces, que durante el tiempo que tuvieron vigencia las normas derogadas, surtieron todos sus efectos. En el caso de autos, el Decreto Reglamentario 2665 de 1979 fue expedido el 2 de octubre, fecha desde la cual rigió (art. 47). La demanda fue presentada el 29 de noviembre siguiente, o sea, estando en vigencia tal estatuto. Y la derogatoria se produjo mediante el decreto 3211 de 1979, diciembre 28. Debe concluirse entonces, que en el lapso comprendido entre el 28 de octubre de 1979 y el 28 de diciembre del mismo año, tales artículos acusados, y en general dicho estatuto, tuvieron vigencia y surtieron efectos. De suerte que sus normas fueron aplicables a las situaciones no consolidadas en dicho período.

Debe considerarse que si bien en principio toda nulidad que se decrete por el Contencioso Administrativo tiene efectos retroactivos, en este evento, tratándose especialmente de asuntos tributarios, deberá tenerse en cuenta que las normas impositivas tienen aplicación dentro de determinados períodos fiscales y por ello, así hayan sido derogadas, la nulidad que se ordene no puede afectarlas en cuatro al lapso en que tuvieron

vigencia. O sea que debe ser una nulidad con efectos hacia el futuro. Por ello procede la decisión de mérito y no la inhibitoria, porque no hay sustracción de materia. Y no habiéndola, hay competencia para decidir de fondo.

2. Para producir sentencia de mérito debe considerarse en su totalidad el artículo 6o. de la Ley 20 de 1979, que estima violados, y particularmente su ordinal 1o, y no solamente el 3o que fue el señalado por el actor como infringido. Ese ordinal dispone:

Art. 6o.- Se consideran ganancias ocasionales, para toda clase de contribuyentes:

1. Las contravenciones de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que hagan parte del activo fijo del contribuyente por un término de dos años o más. En cuantía se determina por la diferencia entre el período de la 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 dos años.* (se subraya).

Se tiene entonces, que si la ley reglamentada se refiere a la ganancia ocasional de las empresas liquidadas con dos o más años de existencia, tal es apenas uno de los varios casos contemplados en el artículo 6o., el señalado en el ordinal 3o. De suerte que si se cotejan las normas acusadas con tal ordinal 3o. resulta clara la contradicción; pero otro caso productor de ganancias ocasionales es el previsto en el ordinal 1, según el cual no se causan tales ganacias por la obtención de utilidades en la enajenación de bienes que hagan parte del activo fijo del contribuyente y que hubieren sido poseídos por menos de dos años, por lo cual es claro que las normas reglamentarias están aludiendo a tal ordinal, que consagra como hecho generador ya no la liquidación de la sociedad sino la posesión y enajenación de bienes del contribuyente.

Son, pues, varios los eventos generadores de ganancias ocasionales previstos en dicho artículo 6o. sin que exista razón para afirmar que la situación contemplada en las normas acusadas son reglamentarias del contemplado en el ordinal 3o. cuando claramente se advierte que hace referencia, y concuerda, con el previsto en el ordinal 1o. Se concluye que no hubo exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y por lo tanto no hay lugar a declarar la nulidad.

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:

NIÉGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente 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.

AERONAVES, TRANSFERENCIAS DEL DOMINIO O CAMBIO DE EXPLOTADOR. Esta materia está regulada por el artículo 1427 del C. Co. POTESTAD REGLAMENTARIA. Límites.

Declárase nulo el numeral 2 del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 2303 de 1981 expedido por el Presidente de la República.

CONSEJO DE ESTADO.— **Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.**— Bogotá, D.E., junio seis (6) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**

Expediente No. 4549. Actor: **Mauricio Holguín Cuéllar**

El abogado Mauricio Holguín Cuéllar, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha pedido a esta Corporación que declare la nulidad del numeral 2o del artículo 2o del Decreto reglamentario No. 2303 de 1981, mediante el cual se reglamenta el numeral 1o del artículo 1o. del Decreto extraordinario 2332 de 1977.

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A. Los hechos

El demandante expone como hechos de su acción los siguientes, que se sintetizan:

1) En uso de las facultades extraordinarias que le concedió el artículo 15 de la Ley 3a. de 1977, el Presidente de la República expidió el Decreto-Ley 2332 de 1977, por medio del "cual se reorganiza el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil", disponiendo en su artículo 1o. numeral 1o, que "al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil corresponde la formulación y adelanto de la política aeronáutica del país, dentro del marco de los planes generales de desarrollo.

"Para el cumplimiento de su objetivo, el Departamento tendrá las siguientes funciones:

"Dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de aeronáutica civil, privada o estatal, nacional o internacional, que se desarrollen en espacios sometidos a la soberanía nacional".

2) En ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 3o del artículo 120 de la Constitución Política, el Presidente de la República expidió el Decreto reglamentario 2303 de 1981, disponiendo en el numeral 2 del artículo 2o lo siguiente:

"Toda persona natural o jurídica que adelante trámites ante las autoridades aeronáuticas, relacionadas con aeronaves, aeródromos o pistas, presentará adjuntos a la solicitud los informes del Consejo Nacional de Estupefacientes y del Comando de la Brigada Militar de la jurisdicción del domicilio del interesado, para lo siguiente:

"2. Transferencia del dominio o cambio de explotador de aeronaves"..

B. Normas violadas y concepto de la violación

El actor señala como normas violadas por el acto administrativo acusado los artículos 120, ordinal 3o. de la C.N.; 1o, ordinal 1o. del Decreto 2332 de 1977, 824, 14, 27 y 1774 del C. de Co., y 12 de la Ley 153 de 1887.

En cuanto al concepto de la violación de las disposiciones anteriores el demandante expresa lo siquiente, que se sintetiza:

El poder reglamentario que emana del ordinal 3o del artículo 120 de la Constitución Política se caracteriza por ser instrumento indispensable para la cumplida ejecución de las leyes y su titular es el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa. El poder reglamentario se materializa mediante los decretos reglamentarios, cuya extensión es inversamente proporcional a la extensión de la ley que reglamenta, o sea que cuando mayor sea el campo regulado por la ley menor será el que corresponda al Decreto reglamentario y viceversa.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, "las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes,...".

Cuando la ley ha atribuido competencias a uno cualquiera de los organismos que integran la administración pública, puede el Presidente de la República desarrollar dichos mandatos con el objeto de precisar o hacer más específicas las funciones conferidas, pero en ningún caso puede atribuirse nuevas funciones, menos aún cuando ellas impliquen el establecimiento de regulaciones no consagradas en la ley preexistente.

La voluntad reglamentada en el caso del ordinal 1o. del artículo 1o. del Decreto-Ley 2332 de 1977 consistente esencialmente en atribuir al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil la facultad de dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de aeronáutica civil. El artículo 1774 del C. de Co. expresa que "se entiende por aeronáutica civil el conjunto de actividades vinculadas al empleo de aeronaves civiles". Por su parte el artículo 824 ibídem trae la norma general de la contratación en materia mercantil, expresando que en caso de que para un determinado contrato se exija una solemnidad esencial, éste no se perfeccionará sin el cumplimiento de la misma. De otro lado el artículo 1427 del citado Código señala los requisitos que deben ser cumplidos para que la transferencia de dominio de una aeronave se efectué, quedando esta materia regulada por una norma especial que no podrá ser derogada, adicionada o modificada sino por una posterior de igual categoría. Siendo ello así, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, el Presidente de la República al expedir el Decreto reglamentario 2303 de 1981 y exigir el concepto favorable del Consejo Nacional de Estupefacientes y del Comando de la Brigada Militar adicionó una ley especial extralimitándose en el ejercicio de la facultad reglamentaria, por lo cual se ha violado el ordinal 3o. del artículo 120 de C.N.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiendo llegado el momento procesal de proferir fallo y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente juicio, la Sala procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

El numeral 1 del artículo 1o. del Decreto-Ley 2332 de 1977 es del siguiente tenor: Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil corresponde la formulación y adelanto de la política aeronáutica del país, dentro del marco de los planes generales de desarrollo.

"Para el cumplimiento de su objetivo, el Departamento tendrá las siguientes funciones:

"1. Dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de aeronáutica civil privada o estatal, nacional o internacional, que se desarrollen en espacios sometidos a la soberanía nacional".

El Presidente de la República mediante el Decreto No. 2303 de 1981 reglamentó el numeral 1 del artículo 1o. del Decreto-Ley 2332 de 1977, antes transcrito, disponiendo en el numeral 2 del artículo 2o. lo siguiente:

"Toda persona natural o jurídica que adelante trámites ante las autoridades aeronáuticas, relacionados con aeronaves, aeródromos o pistas, presentará adjuntos a la solicitud los informes del Consejo Nacional de Estupefacientes y del Comando de la Brigada Militar de la jurisdicción del domicilio del interesado, para lo siguiente:

"2. Transferencia del dominio o cambio de explotador de aeronaves".

Sostiene el demandante que al expedir el Gobierno la norma transcrita se extralimitó en el ejercicio de la facultad reglamentaria de las leyes que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución, por cuanto para la transferencia del dominio o cambio de explotadores aeronaves se hace una exigencia de unos informes no contemplados en la norma reglamentada y que, por otra parte, se estaría contrariando la disposición contenida en el artículo 1427 del C. de Co. en armonía con los artículos 824 y 1774 del mismo Código, con lo cual se llega también a la violación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

En sentencia de primero de octubre de 1981 expresó el Consejo de Estado que "Como bien lo sostiene el actor, el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República está limitado y cumple la finalidad de complementar la ley desarrollando los detalles de aplicación de los principios que ella contiene. Esta potestad reglamentaria al excederse estableciendo nuevas disposiciones, requisitos o formalidades diferentes de los contemplados en la ley, viola la misma de manera directa y de manera indirecta la Constitución Nacional al sustituirse sin la debida autorización la potestad legislativa del Congreso. Esto es, que la potestad reglamentaria estará limitada a complementar la ley estableciendo los detalles de la ejecución para darle eficacia en la práctica, sin que esto implique que pueda esteblecer nada que implícitamente no se halle contenido en la misma".

Observa la Sala que la norma reglamentada habla "de las funciones del Departamento" Administrativo de Aeronáutica Civil, no ocupándose, por lo mismo, de los requisitos que deben llenarse o cumplirse por toda persona natural o jurídica que adelante trámites ante las autoridades aeronáuticas relacionadas con aeronaves, aeródromos o pistas, tendientes a la "transferencia del dominio o cambio de explotador de aeronaves". De donde se desprende de la simple confrontación de la norma reglamentada con la reglamentaria, que esta última trata de un asunto no previsto en la primera, razón por la cual aparece evidente la violación de la norma reglamentada y, por ende, del ordinal 3o del artículo 120 de la Constitución Política.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se tiene que *dirigir*, del latín dirigere, significa "Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin; gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión"; *regular*, del latín regulare, quiere decir "medir, ajustar o computar una cosa por comparación o deducción"; *coordinar*, denota "disponer cosas metódicamente", y *controlar*, expresa lo mismo que "Ejercer el control", o sea "inspección, fiscalización, intervención", que para el caso de las actividades de la aeronáutica civil se reduce, según la letra del artículo 1774 del C. de Co. a las "vinculadas al empleo de aeronaves civiles", no "a la transferencia de dominio o al cambio de explotador".

Dada la finalidad de la norma reglamentada, no es difícil apreciar que la norma reglamentaria no persigue la cumplida ejecución de la misma sino el establecimiento de

una regulación nueva que tiene que ver con la transferencia del dominio o cambio de explotador de aeronaves, materia que por lo demás, está regulada por el artículo 1427 del C. de Co., que es del siguiente tenor:

"Los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre naves mayores o sobre aeronaves se perfeccionan por escritura pública. La respectiva escritura sólo se inscribirá en la capitanía del puerto de matrícula o en el registro aeronáutico nacional según el caso.

"La tradición se efectuará mediante dicha inscripción acompañada de la entrega material.

"Las embarcaciones menores se sujetarán a lo dispuesto en el reglamento".

No puede el Gobierno mediante un decreto reglamentario introducir modificaciones no sólo a la norma que dice reglamentar sino a las demás que se relacionen con la materia objeto de reglamentación y que sean de igual jerarquía, como es en el presente caso la contenida en el artículo 1427 del C. de Co., antes transcrita.

No escapa a las consideraciones de la Sala la bondad que tiene la norma reglamentaria acusada, especialmente en una época de la vida del país en la cual el narcotráfico ha adquirido proporciones nunca antes vistas y está produciendo enormes daños materiales y una descomposición moral que está provocando la disolución de los vínculos de la vida nacional. Por ello es loable todo lo que se haga tendiente a acabar con la acción de los narcotraficantes, pero toda medida que se tome sobre el particular deber estar enmarcada dentro de los preceptos de la Constitución y de las leyes. Por esta razón el Consejo de Estado ha hecho un examen de la norma inpugnada colocado en el campo netamente jurídico, sin tener en cuenta las razones de suma conveniencia que indudablemente militan a favor de la medida gubernamental.

Estima la sala que habiéndose declarado turbado el orden público y en estado de sitio toda la República por motivos especiales dados por el narcotráfico, puede resultar aconsejable el uso de las facultades excepcionales que al Gobierno le otorga el artículo 121 de la Constitución para dictar normas como la cuestionada en el presente proceso, mientras el Congreso provee sobre el particular.

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 nulo el numeral 2 del artículo 2o. del Decreto reglamentario No. 2303 de 1981 expedido por el Presidente de la República.

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 mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

IMPUESTOS. REGIMEN PROCEDIMENTAL.- La Ley 52 de 1977 no mencionó para nada el régimen procedimental para poder recurrir ante las autoridades jurisdiccionales una vez agotada la vía gubernativa. Declárase la nulidad del artículo 50 del Decreto Reglamentario No. 825 de 1978.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta — Bogotá. D.E., junio dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**

Referencia: Expediente No. 5597. Actor: **Carlos A. Ramírez Guerrero.** Nulidad y suspensión provisional artículo 50 del Decreto reglamentario 825/79 del Gobierno Nacional. AUTORIDADES NACIONALES.

El ciudadano abogado Carlos A. Ramírez Guerrero, en ejercicio de la acción pública de nulidad a que se refería el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 formuló demanda ante esta Corporación para que se declare la nulidad del artículo 50 del Decreto Reglamentario No. 825 de 1978 que dice textualmente:

"Para interponer la demanda ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en aquellas materias diferentes al impuesto sobre la renta, deberá acreditarse el pago de la suma discutida".

El actor considera que con dicha norma se violó el artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional por exceso en la facultad reglamentaria, el artículo 86 de la Ley 167 de 1941 y el artículo 9o. de la Ley 52 de 1977.

Simultáneamente solicitó la suspensión provisional de la norma acusada.

Como concepto de violación expresó:

"1. Establece la Ley 167 de 1941 en los inciso quinto y sexto de su artículo 86:

"a) Que sólo cuando se demande revisión "de impuestos que se exigen" y rija disposición legal especial para el gravamen de que se trate en la que se exija consignación previa de la suma liquidada o debida, deberá acompañarse a la demanda el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, dicha suma;

"b) Que si la demanda versa sobre impuestos que no se exigen ni rige dicha disposición legal especial, es decir en los demás casos, se otorgue la caución que el juzgador estime suficiente para garantizar el pago de lo que según la sentencia definitiva resultare insoluto.

"2. Por virtud de los artículos 2335 del C.C. y 9o. de la Ley 52 de 1977, no son exigibles los impuestos que esta ley trata mientras estén discutidos en vía administrativa o jurisdiccional; lo serán sólo desde cuando adquiera firmeza la resolución o sentencia correspondiente.

"3. Es entonces ostensible, apreciable a primera vista, que el reglamento acusado constituye manifiesta violación de las citadas normas superiores:

"a) Por que al paso que la del punto 1 establece caución cuando se demanden impuestos que no se exigen ni rija disposición legal especial que requiera consignación previa de lo liquidado o debido, el reglamento pretende que en estos casos, "los demás" que aquella alude, se requiera depósito de lo liquidado o debido: Sin que rija la ley especial que requiera el depósito de dichos impuestos, el reglamento acusado pretende requerirlo, suplir así la ausencia de esa ley especial.

"b) Porque al paso que las del punto 2 establecen que impuestos que se discuten no son exigibles y por lo mismo no hay por que pagarlos mientras la impugnación no se decida definitivamente, el reglamento pretende establecer que para poder impugnarlos jurisdiccionalmente hay que previamente pagarlos:

"4) Suspensión provisional:

"Por los motivos de ilegalidad expuestos, y el consiguiente de inconstitucionalidad por exceso en el ejercicio de la función que atribuye la Carta Constitucional en su artículo 120, numeral 3, reitero mi solicitud de que se declare que es nulo el decreto reglamentario 825 de 1978, artículo 50; y porque considero que se reúnen las circunstancias que enumera el artículo 84 de la Ley 167 de 1941, ruego que al admitirse esta demanda se suspenda provisionalmente el reglamento objetado".

Admitida la demanda se suspendió provisionalmente la norma acusada por encontrar el Despacho como flagrante la violación de normas de superior jerarquía, decisión que suplicada por la representante judicial de la Dirección de Impuestos fue confirmada mediante providencia de Sala de Decisión del 28 de septiembre de 1978.

Tramitado el negocio sin que se observe irregularidad alguna la sección, mediante providencia del 1o de febrero de 1979, decretó la acumulación de este negocio con el generado por demanda del señor Antonio José del Castillo quien solicita también la anulación del mismo artículo y señala como violadas las mismas normas.

Oído el concepto de la señora Fiscal 6a.del Consejo de Estado ella considera que no es el caso de decretar la nulidad pedida con fundamento en las siguientes consideraciones:

"En nuestra legislación en repetidas normas se consagra la obligación de cancelar el valor de la liquidación oficial de los impuestos a fin de poder recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, tales como el decreto legislativo No. 554 de 1942, artículo 13 y decreto 461 de 1950, artículo 1; cuyos textos dicen:

'Artículo 13. De conformidad con el inciso 6 del artículo 86 de la Ley 167 de 1941, para recurrir a la jurisdicción de lo contencioso adminstrativo en demanda de impuestos, es necesaria la consignación previa de la suma respectiva en la administración o recaudación de hacienda nacional correspondiente.

'Artículo 1. En todo caso para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa es necesario que el contribuyente consigne previamente el monto total del impuesto que le haya sido liquidado definitivamente...'.

"Por excepción, la legislación ha venido reiterando sistemáticamente que, en materia de impuestos a la renta y complementarios, solo se requerirá como condición para la utilización de los recursos por la vía gubernativa y de las acciones jurisdiccionales la cancelación del valor de la liquidación privada (art. 9° de la Ley 8a de 1970).

"En esta forma, es claro para la Fiscalía, que la norma contenida en el artículo 50 del decreto reglamentario 825 de 1978, no excedió la capacidad reglamentaria del Presidente de la República, pues solamente reiteró lo que la legislación sobre la materia tenía consagrado desde muchos años atrás. De otra parte, es preciso admitir que un estatuto reglamentario puede contener normas de naturaleza diversa relacionadas con estatutos legales distintos aunque relacionados entre sí por ser la misma materia, ya que no existe norma que cree o prevea limitación alguna al respecto.

"Ahora bien, la Ley 52 de 1977, artículo 54, solo se refirió a los requisitos que deben satisfacerse para la interposición del recurso de reconsideración con el cual se inicia la vía gubernativa en materia tributaria, paso obligado y previo al ejercicio de las acciones contecioso administrativas. Por ello, es preciso concluir que la *reclamación gubernativa* de los impuestos en general solamente requiere del pago del valor de la liquidación privada efectuada por el contribuyente, de conformidad con el texto del artículo 54 de la Ley 52 de 1977; más, tratándose del ejercicio *de las acciones contencioso administrativas,* las disposiciones vigentes exigen la satisfacción del pago del valor íntegro del impuesto liquidado por la administración pública, a excepción, como se vió del caso del impuesto a la renta y complementarios, donde también bastará la cancelación del valor de la liquidación privada, por expreso mandato legal.

"Para finalizar se hace necesario anotar que, en sentir de esta fiscalía, el artículo 9 de la Ley 52 de 1977 no modificó los textos de los artículos 13 y 1o de los decretos 554 de 1942 y 461 de 1950 respectivamente, pues el tema tratado en uno y otros es totalmente diferente. El primero hace relación a la suspensión de la prescripción de la exigibilidad de una obligación tributaria y los segundos a los requisitos de las demandas contencioso administrativo en materia tributaria. Si no existiera el artículo 9o cualquier contribuyente podría efectuar reclamación contra la liquidación de un impuesto diferente al de renta, pagar el valor de la liquidación privada para interponer recursos en la vía gubernativa, el valor de la liquidación oficial para entablar demanda contenciosa y, al completar 5 años de trámites, obtener, por el simple transcurso del tiempo el derecho a que se le devolviera la diferencia entre las liquidaciones, privada y oficial, aún en contra del fallo de las autoridades jurisdiccionales, si esta decisión se adopta después de los 5 años de vencido el plazo legal para el pago".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En el auto de suspensión provisional este Despacho encontró como flagrante la violación del numeral 3o del artículo 120 de la Constitución Nacional por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria y del artículo 86 de la Ley 167 de 1941 con fundamento en las siguientes apreciaciones que son contrarias al concepto fiscal:

"El decreto 825 de 1978 es de carácter reglamentario de la Ley 52 de 1977, por medio de la cual se dictaron disposiciones para la aplicación de normas sustanciales tributarias de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales. La ley en cuestión reglamentó o estableció en su Capitulo IV el procedimiento para reclamar contra las decisiones de la Administración de Impuestos Nacionales a nivel gubernativo, y en el Capítulo V fijó normas y procedimientos para la notificación de los actos administrativos y señaló los términos pertinentes, sin mencionar para nada el régimen procedimental para poder recurrir ante las autoridades jurisdiccionales, una vez agotada la vía gubernativa.

"Con esta simple consideración es notorio que al establecer su decreto reglamentario requisitos especiales para recurrir en demanda ante los Tribunales de los Contencioso Administrativo está tocando temas que la ley reglamentada no contempla y evidentemente está tomando decisiones que modifican lo que la Ley 167 de 1941 tiene establecido.

"Ahora bien, como el artículo acusado es de inferior jerarquía a las normas atrás mencionadas y no reglamenta ninguna de las normas promulgadas en la Ley 52 de 1977, es objetivamente claro que dicha disposición viola en forma ostensible tanto el numeral 3o del artículo 120 de la Constitución Nacional por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria como el artículo 68 de la Ley 167 de 1941".

Para la Sala este criterio es objetivamente tan claro y preciso que sobra cualquier consideración adicional para decidir favorablemente las peticiones 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:

DECLARESE la nulidad del artículo 50 del decreto reglamentario No. 825 de 1978.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión del dia de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO A LAS VENTAS. ALIMENTOS EXENTOS, KUMIS Y YOGURT.— Productos elaborados y alimenticios no gravados específicamente.

Declárase nula la clasificación "NO CAUSA" para los productos alimenticios kumis y yogurt que se hallan comprendidos dentro de la posición arancelaria 04,01 en la sub-posición 04-01.01.00 a los cuales les corresponde la clasificación "EXENTOS" por ser productos elaborados y alimenticios no gravados específicamente. (Decreto Reglamentario 2810 de 1974).

COSA JUZGADA.- Decisión judicial positiva y negativa. Alcance y limitaciones. (Artículo 175 del nuevo C.C.A. reafirmación jurídica).

CONSEJO DE ESTADO. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá D.E., Junio dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). Consejero Ponente: Doctor **Bernardo Ortiz Amaya.**

Referencia: Expediente No. 5985 Actor: **Luis Fernando Lloreda Londoño.** Nulidad de la posición 04.01.01.00 del artículo 2o. del decreto 2810 de 1974 del Gobierno Nacional, AUTORIDADES NACIONALES.

El ciudadano abogado Luis Fernando Lloreda Londoño formuló demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad para obtener las siguientes declaraciones:

"a) Que es nula la clasificación "No Causa" dada al KUMIS y al YOGURT comprendidos en la posición 04.01.01.00 de que trata el artículo 2o. del Decreto reglamentario número 2810 de 1984; y

"b) Que en consecuencia al KUMIS y al YOGURT, comprendidos en la posición arriba mencionada, les corresponde de clasificación de exento, por ser productos alimenticios no gravados específicamente".

El actor estima que la norma acusada violó el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, y el artículo 2o. del Decreto 1988 de 1974 y el artículo 8o. del mismo decreto.

Como concepto de violación expresó:

"El Decreto 1968 de 1974, que por ser un decreto expedido bajo el estado de emergencia económica tiene el mismo valor de un decreto legislativo, dispuso muy claramente en su artículo 8o. que los artículos alimenticios no gravados específicamente están exentos del impuesto sobre las ventas. Esta exención de tipo general se aplica a todos los productos alimenticios, salvo los gravados específicamente, que sólo fueron los siguientes: Aceite de Olivas, licores y vinos; goma de mascar, bombones, confites, caramelos y chocolates."

Y más adelante dijo:

"Al incluir el Decreto reglamentario 2810 de 1974 el YOGURT y el KUMIS contenidos en la posición número 04.01.01.00 bajo la clasificación NO CAUSA, violó el decreto 1988 de 1974 en cuanto que esta norma dispone que todos los artículos alimenticios, salvo los específicamente gravados, están exentos del impuesto a las ventas. Y se violó está norma porque el KUMIS y el YOGURT son sin duda algunos productos alimenticios que no fueron gravados específicamente por el Decreto 1988 de 1974.

"No sobra aclarar que entre la clasificación de NO CAUSA y la de EXENTO, existen profundas diferencias en materia de impuesto a las ventas. La principal diferencia radica en que la persona que fabrica productos en los cuales no se causa el gravamen, no tiene derecho a descontar los impuestos liquidados en la adquisición de los elementos constitutivos de costos y gastos de producción y ventas, (insumos) y por lo tanto no puede obtener la devolución de las sumas de dinero cargadas por estos impuestos, según el precedimiento establecido en el artículo 25 del Decreto 1988 de 1974. Esto, sin embargo, no ocurre cuando el producto está clasificado como exento para efectos del impuesto a las ventas, pues en este caso sí opera el mencionado descuento y la consecuente devolución de los impuestos pagados por la adquisición de los insumos.

"La clasificación de NO CAUSA aplicada al KUMIS y al YOGURT que de por sí es ilegal por tratarse de productos alimenticios, se torna aún más aberrante si se tiene en cuenta que tanto el legislador primario al crear al crear el impuesto a las ventas, como el Gobierno Nacional al reglamentar la materia, siempre trataron con benevolencia tributaria a los productos alimenticios, para eximirlos del citado impuesto y no gravar al consumidor final con el mayor costo que necesariamente implica este tributo. Esta tradición legislativa que se remonta a la Ley 21 de 1963, y continúa aún en el Decreto legislativo 1968 de 1974, queda relegada al olvido al dictarse el Decreto 2810 de 1974, que varió totalmente esa situación, al clasificar varios productos alimenticios como "no causantes" del impuesto a las ventas, con las consecuencias ya anotadas de encarecer ilegalmente su costo.

"Claro que en materia de productos alimenticios hay personas muy respetables que han acogido la tesis del Gobierno sobre la distinción que se debe hacer entre los productos alimenticios procesados y aquellos que se encuentran en estado natural para su simple conservación o aprovechamiento. En cuanto a los primeros, es decir los bienes alimenticios procesados, los defensores de esta distinción consideran que están exentos

del impuesto a las ventas, más no así los segundos, es decir aquellos que se encuentran en estado natural aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o aprovechamiento, los cuales al venderse no causan el gravamen".

Tramitado el negocio se decretaron algunas pruebas solicitadas por el demandante y se hizo parte en el proceso el Ministerio de Hacienda por medio de apoderado, quien impugnó la demanda y planteó la excepción de cosa juzgada, por considerar que la posición 04.01 contenida en el Decreto 2810 de 1974 fue declarada judicialmente como válida en las sentencias dictadas por esta misma Corporación el 7 de octubre de 1976 y el 23 de noviembre de 1978; pues la subposición 04.01.01.00 a que se hace referencia la demanda está comprendida dentro de la posición 04.01 que fue materia de decisión judicial.

Al efecto acompañó certificado del Jefe de la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas y expresó:

"En el caso de autos, aunque no se demanda exactamente la posición 04.01, se está demandando la sub-posición 04.01.01.00 de la misma posición, por lo cual debe considerarse que si el Consejo de Estado se refirió a la posición principal necesariamente allí quedaron incluidas las subposiciones que forman parte de la misma y que fue a la que se refirió el Decreto 2810 de 1974, en su artículo 2o; demandado nuevamente en esta oportunidad.

"Para demostrar lo anterior, acompaño al presente escrito la certificación expedida por el señor JACQUES ESPINEL PARAMO, quien en su calidad de Jefe de División de Arancel, ha certificado que al citarse la posición 04.01, leche y natas frescas sin concentrar ni azúcarar, se entienden incluidas las sub-posiciones 04.01.01.00, incluye, tanto la leche fresca sin concentrar ni azucarar, como la leche desnatada, el suero de leche, la leche cuajada, el yogurt y demás leches fermentadas por procedimientos análogos de acuerdo como lo establecen las notas arancelarias.

"Teniendo en cuenta que lo accesorio debe seguir a lo principal, siendo que la posición 04.01, ya ha sido objeto de varias demandas, que las sentencias allí proferidas producen efectos "ERGA OMNES", y que la sub-posición 04.01.01.00 forma parte integral de la mencionada posición, solicito nuevamente se declare probada la excepción de COSA JUZGADA en la presente demanda, toda vez que se dan los supuestos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil; en efecto, el proceso versa sobre el mismo objeto, posición 04.01 y se funda en las mismas razones que se alegaron en los procesos Nos. 3443 y 3791 a que me he referido y cuyas demandas solicito se tengan en cuenta principalmente en cuanto a las normas violadas y el concepto de la violación."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El demandante solicita que se declare nula la clasificación "no causa" para el kumis y el yogurt que se hallan comprendidos en la sub-posición 04.01.01.00 del arancel de aduanas correspondiente a la posición 04.01.

Como dicha sub-posición no aparece mencionada en el decreto que hizo las clasificaciones, de "exentas" y "no causan", el actor pidió que se solicitara certificación a la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas para demostrar que "El kumis y yogurt se clasifican bajo la posición arancelaria 04.01.01.00, siempre y cuando se encuentren sin azucarar y en envases que no sean latas herméticamente cerradas (folio 24 del expediente).

El mencionado certificado complementado con el expedido por la misma División que obra a folio 56 del expediente, deja en claro que la clasificación del yogurt y del kumis está incluida en la posición arancelaria 04.01 y que es la mencionada en el Decreto 2810 de 1974.

Por otra parte, mediante inspección judicial practicada a la fábrica de Productos Lácteos Suizer en jurisdicción del Municipio de Facatativa y con la anuencia de los peritos designados al efecto, se comprobó el proceso de transformación de la leche para obtener el yogurt y el kumis y mediante dictamen paricial rendido por los Doctores Jorge Ancízar Sordo y Mario Convers Rubio que obra a folios 40 a 43 del expediente, quedó suficientemente demostrado que la producción de yogurt y kumis corresponde a un proceso industrial complejo que transforma mediante diferentes reacciones la leche en los productos mencionados.

El concepto en referencia que no ha sido objetado y que contiene una serie de elementos de juicio de orden técnico cuidadosamente elaborados llega a la siguiente conclusión:

"En consecuencia de todo lo anterior, se puede ver claramente, a través de las diferentes etapas a que se somete la leche para su transformación, que se trata de un proceso industrial, que comprende modalidades físicas, biológicas y químicas. Se efectúa una reacción química, en la cual bajo la acción de bacilos (específicos para el caso del yogurt y del kumis), la lactosa del producto original o materia prima que es la leche, se desdobla primero en sus dos componentes, galactosa y glucosa, y estas a su vez, en una segunda fase, se convierten en ácido láctico. El ácido láctico a su turno provoca otras reacciones dentro del producto en elaboración en los componentes de la leche como las proteínas, los componentes minerales, etc.

"Por lo tanto, el kumis, como el yogurt, son los productos finales de un procedimiento industrial que, utilizando la leche como materia prima esencial, los obtiene con una composición química diferente a la de la leche, dotados de características orgánicas y organolépticas también distintas y de acción fisiológica sui-géneris".

Además el dictamen afirma lo siguiente:

"El yogurt y el kumis se han empleado desde tiempo inmemorial como artículos alimenticios de consumo popular, de gran valor dietético, especialmente en los países balcánicos. El siguiente cuadro, que muestra la composición del kumis, del yogurt dulce, del yogurt con frutas y del yogurt con aroma ofrece una comparación de estos productos con la leche fresca para demostrar que son productos alimenticios, de acuerdo con la definición que de ellos se hace en el parágrafo del artículo 8o. del Decreto legislativo 1988 de 1974 arriba citado. Su valor nutritivo es evidente".

Queda pues establecido que el kumis y el yogurt están incluidos en la posición arancelaria 04.01 mediante la sub-posición 04.01.01.00 por virtud de una nota aclaratoria del arancel a que hace referencia el punto 2o. del certificado del Jefe de la División de Arancel que obra a folio 56 del expediente.

Queda también suficientemente demostrado, que el kumis y el yogurt son productos obtenidos mediante un proceso industrial de alguna complejidad a base de reacciones físicas, biológicas y químicas y que dichos productos son artículos alimenticios de consumo popular y de gran valor dietético, reconocido a través de mucho tiempo, según la autorizada voz de los expertos en esta materia.

Ahora bien, el artículo 2o. del Decreto 1988 de 1974 dispone que el impuesto a las ventas "grava la venta de bienes corporales muebles procesados, la importación de éstos y la prestación de los servicios expresados en el presente decreto".

Por otra parte el artículo 8o del mismo decreto en su numeral 1o. dispone: "Están exentas del impuesto a las ventas de: 1.— Artículos alimenticios no gravados específicamente".

Luego, de acuerdo con la filosofía del Decreto Ley 1988 de 1974, ratificada en términos generales por el nuevo estatuto dictado mediante el Decreto Ley 3541 de diciembre 29 de 1983, dichos productos que en principio son sujetos del gravamen a las ventas deben estar exentos por tratarse de artículos alimenticios.

Resta por analizar la excepción de cosa juzgada a que ha hecho referencia la abogada del Ministerio de Hacienda, pues evidentemente la posición 04.01 del Decreto 2810 de 1974 fue materia de análisis jurisdiccional por acciones ejercitadas por diversos ciudadanos y en las sentencias de 7 de octubre de 1976 y de 23 de noviembre de 1978, ambas de esta misma Sección, se denegaron las súplicas de nulidad de esa posición que clasifica la leche y nata, frescas, sin concentrar ni azucarar entre los "no causan".

La señora fiscal 6o. del Consejo de Estado en su concepto estima que no es el caso de considerar la excepción de cosa juzgada con estas apreciaciones que la Sala comparte:

"Es preciso establecer la procedencia de la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio de Hacienda, pues de aceptarse sería innecesario el examen del fondo del proceso.

"Los pronunciamientos del H. Consejo se han referido ambos a la leche y a las natas frescas, productos diferentes en su tratamiento arancelario al yogurt y al kumis y, por tanto, no ha habido decisión del contencioso administrativo respecto del caso hoy debatido.

"No puede aceptarse que todo pronunciamiento de jurisdicción sobre una norma produzca el fenómeno de la cosa juzgada, pues bien puede ocurrir que se enfoque la demanda por aspecto distinto al primeramante analizado, se invoquen normas diferentes o se refiera a objeto distinto como el presente caso. Habrá cosa juzgada respecto del análisis del tratamiento impositivo de la leche y las natas frescas, más no puede haber lo respecto de otros productos, así sean derivados de aquella".

La asiste la razón a la señora Fiscal, pero además cabe observar que el fenómeno de la cosa juzgada con efecto "erga omnes" en las sentencias correspondientes a acciones de nulidad opera sin limitación alguna en los casos en que la acción prospere y la decisión judicial consista en la declaración de nulidad del acto acusado, porque naturalmente dicho acto desaparece del escenario jurídico y no puede ser motivo de nueva contienda judicial o de aplicación de la norma anulada; pero cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del petitum que no prosperó, porque aun cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otras causas con diferente petitum y dejar de regir para ese efecto.

Este planteamiento jurídico está ratificado en el nuevo Código Contencioso Administrativo como norma legal por medio del artículo 175 que dice: "La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niega la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

En el presente caso no puede atenderse favorablemente la excepción de cosa juzgada por hallarse en las circunstancias previstas por el inciso 2o. anteriormente transcrito y como lo dijo la Fiscal, las decisiones judiciales dictadas con relación a esta posición arancelaria del mismo decreto se refirieron solamente a la leche y a las natas frescas, sin entrar a analizar otros productos comprendidos en las subposiciones comentadas.

En cuanto a la violación de los artículos 2o. y 8o. del Decreto 1988 de 1974 ha quedado claramente definido que tanto el yogurt como el kumis son productos alimenticios frutos de un proceso industrial, que deben considerarse exentos al tenor de lo previsto en esos artículos.

Cabe observar que el nuevo estatuto del impuesto sobre las ventas dictado en diciembre 29 de 1983 incluye entre los productos que "no causan" los de la posición arancelaria 04.01 pero clasifican como bienes exentos los correspondientes a la posición arancelaria 04.02 que habla de "leche y nata conservadas, concentradas y azucaradas" para distinguirlo de la "leche y natas frescas, sin concentrar ni azucarar" pero ni en uno ni otro caso se hace la distinción pertinente con relación al kumis y al yogurt que se incluye en la primera posición mediante una nota explicativa del arancel aduanero, que lógicamente no podía tener presente ese fenómeno singular del producto alimenticio elaborado que debe ser exento y no corresponder al grupo de los alimentos en estado natural que no causan el impuesto.

Basta ahora transcribir lo que sobre este punto ha dicho la Fiscal 6a. quien solicita acceder a las peticiones de la demanda, criterio y consideraciones que la Sala también comparte:

"3. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1988 de 1974, uno de los hechos generadores del impuesto lo constituye la venta de los *bienes muebles procesados.* Sin embargo, dicho artículo 2 expresamente excluye del gravamen, como bienes NO PROCESADOS, los bienes 'primarios en estado natural, aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o APROVECHAMIENTO'. Es decir, que el legislador no estima como pertenecientes al grupo de los bienes procesados muebles, aquellos primarios en estado natural que requieren de un proceso simple, elemental, para lograr su conservación o para poderlos utilizar o aprovechar.

"4. De conformidad con el artículo 8 del mismo estatuto están exentas del impuesto las ventas de productos alimenticios no gravados específicamente. Supone, entonces, la norma que se trata de productos alimenticios procesados para distinguirlos de los no procesados (según el artículo 2), que no causan el gravamen, y los estima exentos del impuesto, salvo aquellos que normas legales especiales hayan señalado como gravables.

"Resulta clara esta clasificación, pues lo contrario sería concebir un absurdo en el legislador al declarar en su artículo 2o. como bienes no objeto de gravamen los bienes alimenticios naturales o sometidos a un proceso elemental y, más adelante, en el artículo 8, señalar los mismos bienes como exentos.

"5. Es claro, así, que de conformidad con el Decreto 1988 son cuatro las categorías de los productos alimenticios:

"a) Bienes naturales, que no causan impuesto.

"b) Bienes naturales con su proceso elemental para conservación o aprovechamiento, no causan impuesto.

"c) Bienes procesados exentos del impuesto.

"d) Bienes procesados que por norma especial son objeto del gravamen.

"6. El objeto del presente juicio es determinar la legalidad o ilegalidad de la norma cuestionada para lo cual es preciso observar que, evidentemente, la elaboración de productos como el yogurt y el kumis, requiere de un proceso que no tiende a la conservación ni al aprovechamiento del producto natural, sino que busca la elaboración de un nuevo producto cuya base es la leche; se trata, como lo describen los peritos en su dictamen, de un verdadero proceso de transformación industrial de la leche 'que comprende modalidades físicas, biológicas y químicas', proceso que coloca, necesariamente el producto, dentro de la clasificación de los bienes exentos del gravamen, sin entrar a distinguir, como la hace la Jefatura de la División de Arancel del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si se trata de un producto determinado con azúcar, sin ella o con frutas adicionadas". (folio sin numeral entre los folios 23 y 24 del expediente).

En razón de lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLARASE nula la clasificación "No causa" para los productos alimenticios kumis y yogurt que se hallan comprendidos dentro de la posición arancelaria 04.01 en la sub-posición 04.01.01.00 a los cuales les corresponde la clasificación "exentos", por ser productos elaborados y alimenticios no gravados específicamente.

Copiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión del día 18 de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

MEDIOS DE COMUNICACION. REGLAMENTACION EN MATERIA POSTAL.–Sobre oficial de correo colombiano.

Es nulo el Decreto No. 665 expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones el 8 de marzo de 1983, decreto "Por el cual se adopta el sobre oficial de correo colombiano y se dictan otras disposiciones".

CONSEJO DE ESTADO–Sala de lo Contencioso Administrativo.–Sección Primera. Bogotá D.E., veintitrés (23) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**

Referencia: Expediente No. 4461 Decretos del Gobierno.

Actor: **Héctor Gallego Osorio.**

El ciudadano Héctor Gallego Osorio en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 66 de la Ley 157 de 1941, solicitó la declaratoria de nulidad del Decreto Reglamentario 665 de 8 de marzo de 1983 expedido por el Gobierno Nacional, o en subsidio la nulidad de los artículos 1, 2, 3, 5, 6, y 7 del mismo decreto.

I

LA DEMANDA

1. Narran los hechos de la demanda que mediante la Ley 28 de 1974 el Congreso de la República de conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revistió al Presidente de la República por el término de 12 meses de facultades extraordinarias en asuntos administrativos, y que, en desarrollo de tales facultades se dictó el Decreto 129 de 1976 el cual en su título II, artículo 2 literal a) se ocupó de la funciones del Ministerio de Comunicaciones.

Posteriormente con fecha 8 de marzo de 1983 el Gobierno dictó el decreto acusado en este proceso, cuya finalidad es la de adoptar "el sobre oficial de correo colombiano". Fue dictado por el Señor Presidente de la República "en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el literal a) del artículo 2o. del Decreto número 129 de 1976". En sus tres considerandos se refiere a que existen normas legales a nivel nacional e internacional que regulan la normalización de los sobres para el envío de correspondencia a través del correo, que la Administración Postal Colombiana en su proceso de automatización requiere que los sobres para cartas tengan unas dimensiones y características técnicas de carácter universal y que "es política del Gobierno hacer un amplio despliegue de los símbolos patrios por los medios que están a su alcance y es deber del correo colombiano servir a los propósitos del Estado".

En sus 8 artículos trata lo siguiente: 1. "Adoptar como distintivo nacional para el sobre de correo colombiano, las enseñas patrias del mapa y la bandera colombiana, así como las dimensiones y especificaciones que se detallan en el mismo artículo. 2. Distribución del anverso de los sobres: determina la distribución de lugares para consignar la dirección del destinatario y del remitente, el código postal, ciudad de origen, impresiones de franqueo e indicaciones o etiquetas del servicio. 3. se refiere a las características especiales que deben tener los sobres autoadhesivos o sobres flex. 4. Establece la obligación para las entidades oficiales de todos los órdenes "de encausar con su ejemplo el cumplimiento del presente decreto" y para las imprentas nacionales y departamentales de fabricar los sobres "de acuerdo con la presente reglamentación". 5. Dice que la correspondencia epistalar que circule vía postal en el ámbito interno e internacional, deberá llevar las insignias en el sobre de que trata el presente decreto". 6. Se ilustran los sobres más usuales dentro de la normalización de que trata el artículo 1o. 7o. Dice que corresponde a la Administración Postal Nacional la vigilancia y control del contenido del decreto y la obligación de suministrar los modelos de sobres y prestar la asistencia técnica necesaria. 8. Señala la vigencia.

2. Como normas violadas la demanda señala únicamente el artículo 2o. literal a) del Decreto Ley 129 de 1976.

3. El concepto de violación radica en que, según el demandante, el gobierno nacional so protexto de reglamentar el anterior decreto, hace obligatorio para todos los habitantes del territorio nacional el uso de las enseñas patrias del mapa y la bandera colom-

biana, así como las dimensiones y especificaciones de los sobres, en toda la correspondencia epistolar que circule vía postal en el ámbito interno e internacional, lo que "constituye una clara y ostensible violación de la norma superior de derecho que se pretende reglamentar ya que del estudio del precepto constitucional (artículo 120-3) se infiere sin esfuerzo alguno que la facultad reglamentaria del Presidente de la República no puede ir hasta el punto de exceder la norma que se pretende reglamentar y convertirse en legislador violando el principio constitucional de la separación de poderes". Agrega que "además existe una clarísima extralimitación de funciones del Ejecutivo al pretender mediante un acto administrativo establecer limitaciones a las libertades públicas, especialmente a la consagrada en el precepto contenido en el inciso final del artículo 38 de la Constitución Nacional.

Por medio de providencia del 26 de septiembre de 1983 se admitió la demanda y se ordenó imprimirle el trámite procesal correspondiente. En el mismo proveído se decretó la suspensión provisional del acto acusado que de modo expreso se había solicitado en la demanda, por las razones que allí se puntualizaron. Dentro del término de fijación en lista la Administración Postal Nacional se constituyó como parte impugnadora por conducto de apoderada especial. No hubo petición de pruebas y al ordenarse los traslados para alegar las partes hicieron uso de ese derecho reafirmando lo ya dicho en sus escritos iniciales. Y el señor Fiscal Primero del Consejo emitió su concepto de fondo en un todo de acuerdo con las razones consignadas en el auto de suspensión provisional, que transcribe como fundamento de su petición de declaratoria de nulidad del Decreto acusado.

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto con fuerza de ley número 129 de 1976 en su artículo 2o. literal a) determinó que "De acuerdo con el Presidente de la República", el Ministerio de Comunicaciones tiene como función especial la de adoptar "la política de comunicaciones del país, especialmente en materia postal, de telefonía, de telegrafía, de radiodifusión, de televisión, de publicidad, de cinematografía y, en general, de todos aquellos servicios relativos a la transmisión de mensajes hablados, audiovisuales o postales entre distintas personas, en concordancia con la política general de desarrollo".

Sobre la base anterior del Gobierno Nacional dictó el decreto 665 de 1983 acusado en este juicio.

Según el demandante, bajo el anterior enunciado no podía el gobierno llegar al punto de hacer obligatorio para los habitantes de todo el país el uso de las enseñas patrias del mapa y la bandera colombiana, así como las dimensiones y especificaciones de toda correspondencia epistolar "que circule vía postal tanto nacional como internacionalmente", especialmente la del artículo 38 inciso final de la Constitución Nacional.

Como antes se dijo, la Administración Postal Nacional se constituyó como parte impugnadora por medio de apoderado judicial, quien tanto en esa oportunidad como en el alegato de conclusión habla de la existencia de la Ley 28 de 1974 y del Decreto 129 de 1976, así como del Decreto 3267 de 1964, que le dan la denominación de establecimiento público a la Administración Postal Nacional y le señalan funciones. Igualmente hace alusión al Decreto 195 de 1976 que aprueba los estatutos de dicha entidad. A nivel internacional, menciona la existencia de la Unión Postal Universal "UPU", de la cual es miembro la Administración Postal Nacional, y del Acta de constitución de la misma, así como los protocolos adicionales y congresos realizados, para afirmar luego que nuestro Congreso ratificó mediante la Ley 46 de 1976 lo acordado en el congreso de Viena, en el

cual se aprobó la constitución, el reglamento general, los convenios y demás acuerdos de la UPU, con sus protocolos y demás reglamentos de ejecución y expresaba, que por medio de la Ley 19 de 1983 se aprobó también el Congreso de Lausana aprobatorio de las Actas del XVII Congreso UPU. Con base en lo anterior, cita y transcribe el contenido del capítulo I sobre disposiciones generales que aluden al tiempo acordado del decreto acusado, enfatizando que en concordancia con tales acuerdos ratificados por el Congreso Colombiano y por tanto obligatorios, la Administración Postal Nacional está obligada a tecnificar y modernizar sus servicios.

Primeramente alude la apoderada al concepto de la violación expresado por el demandante, sobre el cual opina que en forma alguna se trata de menguar la libertad individual por el hecho de buscar la divulgación de los emblemas patrios más allá de las fronteras, y que "La filosofía del Decreto es armonizar los envíos que cursan exclusivamente por los servicios postales nacionales e internacionales, sin perjuicio de que la industria nacional queda sacar otros tipos y dimensiones de los sobres para cursarlos extraoficialmente, para cuyo efecto el Instituto Colombiano de Normas Técnicas (ICONTEC) tiene su propia reglamentación"

Finalmente, anota, que otros países Estados Unidos, Francia, Brasil, Argentina y México utilizan el sistema adoptado, por el Decreto demandado para divulgar sus insignias patrias.

Hace pues hincapié la impugnadora en la existencia a nivel internacional de Reglamentos, Convenios, Acuerdos de la Unión Postal Universal "UPU", con sus protocolos finales y demás reglamentos de ejecución, sin aportar a los autos documento alguno relacionado con la existencia misma y ratificación de ellos, tal como lo prescribe la Ley 7o. de 1944, que en sus artículos 1o. y 2o. dice lo siguiente:

"Artículo. 1o. Los Tratados, Convenios, Convenciones, Acuerdos, Arreglos y otros actos internacionales aprobados por el Congreso, de conformidad con los artículos 69 y 116 de la Constitución, no se considerarán vigentes como leyes internas, mientras no hayan sido perfeccionados por el Gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente; a menos que la ley aprobatoria expresamente determine que sean tenidas por ley nacional las disposiciones de dicho Tratado, Convenio, Convención, etc. En este último caso, la caducidad del Tratado como ley internacional para Colombia, no implicará la caducidad de sus disposiciones como ley nacional.

"Lo anterior no obsta para que el Organo Ejecutivo, cuando lo juzque necesario y antes de que se cumplan las normalidades para su perfeccionamiento, ordene el cumplimiento, de las disposiciones de un determinado Tratado, Convenio, etc. con el carácter de disposiciones ejecutivas.

"Esta autorización sólo se refiere a los Tratados, Convenios, Convenciones o Acuerdos, que obtengan, con posterioridad a la vigencia de esta Ley, la aprobación legislativa.

"Artículo. 2o. Tan pronto como sea perfeccionado el vínculo internacional que ligue a Colombia por medio de un Tratado, Convenio, Convención, etc., el Organo Ejecutivo dictará un decreto de promulgación, en el cual quedará insertado el texto del Tratado o Convenio en referencia, y en su caso, el texto de las reservas que el Gobierno quiera formular o mantener en el momento del depósito de ratificaciones".

Por manera que conforme las normas transcritas, una vez que el Gobierno ha celebrado y perfeccionado un Tratado, Convenio, Convención etc., que internacionalmente vincule a Colombia, y que haya sido aprobado por el Congreso Nacional al tenor de

lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 76 y 20 del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente debe proceder al canje de ratificación del mismo y a dictar un decreto de promulgación que le da vigencia al tratado respecto de los distintos órganos del poder público y de los ciudadanos en general, considerándose entonces vigente como ley interna.

Sobre el particular el tratadista Germán Cavelier en su obra "El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia" expresa:

"Cuando el Presidente de Colombia celebra un tratado y lo perfecciona con la otra parte y el tratado entra en vigencia respecto de todas las partes de el, el Estado Colombiano está obligado al inmediato cumplimiento de lo acordado en el tratado.

"Por la fecha de acta de canje o depósito de las ratificaciones, y por tanto el momento en que el tratado entró en vigencia, no es conocido por los ciudadanos de Colombia y es necesario que el Presidente se los haga saber por medio de la promulgación para que esos ciudadanos queden así mismo obligados a cumplir con lo estipulado en el tratado o puedan reclamar los derechos que para ellos puedan resultar del tratado. Así mismo las autoridades de la rama ejecutiva, las de la legislativa y las de judicial, han de tener conocimiento de la vigencia del tratado para acomodar su conducta a lo estipulado en él.

"La Ley 7a. de 1944 considera que un Tratado, Convenio, Convención, Acuerdo, Arreglo u otros actos internacionales son ley internacional cuando han sido perfeccionados por el gobierno mediante el canje de ratificaciones o el depósito del instrumento de ratificación u otra formalidad equivalente.

"La misma Ley 7a. de 1944 considera que un Tratado, Convenio, Convención, Acuerdo, Arreglo u otros actos internacionales perfeccionados por el gobierno mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación u otra formalidad equivalente, se considerará como ley interna cuando han sido aprobados por el Congreso y promulgados por el Presidente, en la forma prevenida en esa ley, tan pronto como sea perfeccionado el vínculo internacional que ligue a Colombia por medio del tratado".

Conforme lo hasta aquí expresado, es apenas obvio que las simples referencias que hace la apoderada de la Administración Postal nacional a la existencia de tratados o convenios celebrados por Colombia con la Unión Postal Universal "UPU", no tienen virtualidad suficiente a términos de la Ley 7a. de 1944, como para que la Sala los estime como de obligatoria observancia, máxime que la Ley 46 de 1975 a que alude la Administración Postal Nacional se limita a aprobar, como reza su artículo primero, en todas sus partes, "...la constitución de la Unión Postal Universal, el reglamento General y su Protocolo Final, el Convenio, el Reglamento de Ejecución y su Protocolo Final, los Acuerdos relativos a las cartas y cajas con valor declarado, a encomiendas (paquetes o bultos) postales, a giros postales y bonos postales de viaje, a transferencias postales, a envíos contra reembolso, a los efectos a cobrar, al servicio internacional del ahorro y a suscripciones a diarios y publicaciones periódicas con su reglamentos de Ejecución y protocolos Finales, firmados en la ciudad de Viena, Austria, el día 10 de julio de 1964, durante el XV Congreso Postal Universal, documentos que en copia certificada reposan en la Secretaría de la Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes".

Y la Ley 19 de 1983 que igualmente cita la impugnadora "reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector y para notificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

Así las cosas, es forzoso concluir que la situación que se evidenció en el auto por medio del cual se decretó la suspensión provisional del acto impugnado tiene plena vigencia, puesto que no expuso razón alguna valedera para controvertirlo o documento con poder suficiente para infirmarlo. Por tal razón, considera la sala que bien puede remitirse a lo expuesto en aquel proveído como fundamento de la nulidad que aquí habrá de declararse. Allí se dijo:

"En desarrollo de facultades extraordinarias que en materia administrativa le confirió el Congreso al Gobierno Nacional por medio de la Ley 28 de 1974, el señor Presidente de la República expidió el 26 de enero de 1976 el Decreto No. 129, 'Por el cual se reorganiza el Ministerio de Comunicaciones'. En el artículo 2o. de dicho decreto se dijo:

'Además de las que en forma general señala a los Ministerios el Decreto 1050 de 1968 en su artículo 3o, el Ministerio de Comunicaciones tendrá las siguientes funciones especiales:

'a). De acuerdo con el Presidente de la República, adoptar la política de comunicaciones del país, especialmente en materia postal, de telefonía, de telegrafía, radiodifución, de televisión, de publicidad, de cinematografía y, en general, de todos aquellos servicios relativos a la transmisión de mensajes hablados, audiovisuales o postales entre distintas personas, en concordancia con la política general de desarrollo;

' b)

'En ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere la norma antes transcrita, el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones expidieron el 8 de marzo del año en curso, el Decreto No. 665, "Por el cual se adopta el sobre oficial de correo colombiano y se dictan otras normas". Dicho decreto es el acto acusado, está concebido así en su parte resolutiva:

'Artículo 1o. Adoptar como distintivo nacional para el sobre de correo colombiano, las enseñas patrias del mapa y la bandera colombiana, así como las dimensiones y especificaciones que a continuación se detallan:

' a).

'Mínima de 90 X 140 milímetros y una tolerancia de 2 milimetros.

'Máxima. De 120 X 235 milímetros y una tolerancia de 3 milímetros.

'b) Los sobres de dimensiones mínimas de que trata el inciso a), llevarán la bandera colombiana constituida por una franja vertical de 60 milímetros de largo, ubicada a 6 milímetros del borde lateral izquierdo en forma paralela, que tendrá 10 milímetros de ancho, de los cuales 5 estarán comprendidos por el color amarillo y los otros 5 en partes iguales para los colores azul y rojo.

'Sobre la franja estará colocado el mapa de la República de Colombia, cuyo tamaño será de 13 milímetros de largo por 9 milímetros de ancho.

'c) Los sobres de dimensiones máximas llevarán bandera colombia constituida por una franja vertical de 90 milímetros de largo, de idénticas especificaciones a las señaladas en el inciso procedente.

'Artículo 2o. Distribución del anverso de los sobres:

'a) Debe reservarse por lo menos la mitad derecha del anverso del sobre para consignar la dirección del destinatario y el Código de Encaminamiento Postal.

'b) El ángulo superior izquierdo será reservado para ubicar la dirección del remitente, el Código Postal y la ciudad de origen, también podrá escribirse en el reverso del sobre.

'c) El ángulo superior derecho se reservará indefectiblemente para la ubicación de la impresiones de franqueo.

'd) El ángulo izquierdo está destinado para ser usado para las indicaciones o etiquetas del servicio.

"Artículo 3o. Los sobres autoadhesivos o los denominados sobres flex, además de las especificaciones individuales para los sobres convencionales de que tratan los artículos precedentes, deberán cumplir las siguientes especificaciones:

'a) Ser confeccionados en un papel de 90 gramos metro cuadrado para los formatos enmarcados dentro de las dimensiones mínimas.

'b) Para los formatos de carta enmarcados dentro de las dimensiones máximas, deberán confeccionarse en un papel de 110 gramos metro cuadrado.

'Artículo 4o. Las entidades oficiales del orden nacional, departamental y municipal tendrán la obligación de encausar con su ejemplo el cumplimiento del presente Decreto, y en tal virtud la "Imprenta Nacional" y las imprentas departamentales, fabricarán los sobres de acuerdo con la presente reglamentación.

'Artículo 5o. La correspondencia epistolar que circule vía postal en el ámbito interno e internacional, deberá llevar las insignas en el sobre de que trata el presente Decreto.

'Artículo 6o. A continuación se ilustran los sobres más usuales dentro de la normalización de que trata el artículo primero:

'a) Sobres de dimensiones mínimas.

'b) Sobres de dimensiones máximas.

'c) Sobres de dimensiones intermedias.

'Artículo 7o. Corresponde a la Administración Postal Nacional la vigilancia y control de las normas, contenidas en el presente Decreto y para tal efecto suministrará los modelos de los sobres y prestará la asistencia técnica requerida.

'Artículo 8o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición'.

"La demanda considera como única disposición violada por el acto anterior, el artículo 2o. literal a) del Decreto Ley 129 de 1976, atrás transcrito, pues en su concepto al pretender el Gobierno so pretexto de reglamentar dicha norma hacer obligatorio para todos los habitantes del territorio nacional el uso de las enseñas patrias y la bandera, así como las dimensiones y especificaciones de los sobres, en toda correspondencia epistolar que circule vía postal en el ámbito interno e internacional, está desconociendo ostensiblemente la norma en mención, siendo así que la facultad reglamentaria no puede ir hasta el punto de exceder la norma que se pretende reglamentar. Existe además, di-

ce, una clarísima extralimitación de funciones del Ejecutivo al pretender mediante el acto acusado establecer limitaciones a las libertades públicas, como la consagrada en el inciso final del artículo 38 de la Constitución Nacional.

"El ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional confiere al señor Presidente de la República como suprema autoridad administrativa la potestad reglamentaria, que debe ejercer conjuntamente con el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente según el inciso segundo del artículo 57 de la misma. Al desarrollar ese precepto, cuando se trate de reglamentar una norma legal determinada, el Gobierno no puede rebasar no la letra, ni la intención, ni la materia que está intrínseca en el precepto mismo que se reglamenta.

"Por manera que todo exceso en la potestad reglamentaria entraña ciertamente un abuso de poder, por lo mismo que el reglamento no puede sobrepasar, ni limitar, ni mucho menos modificar en modo alguno, la norma reglamentada. Ese ha sido el criterio reiterado del Consejo de Estado sobre el particular, que ha considerado que, 'La funsión del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentar 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 implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones que constituye una clara violación de la voluntad legislativa'.

"En el caso presente, según el ordinal a) del artículo 2o. del Decreto Ley 129 de 1976, que es la norma que se dice reglamenta el decreto impugnado, el Gobierno debió limitarse a trazar de modo esquemático y en general los rasgos fundamentales de la política a seguir en materia de comunicaciones, especialmente en materia postal, de telefonía, de radiofusión, de televisión, de publicidad, de cinematografía y, en general, de todos aquellos servicios relativos a la transmisión de mensajes hablados, audiovisuales o postales entre distintas personas, en concordancia con la política general de desarrollo, tal como lo determina el referido artículo 2o del decreto Ley 129 de 1976.

"Al expedir el Decreto Reglamentario No. 665 de 1983 demandado, el Gobierno indudablemente fue más alla de la facultad que le resultó del ordenamiento contenido en el literal a) del artículo 2o. del Decreto Ley 129 de 1976 y entró ciertamente a estudiar una serie de normas y de procedimientos nuevos, muy distintos a la verdadera adopción de una política de comunicaciones, que es lo que está previsto en la norma reglamentada, y lo que debe desarrollarse para facilitar no solamente su inteligencia, sino su cumplida operancia en la práctica. A tal conclusión se llega con la simple confrontación del acto impugnado con el Decreto Ley 129 de 1976, que permite establecer en forma manifiesta y clara la violación que se le atribuye".

Debe aclarar la Sala que el estudio del acto acusado se hizo frente a la norma que dijo reglamentar, Decreto 129 de 1976 específicamente, puesto que fue la única indicada como violada, sin consideración a los posibles tratados, convenios, convenciones de carácter internacional que pudiera haber suscrito el Gobierno Nacional, no siendo óbice por lo mismo para él que en desarrollo de ellos pueda expedir las reglamentaciones que estime pertinentes.

Existiendo entonces una evidente contradicción entre dos normas, el Decreto reglamentario 665 de marzo 8 de 1983 y una de carácter superior como es el Decreto Ley 129 de 1976, es forzoso acceder a las peticiones de la demanda, tal como lo solicita igualmente el señor Agente del Ministerio Público en su vista Fiscal.

Y en razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera, de acuerdo 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:

ES NULO el Decreto número 665 expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones el 8 de marzo de 1983, decreto "Por el cual se adopta el sobre oficial de correo Colombiano y se dictan otras disposiciones".

Cópiese, Notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 15 de junio del año en curso.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Beneficiarios: Identificación. Requerimientos: Sanciones. Prueba contable.

Declárase la nulidad de la frase "o compras de activos fijos o materias primas" contenida en el numeral 1o. del artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978.

2. Declárase la nulidad del numeral 4o. del artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978.

3. En consecuencia el artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978 se leerá así:

"A partir del año gravable de 1978 los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad deberán presentar anualmente a la Administración de Impuestos Nacionales una relación de los siguientes datos contables del año respectivo:

1o. Pagos a terceros que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT del tercero y que constituyen costo o deducción.

2o. Pasivos de cualquier índole que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT del acreedor.

3o. Retenciones en la fuente por cualquier concepto.

4o. Ingresos recibidos para terceros.

Parágrafo. Para efectos de este decreto se entiende por "pago" lo efectivamente pagado o abonado en cuenta, según el sistema contable que el contribuyente utilice.

4o. Declárase la nulidad del inciso 2o. del artículo 9o. del Decreto 1495 de 1978. En consecuencia el artículo 9o. del mencionado decreto se leerá así:

"Las relaciones de que trata el artículo 4o. del presente decreto deberán entregarse a la Administración de Impuestos que corresponda al domicilio fiscal del declarante, dentro del plazo que se señale para presentar o adicionar la declaración de renta del año gravable al cual se refiere la información.

Se exceptúa la información sobre retenciones en la fuente de que trata el numeral 5o. del artículo mencionado, la cual deberá presentarse antes del 1o. de Marzo del año siguiente al gravable.

La información que se presente en las relaciones de que trata el artículo 4o. suplirá en lo pertinente a las informaciones que la ley o el reglamento exijan para presentar con la declaración de ranta.

Declárase la nulidad del artículo 11 del Decreto 1495 de 1978.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, junio veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra**

Referencia: Radicación 9672. Nulidad de los artículos 4, incisos 1 y 4, 9 y 11 del Decreto 1495 de 1978, Decreto 933 de 14 de abril de 1981 y circular 5 de mayo 4 de 1981.

Demandante: **Ruth Younes de Salcedo.**

La doctora Ruth Younes de Salcedo solicita la nulidad de las siguientes disposiciones: incisos 1o. y 4o. del artículo 4o. y artículos 9o. y 11 del Decreto 1495 de 1978. Igualmente pide se declare la nulidad del Decreto 933 de 1981 y de la Circular 005 de 1981 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

NORMAS ACUSADAS

El artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978 exige de los contribuyentes obligados a llevar contabilidad la presentación de una relación de los pagos a terceros que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT del tercero, bien sea que el pago constituya costo, deducción o compra de activos fijos o materias primas. El artículo 9o. del mismo decreto ordena entregar a la Administración las referidas relaciones dentro del plazo que se señale para presentar o adicionar la declaración.

Y agrega:

"La información que se presente en las relaciones de que trata el artículo 4o. suplirá en lo pertinente a las informaciones que la ley o el reglamento exigen presentar con la declaración de renta".

El artículo 11 prescribe:

"Artículo 11. La no presentación o la omisión de datos cuya relación es obligatoria se sancionará con la no aceptación de las deducciones o costos correspondientes, sin perjuicio de las adiciones al patrimonio del contribuyente a que haya lugar todo ello conforme a la ley.

"La omisión de ingresos que deban relacionarse se sancionará por inexactitud en la forma prevista en la ley, así como la omisión de créditos a favor, o la inclusión de pasivos inexistentes".

El Decreto 933 de 1981 establece:

"Con motivo de la respuesta a requerimiento ordinario o especial, o con ocasión del recurso de reconsideración, el contribuyente podrá demostrar por medio de su contabilidad llevada conforme a la ley, la veracidad de los hechos de que trata el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 y cuyas informaciones se hubieren omitido en la declaración o su adición".

Finalmente la circular 005 de 1981 establece:

"La Dirección General de Impuestos Nacionales en ejercicio de la facultad que le confiere la ley, de interpretar las normas tributarias, procede a explicar el contenido del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con el artículo 1o. del Decreto 933 de 1981.

"1. El artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 dispone, que para que sean aceptados como deducción los pagos o abonos en cuenta que constituyen rentas exclusivas de trabajo o rentas exclusivas de capital para sus beneficiarios, el contribuyente debe identificar en su declaración de renta a tales beneficiarios, con indicación del nombre, NIT, monto y cuantía del pago o abono.

'Agrega la norma que, salvo las excepciones que señala el reglamento, la única prueba que suple la omisión de tales requisitos es comprobar que el beneficiario de la ranta la había declarado con anterioridad al requerimiento o liquidación oficial del año por el cual se solicitó la deducción.

"2. El Decreto Reglamentario 933 del presente año, dispuso que con motivo de la respuesta al requerimiento ordinario o especial, o con ocasión del recurso de reconsideración, el contribuyente puede demostrar la información omitida de que trata el artículo 55 ya referido, por medio de su contabilidad llevada conforme a la ley.

"3. A efectos de dar cabal cumplimiento a las disposiciones atrás señaladas debe en primer lugar entenderse que la prueba exigida en tal evento deberá ser el certificado de Contador Público o de Revisor Fiscal, según el caso, en el cual se haga constar la contabilización de dichos pagos o abonos en cuenta, todo de conformidad con la Ley 145 de 1960.

"4. Que la anterior certificación debe ir acompañada de la copia debidamente certificada por el Contador o Revisor Fiscal, de cada uno de los asientos de contabilidad, los cuales como es obvio deben encontrarse ajustados a las normas legales vigentes.

"La anterior exigencia se hace con el ánimo de conservar la finalidad perseguida por el artículo 55 en cuestión, en la medida en que el objetivo buscado por éste es el de proporcionar a la Administración un medio idóneo y eficaz de investigación tributaria, pues de lo contrario, el espíritu de la norma se perdería.

"5. Igualmente se anexará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva en donde se haga constar la inscripción de los libros de contabilidad.

"6. No debe olvidarse que por mandato del artículo 1o. del Decreto 145 de 1960 el contador público que se encuentre en relación de dependencia laboral está inhabilitado para dar fe pública sobre actos que interesen a su empleador. De tal suerte que si la Ad-

ministración establece dicha relación de dependencia, deberá desestimar las mencionadas certificaciones, por carecer de valor probatorio, y en consecuencia, desconocerá las correspondientes deducciones.

"7. Por último, no sobra advertir que pese a lo anterior, la Administración conserva la facultad de constatar las certificaciones expedidas por los Contadores Públicos o los Revisores Fiscales, mediante la práctica de visitas contables a los libros del contribuyente.

"El funcionario que detecte cualquier anomalía o encuentre indicios que cuestionen la veracidad de lo certificado, solicitará la práctica de una visita contable. Si llegare a establecerse alguna irregularidad en tal sentido, el funcionario la pondrá en conocimiento de las oficinas competentes para que éstas procedan al rechazo de tales deducciones, lo mismo que deberá librar informe a la Junta Central de Contadores, para que se tomen las medidas del caso y sean aplicadas las sanciones pertinentes".

DISPOSICIONES VIOLADAS

La autora considera que los actos acusados violan los artículos 43, 44, 76-1, 120-1 y 2 de la Constitución Nacional, 23, 24, 33, 42 y 43 de la Ley 52 de 1977.

Entre sus argumentos se encuentran los siguientes:

"En efecto en su artículo 19 la Ley 52 de 1977 prescribe que la declaración tributaria deberá presentarse en los formularios y anexos oficiales que contienen dos clases de datos: los básicos, que constituyen propiamente la denuncia del hecho generador en cada tributo, con las informaciones necesarias para establecer su naturaleza y medida, es decir para determinar correctamente la base gravable y el tributo, y datos derivados de aquellos, que son puras operaciones matemáticas.

"En su artículo 33 la misma Ley reproduce la presunción de veracidad de los hechos declarados, como ciertamente lo hacía el Decreto 1651 de 1961: 'Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, *cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley exija* (Subraya la actora). Es decir que los datos básicos no requieren para su aceptación, en lo favorable o en lo desfavorable al declarante, ya que la ley no distingue otro requisito que la denuncia misma —ella constituye por excelencia el medio en que se basa la determinación del tributo— a menos que la Administración solicite al contibuyente comprar de manera especial algunos de ellos en uso de sus atribuciones de verificación de la exactitud de las declaraciones puntualizadas en el artículo 30, o que la ley someta su aceptación al cumplimiento de determinados requisitos formales, informaciones, o la presentación de pruebas propiamente dichas. Pero sólo la Ley puede exigirlos de manera general y abstracta; la Administración debe hacerlo siempre a través de sus requerimientos, en los casos individuales y concretos.

'A diferencia del régimen anterior, el artículo 34 de la Ley en cita despeja cualquier duda respecto de cuáles son los requisitos y pruebas que deben cumplirse en la declaración o sus adiciones.

'Los requisitos o pruebas correspondientes deberán cumplirse o presentarse junto con la declaración o sus adiciones CUANDO LA LEY LO EXIJA. SI NO EXISTE TAL EXIGENCIA, con la respuesta a los requerimientos administrativos previstos en la presente Ley, (Destaca la actora).

"El sentido del artículo transcrito no es otro que el de reservar para la potestad legislativa del poder, la exigencia general de requisitos o pruebas que deben cumplirse en

la declaración o sus adiciones. Del análisis contextual de la Ley 52 de 1977 se concluye que dicha norma no tiene otros propósitos como el que implícitamente le atribuyen los actos acusados, de señalar que si el contribuyente no cumple los requisitos legales en la declaración o sus adiciones haya lugar fatalmente a desconocer los hechos a los cuales se refieren, o a exigir plena prueba puesto que la misma ley permite subsanar la omisión espontáneamente, dentro del término de adición o fuera de él y aún más: obliga a la Administración a requerir al contribuyente indicándole cuáles requisitos dejó de cumplir y le permite satisfacerlos en su respuesta (artículos 23, 42, 43 y concordantes).

"Tal conclusión corresponde, además, al objetivo fundamental de la ley en cita llamada "El Estatuto del Contribuyente", de regular en forma más equitativa los correlativos deberes y derechos de los sujetos de la relación jurídica tributaria, asegurando los principios del debido proceso en forma que hiciera efectiva la defensa del sujeto pasivo —deudor— ante las facultades exorbitantes del sujeto activo que cumple el doble papel de acreedor y órgano encargado de ejecutar las normas sustanciales, equilibrio que no puede proyectarse mientras al Ejecutivo se le permita cambiar discrecionalmente las reglas del juego, según el criterio del Ministro, o del Director de Impuestos de turno, que suele llevar al Gobierno a extralimitaciones encaminadas a lograr del contribuyente lo que no pueden conseguir de sus subalternos en cuanto a la correcta y eficiente investigación tributaria".

Luego añade:

"Tanto el Decreto 1495 de 1978, artículos 9o. y 11, como el Decreto 933 de 1981 y la circular 005 del mismo año, establecen limitaciones temporales al cumplimiento de requisitos formales para la aceptación de datos básicos de las declaraciones y asignan consecuencias al hecho de que no se cumplan dentro de la oportunidad que señalen los mismos reglamentos, no previstas en Ley vigente, con increíble desconocimiento de las modificaciones introducidas por la Ley 52 de 1977, artículos 23, 34, 42, 43 y normas concordantes.

"Según el Decreto 1495 de 1978, si el contribuyente no presenta las relaciones que le exige en su artículo 4o. dentro de los términos señalados para formular la declaración o adicionarla, deberán entender los funcionarios no cumplido el requisito y 'sancionar' la omisión con el desconocimiento de las deducciones o costos correspondientes. El Decreto 933 de 1981 pretende desesperadamente revivir, so pretexto de reglamentarlo, el inciso 2o. del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, con posterioridad a su derogatoria tácita en razón de ser incompatible con las disposiciones de la Ley 52 de 1977.

"Para devolver a la Dirección de Impuestos Nacionales la herramienta legal que le permitió tradicionalmente efectuar el cruce de información entre declaraciones, conveniente para la ineficacia administrativa pero que contradecía elementales principios de justicia, por cuanto contradiciendo las previsiones sustanciales, hacía depender el establecimiento de la base gravable de que se suministraran a la Administración oportunamente las informaciones requeridas en el inciso 1o. del mismo artículo 55, se acude en el Decreto 933 de 1981 a la maniobra de adoptar por decreto la jurisprudencia que en torno de aquél desarrolló el H. Consejo de Estado, cuya aplicación supone lógicamente la vigencia de la norma, y no puede darse después de su derogatoria, ni podría adoptarse mediante reglamento en forma general y abstracta puesto que con ello resultan legislando la Administración y los jueces".

Para luego concluir:

"Muy distintas previsiones contiene la Ley 52 de 1977:

"a) El contribuyente está obligado a formular su denuncio tributario en los formularios y anexos oficiales, que, como es obvio, deben ceñirse estrictamente a las previ-

siones de la ley sustancial y no pueden contener exigencias distintas de las señaladas por normas procedimentales. En dicha denuncia deben consignarse todas las informaciones necesarias para establecer correctamente la base gravable y el tributo y cumplirse los requisitos que la Ley exige respecto de determinados datos básicos. (Artículos 15, 16, 18, 19, 27).

"No obstante las previsiones legales concernientes a la veracidad de las declaraciones y a la exigencia de requisitos especiales, la misma Ley permite modificarlas y completarlas dentro del trámite gubernativo. En materia de adición de las declaraciones la Ley 52 de 1977 distingue nítidamente lo que constituye modificación de datos básicos de lo que solamente atañe a los requisitos de aceptación de algunos de ellos:

'Artículo 23: Dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo establecido para la presentación de cada declaración *podrán modificarse los datos básicos del formulario.* Cuando la enmienda implique disminución de las bases gravables o aumento de los créditos, el contribuyente deberá demostrar los hechos que la justifiquen, salvo la corrección de errores literales o numéricos.

'*Vencido el término anterior, sólo se aceptarán adiciones que impliquen aumento de las bases gravables o disminución de los créditos.* Cuando la modificación sea espontánea la sanción por inexactitud se reducirá a una quinta parte.

'Parágrafo: se entiende por modificación espontánea la que se efectúe antes de practicarse requerimiento, citación o auto que ordene inscripción contable' (Subrayados de la demandante).

"Como se ve, la única posibilidad de adición de las declaraciones, que la ley limita al término de seis (6) meses, es la de cambiar, modificar los datos básicos, o sea aquellos que conforman la denuncia del hecho gravable, sin lugar a sanción por inexactitud, y la de disminuir las bases gravables o el tributo. Las adiciones que tengan por objeto cumplir requisitos omitidos, consignar aclaraciones, acompañar certificados, no están incluidas dentro de ese límite temporal. Tales requisitos pueden cumplirse espontáneamente después de los seis meses, sin que de no haberlos cumplido antes se deriven mayores exigencias probatorias, inclusive la Administración no puede desconocer los hechos declarados en razón de no haberse satisfecho aquellos, sin haber requerido previamente al afectado, indicándole precisamente las exigencias que omitió, y el contribuyente está autorizado para subsanar sus omisiones en la respuesta de tales requerimientos, sin distinción alguna, según los artículos 42 y 43 de la ley en cita:

'Artículo 42: Antes de efectuar la liquidación de revisión, la Administración enviará al contribuyente, por una sola vez, un requerimiento especial que contenga TODOS LOS PUNTOS que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta. Serán nulas las liquidaciones de revisión practicadas sin que medie el requerimiento especial de que trata este artículo.

'Artículo 43: Dentro del plazo de tres (3) meses, *el contribuyente deberá formular por escrito sus objeciones, presentar pruebas, solicitar las que requieran ser practicadas por la Administración y cumplir requisitos formales omitido*'. (Destaca la demandante).

"¿Cuáles son las pruebas o requisitos cuya omisión puede subsanarse en esta oportunidad? Analizando el contexto de la Ley en cita, en armonía con las normas anteriores que dejó vigentes por no ser incompatibles con sus disposiciones, resulta claro que son aquellos que la ley exige cumplir en las declaraciones, para la aceptación de los hechos que pretenden desconocerse o 'rechazarse' como dicen los funcionarios de impuestos

en sus requerimientos, hechos, requisitos y pruebas que deben estar expresa y concretamente puntualizados en cada requerimiento, con cita de las normas en que la Administración se basa".

VISTA FISCAL

La señora fiscal sexto ante esta Corporación, al emitir su valiosa y profunda vista de fondo, divide los cargos en tres grupos:

1. Considera que el artículo 4o. inciso 1 y 4 del Decreto 1495 de 1978 ha violado las normas acusadas porque el reglamento exigió a los contribuyentes requisitos no previstos en las normas sustanciales de los impuestos y porque no existe autorización legal para establecer nuevos requisitos.

He aquí algunos de sus comentarios más destacados:

"El primer numeral acusado se dirige a los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad y les exige presentar anualmente a la Dirección General de Impuestos Nacionales, una relación de los siguientes datos contables: '1. Pagos a terceros que dentro de la contabilidad deban estar identificados con el NIT del tercero y que constituyan costos, deducciones o compras de activos fijos o materias primas'.

"El estatuto sustantivo tributario en relación con pagos a terceros establece como requisito 'para la aceptación de expensas necesarias' que se identifique a los beneficiarios de los pagos o abonos en cuenta que constituyan rentas exclusivas de trabajo o rentas exclusivas de capital para quien las recibe. (Artículo 55 Decreto 2053 de 1974)'. e igual condición exige para la aceptación de costos o inversiones amortizables cuando dentro de ellos existan pagos o abonos en cuenta que correspondan a conceptos respecto de los cuales obliga el cumplimiento de requisitos para su deducción (artículo 57 ibídem).

"Es evidente que esta disposición no incluye los pagos o abonos en cuenta por concepto de compras de activos fijos o materias primas ni por deducciones o costos que no constituyan rentas exclusivas de trabajo o exclusivas de capital para los beneficiarios y en consecuencia, como lo afirma la actora, el reglamento excedió la norma sustancial al exigir la relación e identificación de terceros respecto a deducciones y costos en general y específicamente a compras de activos fijos y materias primas.

"El segundo numeral acusado, o sea el 4 del artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978, también está dirigido a los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad y se refiere a la relación de: '4. Créditos a favor que dentro de la contabilidad deban estar discriminados con identificación del deudor'.

"Para los créditos activos el estatuto sustancial exige identificación del deudor a los contribuyentes no obligados a llevar libros de contabilidad (artículo 3o. del Decreto 2821 de 1974) por lo cual quedan excluidos de la exigencia a *contrario sensu,* los obligados a llevar contabilidad, a los cuales se refiere la norma acusada. Tambien es evidente entonces que en este aspecto el reglamento excedió la norma sustancial".

Y luego añade:

"No obstante, el inciso tercero del artículo 55 solamente ofrece base legal al numeral 1 del artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978 en cuanto a la obligación de relacionar gastos a abonos en cuenta deducibles, (constituyan o no rentas exclusivas de trabajo o de capital) toda vez que la autorización otorgada al gobierno no fue concreta y limitada a 'seña-

lar taxativamente otros pagos no especificados en este artículo, para cuya *deducción* sea obligatorio identificar a los beneficiarios', (destaca la fiscalía). En forma alguna la autorización podía ser utilizada como soporte a las nuevas exigencias del reglamento sobre costos, compras de activos fijos o materias primas y créditos activos.

"Como consecuencia de las anteriores consideraciones debemos concluir que habiendo desbordado las disposiciones acusadas las provisiones de las normas sustanciales y no existiendo autorización legal que le permitiera hacerlo, el ejecutivo excedió sus facultades por lo cual opinamos que debe accederse a las súplicas de la demanda, salvo en cuanto el numeral 1o. se refiere a la relación de pagos deducibles y a los costos que puedan enmarcarse dentro de lo previsto en el artículo 57 del Decreto 2053 de 1974".

2. Considera la señora agente del Ministerio Público que el artículo 11 del Decreto 1495 de 1978 viola las normas que se consideran quebrantadas porque impone sanciones no previstas en las normas legales.

Dice así la señora fiscal:

"La Fiscalía comparte la apreciación expresada en el auto de suspensión, pues considera que el reglamento no puede establecer una sanción que no impuso la ley sustancial. De acuerdo con el estatuto tributario la consecuencia de la omisión de requisitos es el rechazo o desconocimiento de las partidas correspondientes, a menos que la omisión se subsane con posterioridad, bien cumpliendo los requisitos omitidos cuando sea permitido, o bien probando los hechos cuando ello se exija. Pero en parte alguna se impone sanción de desconocimiento que, como pena, implica que no se pueda obviar ni aun cumpliendo los requisitos o probando los hechos.

"Sólo a partir de la expedición del Decreto 3803 de 1982 se estableció sanción para la omisión en la identificación de las personas de las cuales se devengan ingresos y para la no identificación de los beneficiarios de costos, deducciones y descuentos, aplicable esta última junto con el desconocimiento de las partidas afectadas con la omisión y sin perjuicio de que con posterioridad se subsane la omisión.

"La disposición acusada en nuestro sentir, debe ser anulada".

3. Por el contrario la señora fiscal considera que deben denegarse las súplicas de la demanda en cuanto a las presuntas violaciones legales a que hace referencia la demanda sobre el artículo 9o. del Decreto 1495, al Decreto 933 de 1981 y a la circular 005 de 1981 porque considera que en todos esos casos las normas acusadas coinciden con el régimen legal.

He aquí alguna de sus apreciaciones:

"Si como consecuencia de lo anotado en el punto anterior, solamente quedaría como válida la exigencia del reglamento respecto a gastos deducibles y a los costos previstos en el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, la limitación en el tiempo a que se refiere el artículo 9o. hasta el vencimiento del plazo para adicionar la declaración sustancial reglamentada, como quiera que el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 exige la identificación de tales pagos EN LA DECLARACION DE RENTA debiéndose entender que puede hacerse en la propia declaración o en su adición aportuna, pues ésta hace parte integrante de la declaración.

"Esta limitación en vigencia de la Ley 52 de 1977 se extiende hasta los seis meses siguientes al vencimiento del plazo establecido para la presentación de cada declaración, conforme al artículo 23, de cuyo texto no se puede inferir, como lo hace la actora, que las

únicas adiciones que tienen límites temporal son las que modifican los datos básicos. Podría deducirse más bien que las únicas adiciones permisibles son las que modifican los datos básicos, pero la concordancia con el parágrafo del artículo 25 ibídem, nos lleva a la interpretación correcta: toda comunicación escrita *presentada dentro del plazo de seis meses siguientes* al vencimiento del término para presentar la declaración constituye una adición, pero solamente aquellas que modifiquen datos básicos se tendrán en cuenta para la aplicación del término que conforme al artículo 41 tiene la Administración para revisar la liquidación privada del contribuyente.

"Y es obvio que vencido el plazo para adicionar, si el tributante no ha presentado la relación, se entienda no cumplido el requisito, salvo, claro está, que la información se haya incluido en la declaración o su adición, pues como lo señala el inciso 4 del artículo 9o. la relación es supletoria de las informaciones que la ley exige presentar con la declaración.

"La previsión de darse por no cumplido el requisito fue suspendida provisionalmente por contrariar los artículos 42 y 43 de la Ley 52 de 1977. Consideramos sin embargo, que la contradicción es sólo aparente, toda vez que mientras el inciso 2o. del artículo 9o. dispone que vencido el plazo que la ley sustancial otorga para cumplir con el deber de informar sobre los beneficiarios de pagos, sin que la información se haya presentado, se entenderá *no cumplido el requisito,* el artículo 42 de la ley ordena que antes de efectuar la liquidación de revisión la Administración requiera al contribuyente manifestándole los puntos de su liquidación privada que se propone modificar y las razones para ello, que bien pueden ser el *no haber cumplido* con los requisitos de la ley sustancial para la deducibilidad de pagos a terceros. Igualmente el artículo 43 faculta al contribuyente a cumplir con la respuesta al requerimiento con los *requisitos omitidos* y sólo pueden considerarse omitidos aquellos *que no se cumplieron* en la oportunidad que señala la ley sustancial, o sea con la declaración o su adición.

"Consideramos por tanto que la disposición acusada no solamente no contraría la norma sustancial ni las de procedimiento, sino que coincide con ellas y por tanto que debe denegarse su nulidad".

Y más adelante agrega refiriéndose al Decreto 933 de 1981 y a la Circular 005 de ese mismo año:

"Por otra parte, tampoco es cierto que conforme al artículo 43 de la Ley 52 de 1977 el tributante pueda cumplir los requisitos del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 con la respuesta al requerimiento y sin que ello implique mayores exigencias probatorias. Esta interpretación pugna con la norma sustancial por desconocer las condiciones expresas y específicas que ella impone para la aceptación de deducibles y por ello debe estimarse equivocada.

"La interpretación del artículo 43 de la Ley 52 de 1977 debe ajustarse a la norma sustancial y conciliarse con lo previsto por el artículo 34 de la misma ley que dispone que "*los requisitos* y pruebas correspondientes deberán cumplirse junto con la declaración o sus adiciones *cuando la ley lo exija. Si no existe tal exigencia, con la respuesta a los requerimientos administrativos, previstos en la presente ley*". (Destaca la fiscalía).

"Y con el artículo 33 que prescribe: "Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas *o en las respuestas a requerimientos administrativos, cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija*". (Destaca la fiscalía).

"La interpretación correcta sería entonces que puede el contribuyente con la respuesta a los requerimientos cumplir requisitos omitidos, siempre que la ley sustancial no lo prohiba expresamente o exija subsanar la omisión presentando pruebas. Y como en el caso específico del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, se dispone 'salvo las excepciones que señale el reglamento, la omisión de cualquiera de estos requisitos *solo puede suplirse comprobando* que el beneficiario de la renta la había declarado con anterioridad al requerimiento hecho al contribuyente ... ', es obvio que este tipo de requisitos no puede complirse con la respuesta al requerimiento sin mayores cargas probatorias, pues no opera para ella la presunción de veracidad, si es la misma ley la que exige probar.

"En este sentido ha sido más explícita la nueva ley, en el artículo 17 del Decreto 3803 de 1982 que aclaró la situación permitiendo en la respuesta al requerimiento'....presentar pruebas, *subsanar las omisiones que permita la ley*, solicitar.....' (subraya la fiscalía).

"En este entendimiento, debemos concluir que el Gobierno mediante el Decreto 933 de 1981 reglamentó válidamente el inciso segundo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 ejerciendo la facultad de establecer excepciones que le atribuyó la misma disposición, para ampliar la forma de subsanar la omisión de requisitos que en el decreto legislativo había sido restringida a una prueba casi imposible de aportar.

"Valen aquí los argumentos del H. Consejo de Estado anteriormente transcritos; el Decreto reglamentó la ley tributaria sustancial, sus disposiciones se integran a ella y no pueden desconocerse so pretexto de aplicar una norma de procedimiento instituida precisamente para la efectividad de la ley sustancial.

"El cargo que se aduce de violación del artículo 37 de la Ley 52 de 1977 no es valedero, toda vez que tanto el Decreto 933 de 1981 como la Circular 005 del mismo año se refieren a tema diferente al tratado por el artículo 37. Este trata de la prueba de inspección contable que puede practicar la Administración para verificar la exactitud de los datos declaratorios o la existencia de hechos no denunciados, y el Decreto y la Circular se refieren a la prueba contable que debe presentar el contribuyente cuando a él corresponde la carga de probar.

"Se debe negar en consecuencia, la declaratoria de nulidad del Decreto 933 de 1981.

"Con relación a la Circular 005 de 1981 de la Dirección General de Impuestos, como los cargos contra ella son los mismos que se adujeron contra el Decreto 933 de 1981, sólo nos queda por agregar que mediante ella simplemente se transcribieron las reglas a las cuales debe ceñirse la prueba contable que el contribuyente aporte acogiéndose al Decreto 933 de 1981, interpretando las exigencias que sobre el particular contiene la Ley 145 de 1960. No presperan contra ella los cargos de nulidad imputados por la demandante.

"Solicitamos por tanto, que se denieguen las súplicas de la demanda respecto a la Circular 005 de 1981".

Para resolver se considera:

Cabe anotar como cuestión previa que parte de las normas acusadas han sido modificadas por nuevos reglamentos. Igualmente parte de las normas que se dicen violadas, especialmente las referentes a la Ley 52 de 1977, han sido modificadas por recientes estatutos legales, especialmente por el Decreto Legislativo 3803 de 1982 y por la Ley 9a. de 1983.

Sin embargo, es pertinente y válido entrar a decidir sobre las pretensiones de la demanda pues aun cuando para el momento de la decisión se han modificado las reglas del juego, en alguna oportunidad y para casos concretos tanto las normas acusadas como las que se dicen violadas tuvieron aplicación y generaron situaciones jurídicas susceptibles de ser afectadas por cualquier decisión que aquí se adopte. Aun cuando el reglamento puede convalidarse frente a las nuevas disposiciones legales del Decreto 3803 de 1962 su anulación sería pertinente, en caso de darse violación de la ley, en lo que respecta a situaciones concretas regidas por tales normas.

Por razones de orden lógico la sala entra a estudiar separadamente los actos acusados:

1) Artículo 4o. numerales 1 y 4 del Decreto 1495 de 1978

Anota la señora fiscal que la norma reglamentaria acusada ha excedido a la ley reglamentada. Mientras aquélla establece la obligación de identificar a los beneficiarios de un pago cuando éste es constitutivo de costo o deducción, aquélla lo extiende a todo pago incluyendo la compra de activos fijos o de materia prima.

La sala acoge en este punto el criterio de la señora agente del Ministerio Público: ciertamente que normas legales posteriores establecieron la obligación de indicar el número de identificación tributaria de los contribuyentes que hacían compras. No obstante no es aplicable al régimen vigente cuando se dictó el reglamento acusado. Prospera por tanto la pretensión de la actora, pero sólo en cuanto a las expresiones "o compras de activos fijos o materias primas" del numeral 1o. del artículo 4o. y en cuanto al numeral 4o. del mismo artículo.

En un caso parecido el Consejo de Estado declaró la nulidad del numeral 2o. del mismo artículo 4o. del Decreto 1495 con los siguientes argumentos: (Expediente 5785 Conductor, Bernardo Ortiz Amaya — sentencia 18 de octubre de 1979).

"El Decreto 1495 de 1978 acusado parcialmente dice reglamentar los Decretos Legislativos números 2053, 2348 y 2821 de 1974 y modificar el Decreto Reglamentario 2998 de 1977.

"Es cierto que la fecha del mencionado decreto es posterior a la de la Ley 52 de 1977 pero no se puede desconocer que mientras el primero reglamenta normas de carácter general y sustancial del estatuto tributario la segunda dicta disposiciones para la aplicación en cuanto a su procedimiento de las normas sustanciales de ese mismo estatuto.

"En otras palabras, el decreto reglamentario busca la forma de aplicar los ordenamientos legales sustanciales del régimen tributario y la Ley 52 de 1977 establece el régimen de procedimiento aplicable a nivel administrativo para hacer efectivas las normas sustanciales tributarias.

"En ese entendido, no puede pensarse que el decreto reglamentario desarrolle normas de la Ley 52 de 1977 ni que esta ley esté modificando disposiciones sustanciales establecidas por decretos legislativos que tienen igual jerarquía y que constituyen el estatuto tributario propiamente dicho.

"Por eso al hablar el artículo 15 de la Ley 52 de 1977 de lo que debe contener la declaración tributaria no hace cosa distinta que sistematizar lo que las normas sustanciales han establecido en los Decretos Legislativos números 2053, 2348 y 2821 de 1974 y normas reglamentarias.

"Pero como se dijo en el auto en que se decretó la suspensión provisional esas normas sustanciales no establecen la obligación de efectuar una relación discriminada de los ingresos para los contribuyentes que están obligados a llevar libros de contabilidad y por eso mismo los anexos oficiales a que se refiere el literal b) del artículo 15 de la Ley 52 de 1977 sólo deben buscar la información necesaria para obtener los datos básicos que exigen las normas específicas de cada tributo y por ende el contribuyente no está obligado a suministrar información adicional diferente a la que la propia ley ha señalado en el estatuto tributario correspondiente".

Los argumentos de aquella oportunidad son igualmente aplicables al caso en los límites que atrás se comentaron.

2. Artículo 9o. del Decreto 1495 de 1978

A pesar de los interesantes apartes del concepto de la señora fiscal la sala discrepa de ellos y al reflexionar sobre lo dicho por ella llega a las siguientes conclusiones:

El tenor de los artículos 42 y 43 de la Ley 52 de 1977 es claro cuando anota que en el escrito del contribuyente de respuesta al requerimiento especial podrán *cumplirse los requisitos formales omitidos.* (Subraya la sala). El reglamento puede señalar los plazos ordinarios para el cumplimiento de los requisitos formales que como queda dicho por la señora agente del Ministerio Público es el mismo que tiene el contribuyente para presentar su denuncio rentístico o para adicionarlo. Sin embargo, si la ley expresamente autoriza al contribuyente para que cumpla requisitos formales omitidos con ocasión de la respuesta del requerimiento especial, no es lícito negarle validez a esta posibilidad que la propia ley autoriza al contribuyente. Por ello no es legal el texto del inciso 2o. del artículo 9o. del Decreto 1495 de 1978. El resto del artículo se ajusta a derecho como bien lo observa la señora agente del Ministerio Público.

3. Artículo 11 del Decreto 1495 de 1978

Establece esta norma una sanción lo que, como bien lo anota la señora fiscal ante esta Corporación, claramente excede la facultad del ejecutivo. Sólo la ley puede establecer sanciones. Resulta además impropio que el reglamento establezca una sanción por un hecho que puede subsanarse con ocasión del requirimiento especial. Sobre este punto la sala coincide enteramente con el criterio de la actora y de la señora agente del Ministerio Público y procederá por consiguiente a decretar la nulidad del artículo 11 del reglamento acusado.

4. Decreto 933 de 1981 y Circular 005 de 1981

No encuentra la sala violación legal alguna. En verdad el Decreto 933 de 1981 ha sido desarrollo de doctrina jurisprudencial de esta misma Corporación al permitir la utilización de la prueba contable como elemento de juicio fundamental en la tasación del tributo: es desarrollo directo de las normas legales que dan validez plena a la contabilidad debidamente respaldada por comprobantes internos y externos. Esta breve reflexión así como las muy atinadas consideraciones de la señora agente del Ministerio Público llevan a la sala a desestimar el cargo.

En consecuencia al 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. Declárase la nulidad de la frase "o compras de activos fijos o materias primas" contenida en el numeral 1o. del artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978.

2. Declárase la nulidad del numeral 4o. del artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978.

3. En consecuencia el artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978 se leerá así:

"A partir del año gravable de 1978 los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad deberán presentar anualmente a la Administración de Impuestos Nacionales una relación de los siguientes datos contables del año respectivo:

"1. Pagos a terceros que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT del tercero y que constituyen costo o deducción.

"2. Pasivos de cualquier índole que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT del acreedor.

"3. Retenciones en la fuente por cualquier concepto.

"4. Ingresos recibidos para terceros.

"Parágrafo. Para efectos de este decreto se entiende por 'pago' lo efectivamente pagado o abonado en cuenta, según el sistema contable que el contribuyente utilice".

4. Declárase la nulidad del inciso 2o. del artículo 9o. del Decreto 1495 de 1978. En consecuencia el artículo 9o. del mencionado decreto se leerá así:

"Las relaciones de que trata el artículo 4o. del presente decreto deberán entregarse a la Administración de Impuestos que corresponda al domicilio fiscal del declarante, dentro del plazo que se señale para presentar o adicionar la declaración de renta del año gravable al cual se refiere la información.

"Se exceptúa la información sobre retenciones en la fuente de que trata el numeral 5o. del artículo mencionado, la cual deberá presentarse antes del 1o. de marzo del año siguiente al gravable.

"La información que se presente en las relaciones de que trata el artículo 4o. suplirá en lo pertinente a las informaciones que la ley o el reglamento exijan para presentar con la declaración de renta".

5. Declárase la nulidad del artículo 11 del Decreto 1495 de 1978.

6. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

CAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES

DE DECRETOS DEL GOBIERNO

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Al exigir el Decreto 3070 de 1983, artículo. 6o. inciso 2o, a las asociaciones "de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro" que no desarrollen actividades comerciales industriales o de servicios para quedar exentas del impuesto de industria y comercio, está agregando una condición no contenida en la ley reglamentada (Ley 14 de 1983), que altera, modifica o adiciona el alcance de la misma.

Suspéndese provisionalmente los efectos del inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 3070 de noviembre 3 de 1983.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.—Sección Cuarta—. Bogotá D.E., enero treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).
Consejero Ponente: **Dr. Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 10.866

Actor: **Asociación Colombiana de Hospitales.**

Por hablarse ajustada a derecho deberá admitirse la demanda que en ejercicio de la acción pública de nulidad formula el ciudadano abogado Rodrigo Noguera Laborde en su propio nombre y en su condición de apoderado especial de la ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES, para obtener la nulidad del inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto Reglamentario Número 3070 del 3 de noviembre de 1983.

Simultáneamente el actor solicita la suspensión provisional de la norma acusada por considerar que ella viola en forma flagrante y ostensible el numeral 2o. literal d) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y en forma indirecta el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional lo mismo que el artículo 76 de la misma obra.

Las razones para solicitar la nulidad y fundamentar la petición de suspensión provisional las expone así el actor:

"En efecto, la disposición legal citada prohibió a los Departamentos y Municipios gravar con el impuesto de Industria y Comercio, *sin subordinación a condición de ninguna especie,* a las entidades sin ánimo de lucro que esa misma disposición enumera.

"La norma reglamentaria acusada, en cambio, *fijó una condición* para que dichos establecimientos o instituciones gocen de esa exención, a saber: que no ejerzan actividades industriales, comerciales o de servicio.

"Luego, evidentemente esta última respecto de la cual pido la nulidad, modificó, por que la adicionó, la ley reglamentada, con lo cual la quebrantó abiertamente.

"Y quebrantó también el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución, porque la potestad reglamentaria está orientada únicamente a señalar los medios para el cumplimiento de las leyes, pero no a modificarlas adicionándolas o recortándolas, con ocasión de ello.

"El Gobierno, pues, al expedir la norma acusada asumió funciones reservadas al legislador —a quien compete expedir las leyes, derogarlas, modificarlas o interpretarlas— y, por lo mismo, violó también el artículo 76 de la Carta, y otros muchos que no vale la pena mencionar porque bastan los citados para los fines de esta demanda.

"Al subordinar a las condiciones mencionadas la exención del impuesto de industria y comercio establecida por la ley en beneficio de las instituciones de utilidad común, la disposición de cuya nulidad se trata vino implícitamente a derogar esa exención, porque se comprende que las instituciones de utilidad común se crean precisamente para la *prestación de servicios* a la comunidad. Un hospital, por ejemplo, creado como institución de utilidad común porque entre sus objetivos no esté el lucro de sus fundadores, se establece para prestar servicios relacionados con la salud, lo cual no quiere decir, digámoslo de paso, que no cobre por esos servicios, porque puede hacerlo, aplicando esos recaudos para sus fines, sin que pierda su naturaleza de entidad de utilidad común. Igualmente, una entidad de beneficencia —por ejemplo, una guardería infantil— puede ejercer una actividad industrial, a cargo de sus protegidos, como medio de enseñanza, sin que pierda tampoco su índole.

"Pero ocurre que de acuerdo con la disposición acusada, si tales instituciones desarrollan actividades de servicio, industriales o comerciales, pierden el carácter de instituciones de utilidad común, o en todo caso, quedan sujetas al gravamen de industria y comercio, a pesar de que la ley no ha dicho eso, ni lo ha querido".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El texto completo del artículo 6o. del Decreto 3070 de 3 de noviembre de 1983 que incluye el inciso 2o. cuya nulidad se pide, es el siguiente:

"Artículo 6o. Para que las entidades sin ánimo de lucro previstas en el literal d) del numeral 2o. del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 puedan gozar del beneficio a que el mismo se refiere, presentarán a las autoridades locales la respectiva certificación con copia auténtica de sus estatutos.

"Cuando dichas entidades desarrollen actividades industriales, comerciales o de servicio se causará el impuesto de industria y comercio sobre los ingresos brutos del establecimiento correspondiente a tales actividades liquidado como establece el artículo 33 de la Ley 4a. de 1983".

Por otra parte el literal d) del numeral 2o. del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, al relacionar las prohibiciones de imponer el impuesto de industria y comercio a determinados casos dice:

"d) La de gravar con el impuesto de industria y comercio los establecimientos educativos públicos, las entidades de beneficencia, las culturales y deportivas, los sindicatos, las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud".

Resulta claro que el literal transcrito hace referencia a las asociaciones "de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro", sin distinguir el tipo de actividades que puedan desarrollar dichas asociaciones, y naturalmente al exigir el decreto que dichas entidades no desarrollen actividades comerciales, industriales o de servicios para quedar exentas del impuesto de industria y comercio, está agregando una condición no contenida en la Ley reglamentada, que altera modifica o adiciona el alcance de la misma.

Como del simple cotejo hecho anteriormente resulta clara la violación de norma de superior jerarquía por parte del inciso 2o. del artículo 6o. del decreto reglamentario No. 3070 de 1983, se reúnen las condiciones previstas en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo y en consecuencia deben suspenderse provisionalmente los efectos de la norma acusada.

En consecuencia se Resuelve:

1. Admítese la demanda de nulidad instaurada por el doctor Rodrigo Noguera Laborde en su propio nombre y en su condición de apoderado especial de la ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES, contra el inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto Reglamentario No. 3070 del 3 de noviembre de 1983.

2. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

3. Comuníquese el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4. Reconócese al Doctor Rodrigo Noguera Laborde, como apoderado especial de la ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES en los términos y para los efectos del poder conferido.

5. 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 prueba y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

6. Suspéndese provisionalmente los efectos del inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 3070 de 3 de noviembre de 1983.

Cópiese y notifíquese.

Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE.— Suspensión provisional de la frase siguiente del artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983: "y de contratos de prestación de servicios de contrucción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta. — Bogotá D.E., febrero diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 10.793

Actor: **Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores. Autoridades Nacionales. Nulidad y Suspensión provisional.**

La Asociación de Ingenieros Constructores —ACIC— por medio de apoderado judicial promueve acción de Nulidad para que previo el procedimiento legal se declare por sentencia definitiva que es nula la parte del artículo 7o. del Decreto 2775 del 28 de sep-

tiembre de 1983, que dice: "y de contratos de prestación de servicios de construcción, de urbanización y en general de obra material de bien inmueble". Funda su petición en que la norma reglamentaria, sólo podía determinar los porcentajes de retención en la fuente a las actividades previstas por las normas reglamentadas que lo son el artículo 31 de la Ley 20 de 1979 y 62 del Decreto 3803 de 1982, pero en ningún caso podía señalar actividades distintas a las que se les aplicaría el sistema de retención en la fuente, como en efecto lo hizo, al extenderlo a los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho, por concepto de contratos de construcción, urbanización y en general de bienes inmuebles, violando normas superiores, y, a su vez los artículos 81 y 63 del Decreto 222 de 1983, por pretender asimilar a servicios, otros contratos como el de obras públicas, y reglamentaciones relativas a otra clase de contratos con los que establece confusión. Por último agrega el libelista que incurrió el Gobierno en abuso de poder por carecer de competencia para establecer los conceptos sobre los que recae la retención, invadiendo competencias propias del legislador, transgrediendo en consecuencia, los artículos 55, 76, y 120 ordinales 2 y 3 de la Carta Política.

Como la demanda reúne los requisitos legales se procederá a su admisión y como además solicita la suspensión provisional de la norma acusada se procede a su estudio.

De acuerdo con el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo cuando la acción instaurada es la de simple nulidad, para que proceda la suspensión provisional del acto o providencia acusada basta con que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho por parte de aquélla, la que debe aparecer ostensiblemente, sin necesidad de entrar a discurrir lógicamente para demostrar la oposición entre las normas en conflicto, según reiterada Jurisprudencia de esta Corporación, por lo que no se decretará la suspensión cuando en la simple comparación textual no aparezca la violación flagrante.

Así las cosas a continuación se transcribirán la norma acusada y las que se consideran quebrantadas por el libelista:

Del Decreto 2775 de 28 de septiembre de 1983: en la parte subrayada que dice:

"Artículo 7. El porcentaje de retención en la fuente a titulo de impuesto de Renta sobre pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de servicios prestados por las denominadas empresas de servicios temporales *y de contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble,* será del dos (2) por ciento del valor bruto del pago o abono en cuenta cuando éste se haga a una sociedad anónima o asimilada y del uno (1) por ciento en los demás casos".

El artículo 31 de la Ley 20 de 1979, inciso segundo del parágrafo dice:

"Artículo 31. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 139 de enero 25 de 1979...

"Parágrafo.

"El Gobierno determinará mediante decreto los porcentajes de retención, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 2o. de la Ley 38 de 1969, sin que en ningún caso sobrepasen el (20) veinte por ciento del respectivo pago".

Y el artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, que dice:

"Establécese una retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que efectúen las personas jurídicas y sociedades de hecho, por concepto de rendimientos financieros, tales como intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general,

lo correspondiente a rendimientos de capital o a diferencias entre valor presente y valor futuro de éste, cualesquiera sean las condiciones o nominaciones que se determinen para el efecto.

"En el caso de títulos con descuentos, tanto el rendimiento como la retención se causan en el momento de la enajenación del respectivo título, sobre la diferencia entre el valor nominal del título y el de colocación o sobre la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación, cuando este último fuere inferior al de adquisición.

"En el evento de que el título sea redimible por un valor soperior al nominal, este exceso se agregará a la base sobre la cual debe aplicarse la retención.

"La retención en la fuente se extiende también a los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos.

"En caso de arrendamientos, cuando existiere intermediación, quien recibe el pago deberá expedir a quien lo efectuó, un certificado en donde conste el nombre y NIT del respectivo beneficiario y, en tal evento, la consignación de la suma retenida se hará a nombre del beneficiario".

El artículo 31 de la Ley 20 de 1979 sobre el mismo particular expresa:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 139 de enero 25 de 1979 las personas jurídicas que efectúen pagos en dinero o en títulos representativos de éste por concepto de intereses, deberán retener en dinero al momento de efectuar el pago a título de impuesto sobre la Renta y Complementarios el cinco (5%) por ciento del total del respectivo pago".

SE CONSIDERA:

Hecha la confrontación de las normas en conflicto, a saber, el artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2775 de septiembre 28 de 1983 con las normas de superior jerarquía que también fueron transcritas, se tiene que evidentemente el artículo 7o. del Decreto 2775 de septiembre 28 de 1983 introdujo un concepto nuevo que no existía en la Ley 20 de 1979 ni en el Decreto 3803 de 1983, como objetos de retención en la fuente al señalar además como sujetos a retención en la fuente los pagos por contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble, por lo cual asiste razón al actor y procede decretar la suspensión provisional de la frase del artículo 7o. que dice:

"Y de contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obras materiales de bien inmueble".

Por lo expuesto,

SE DECIDE:

1. Admítase la demanda.

2. Notifíquese al Señor Fiscal.

3. Notifíquese a la Directora General de Impuestos Nacionales.

4. Comuníquese al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

5. Fíjese en lista por término legal.

6. Se decreta la suspensión provisional de la frase siguiente del artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983: "y de contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble".

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

NOTARIOS. EDAD DE RETIRO FORZOSO.— Suspéndese provisionalmente el artículo. 75 del Decreto 2148 de 1983, expedido por el Señor Presidente de la República.

CONSEJO DE ESTADO — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Segunda —. Bogotá D. E., quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello**

Proyecto: **Doctor José Gabriel Salom, Abogado Asistente**

Referencia: Expediente No. 10.548 Decretos de Gobierno

Actor: **Jorge Edgardo González Vidales.**

El doctor JORGE EDGARDO GONZALEZ VIDALES, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, solicita la nulidad del artículo 75 del Decreto Reglamentario 2148 de agosto 1o. de 1983, en virtud del cual se reglamenta la Ley 29 de 1973 y los Decretos extraordinarios 960 y 2163 de 1970.

Como la demanda reúne las exigencias legales habrá de admitirse y teniendo en cuenta que en ella se solicita la suspensión provisional de la norma impugnada se procede a decidir lo conducente previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Según reiterada jurisprudencia de esta Corporación "la benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando, en tratándose de la acción pública, popular o ciudadana, aparece un choque manifiesto, claro, patente, ostensible, entre el acto acusado y una norma de carácter superior que deba respetarse".

Ahora bien, para establecer si la disposición acusada rebasa la norma reglamentada, basta la simple confrontación de una y otra, a fin de poder determinar la existencia o inexistencia de la ostensible violación que se predica en la demanda.

Al respecto se tiene:

En virtud de lo dispuesto por la norma enjuiciada se establece como edad de retiro forzoso para los Notarios la de 70 años y la misma disposición señala igualmente la forma de proceder cuando el funcionario llega a esa edad.

A su turno el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso Nacional al Presidente de la República por medio de la Ley 65 de 1967, fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para los empleados públicos.

Efectuando la confrontación correspondiente, de la norma contenida en la Ley y en el Decreto Reglamentario, se ve claramente que en la primera se señala como edad de retiro forzoso la de 65 años y en la segunda, o sea la reglamentaria, se amplió el contenido de la ley, ya que en ella se dispuso que la edad de retiro forzoso para los Notarios sería de 70 años, desbordando de esta manera la potestad reglamentaria de que está investido el Presidente de la República.

La anterior afirmación encuentra aun mayor respaldo si se tiene un cuenta que el Notario es un empleado público, sujeto al régimen de los Decretos 3135 de 1968 que regula las prestaciones sociales de los empleados públicos y del Decreto 2400 de 1968 que señala la edad de 65 años para su retiro forzoso, tal como lo decidió la Sala Plena de la Corporación en sentencia de 22 de octubre de 1981, con ponencia del H. Consejero Ignacio Reyes Posada.

En consecuencia, la norma reglamentaria desbordó la potestad correspondiente consagrada en el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional que no permite al Presidente de la República modificar las leyes, sino expedir las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para su cumplida ejecución.

Lo brevemente expuesto constituye fundamento suficiente para decretar la suspensión provisional del artículo 75 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983, en cuanto estableció como edad de retiro forzoso para los Notarios, la de 70 años, como en efecto se dispone por medio de la presente providencia.

En merito de los expuesto, se

RESUELVE:

Primero. Admítese la anterior demanda que en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, promueve en su propio nombre el doctor JORGE EDGARDO GONZALEZ VIDALES y para su tramite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

b) Comuníquese al Gobierno Nacional, por conducto del señor Ministro de Justicia y del Superintendente de Notariado y Registro.

c) Fíjese en lista por el término y para los efectos en el artículo 120 del Código Contencioso Administrativo.

Segundo. Suspéndese provisionalmente el artículo 75 del Decreto 2143 de 1983, expedido por el señor Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA.— Los principios sobre jerarquía de las reglas de derecho trazan los límites de la potestad reglamentaria. DECRETO REGLAMENTARIO. Tiene como función exclusiva proveer a la adecuada ajecución de los mandatos del legislador. REGLAMENTO.

Es un desarrollo de la ley y sus alcances se mantienen esencialmente dentro de los límites de ella.

RETENCION O DISMINUCION COLECTIVA DE LOS SALARIOS DE LOS TRABAJADORES. RECLAMACION DE SALARIOS. Suspéndese el numeral 2o. del artículo. 5o. del Decreto Reglamentario 1373 de 1966, en cuanto dispone que la comprobación que se haga "previamente" ante el Ministerio de Trabajo".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo —.Sección Segunda —. Bogotá D.E., veintisiete (27) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 10.824 Decretos del Gobierno

Actor: **Alberto León Gómez Zuluaga.**

El abogado Alberto León Gómez Zuluaga, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, ha presentado demanda ante el Consejo de Estado para pedir la declaración de nulidad del numeral 2 del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1373 de 1986 que, según el demandante, viola el artículo 9o. del Decreto Legislativo 2351 de 1965 y, por consiguiente, el 120 de la Constitución Nacional, en su ordinal 3o.

Con el fin de demostrar la extralimitación de la potestad reglamentaria en que, en su concepto, incurrió el Presidente de la República, el demandante trancribe el texto de la norma reglamentada y de la disposición reglamentaria, las cuales disponen:

"Es prohibido al patrono el cierre intempestivo de su empresa. Si lo hiciere, además de incurrir en las sanciones legales, deberá pagarle a los trabajadores los salarios, prestaciones e indemnizaciones por el lapso que dure cerrada la empresa. Así mismo, cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha tenido o disminuido colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de éstos será imputable a aquél y dará derecho a los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores". (Artículo 9o. del Decreto Legislativo 2351 de 1965).

"Cuando previamente se compruebe ante el Ministerio del Trabajo que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuido colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de éstos será imputable a aquél, y dará derecho a los trabajadores para reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores" (numeral 2o. del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1373 de 1966".

En los siguientes términos expone el demandante su criterio sobre la disparidad que existe entre las dos disposiciones, la legal y la reglamentaria:

"La norma reglamentaria establece la oportunidad en la cual debe hacerse la comprobación y señala ante quien. Basta confrontar el texto de la norma reglamentada con la reglamentaria para darse cuenta de que en la primera no se alude a oportunidad alguna ni se señala organismo competente, dejando abierta la posibilidad de que la composición se haga ante el Juez del Trabajo y durante el proceso o aun extra-proceso.

"Los elementos de oportunidad y competencia que aparecen en el decreto reglamentario desvirtúan los alcances verdaderos de la norma reglamentada, pues se limita o restringe.

"No hace falta extenderse en más consideraciones para concluir que la expresiones "previamente" y "ante el Ministerio de Trabajo" deben ser declaradas nulas".

Para resolver, se considera:

Establece el artículo 120 de la Constitución Nacional, en su ordinal 3o., que corresponde al Presidente de la República "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

La anterior disposición constitucional, el artículo 12 de la ley 153 de 1887 y los principios sobre jerarquía de las reglas de derecho trazan los límites de la potestad reglamentaria, sobre lo cual existe abundante jurisprudencia del Consejo de Estado, como también la hay de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia del 4 de septiembre de 1939 dijo que "el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu".

El decreto reglamentario, cuyo sustento y marco de validez es la ley, tiene como función exclusiva proveer a la adecuada ejecución de los mandatos del legislador, determinando aquellos aspectos o detalles que aquél no consideró necesario regular por no ser de carácter sustancial o escapar a las formulas sintéticas, pero conceptualmente densas y comprensivas, de una regla de derecho de esa categoría.

El decreto reglamentario aporta entonces los detalles, los pormenores de la ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implicito en ella, facilita su entendimiento o comprensión; es decir, convierte en reglas expresas lo que está implícito en la ley, lo que es de su esencia, de su espíritu.

Pero no más. No es posible que el reglamento contenga reglas que sólo puede dictar el legislador, o sea, regular lo que es materia propia de la potestad de él por cuanto no puede ser objeto sino de una "declaración de la voluntad soberana", como se lee en el artículo 4o. del Código Civil.

No puede entonces el reglamento modificar la ley, ni adicionarla o ampliarla, ni restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; en fin, no puede desbordar los límites de la potestad reglamentaria en virtud de la cual se dicta, pues estaría no sólo violando la ley sino también la Constitución Nacional que al otorgar ese poder lo limitó.

En suma, el reglamento es un desarrollo de la ley y sus alcances se mantienen esencialmente dentro de los límites de ella.

En este caso la ley, o sea el Decreto Legislativo 2351 de 1965, establece en su artículo 9o. que "cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuido colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de éstos será imputable a aquél y dará derecho a reclamar los salarios correspondiente al tiempo de suspensión de labores". No dispone esta norma que para poder reclamar los salarios correspondientes al tiempo de la cesación colectiva de actividades sea indispensable demostrar previamente ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que ella obedeció a la retención o disminución colectivas de salarios de los trabajadores por parte del respectivo patrono. Es posible hacer esa demostración ante dicho organismo público; pero también se puede hacer ante una autoridad del orden jurisdiccional, dentro de un proceso judicial, como se desprende de los términos sin restricciones de la norma legal.

La regla del decreto reglamentario no está contenida ni siquiera en forma tácita en la ley, no corresponde a su letra ni a su espíritu. La disposición reglamentaria desborda, pues, los límites de la correspondiente potestad, viola de manera ostensible la norma legal reglamentada y, por consiguiente procede la suspensión de sus efectos.

Como la demanda reune los requisitos legales habrá de ser admitida.

En virtud de lo expuesto, se resuelve:

a) Admítese la anterior demanda presentada por el doctor ALBERTO LEON GOMEZ ZULUAGA en su propio nombre.

Para su trámite se dispone:

1. Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda al señor Agente del Ministerio Público;

2. Comuníquese al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social;

3. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días.

b) Suspéndese el numeral 2 del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1373 de 1966, en cuanto dispone que la comprobación de que trata se haga "previamente" ante el Ministerio de Trabajo".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Prohibición a los Departamentos y Municipios de gravar con el Impuesto de Industria y Comercio, diversas instituciones, entre ellas las gremiales sin ánimo de lucro. Suspéndense provisionalmente los efectos del inciso segundo del artículo 6o. del Decreto 3070 de 1983 en su integridad.

CONSEJO DE ESTADO — Sala de lo Contencioso Administrativo —.Sección Cuarta —. Bogotá D.E., marzo nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 10.902 Nulidad y Suspensión Provisional.

Actor: **Lucía Gaitán de Bedoya.**

Nulidad y Suspensión Provisional.

La doctora Lucía Gaitán de Bedoya, obrando en nombre personal y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en la ley vigente cuando instauró su demanda, —artículo 11 de la Ley 167 de 1941— pide que se decrete la nulidad del inciso segundo 2o. del artículo 6o. del Decreto 3070 de 3 de noviembre de 1983 dictado por el Gobierno en uso de la facultad reglamentaria.

La demanda reúne los requisitos legales y en tal virtud es el caso de admitirla, como se dirá en la parte resolutiva de esta providencia. Y, como además, solicita la suspensión provisional de la norma acusada, se procede a su estudio previas las siguientes consideraciones.

Estima la actora como normas de superior jerarquía violadas, el literal d) numeral 2o. del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional. Afirma que la norma que acusa es violatoria del literal d), numeral 2o. del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, porque en el inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto 3070 de Noviembre 3 de 1983, a pesar de que en la Ley 14 de 1983, se reiteró la prohibición a los Departamentos y Municipios de gravar con el impuesto de industria y comercio, diversas instituciones, entre ellas, las gremiales sin ánimo de lucro, el inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto 3070, gravó a tales entidades con el impuesto de industria y comercio, cuando desarrollen alguna actividad comercial, industrial o de servicio, olvidando que las entidades gremiales, tienen como fin principal la prestación de servicios a sus afiliados, en forma restringida, por ser ajenas al espíritu de lucro.

Y en cuanto a la violación del numeral 3o. del artículo 320 de la Carta, la hace consistir en haber excedido el gobierno la facultad reglamentaria.

SE CONSIDERA:

Cuando la acción es la de simple nulidad, como en el caso de autos, bastará con la contradicción entre los textos de las normas en conflicto, según reiterada doctrina de la Corporación, por lo cual es necesario hacer la transcripción de los mismos, para constatar su contradicción.

El artículo 39 de la Ley 14 de 1983 en lo pertinente expresa:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior continuarán vigentes: 2— Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904; además susbsiste para los Departamentos y Municipios las siguientes prohibiciones:

d) La de gravar con el impuesto de Industria y Comercio, los establecimientos educativos públicos, las entidades de beneficiencia, las culturales y deportivas, los sindicatos, *las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro,* los partidos políticos y los hospitales adscritos y vinculados al sistema nacional de salud". Subraya el sustanciador.

Y la norma cuya suspensión provisional se pide, dice textualmente: Artículo 6o.

"Para que las entidades sin ánimo de lucro previstas en el literal d) del numeral 2o. del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 puedan gozar del beneficio a que el mismo se refiere, presentarán a las autoridades locales la respectiva certificación con copia auténtica de sus Estatutos.

"Cuando dichas entidades desarrollen actividades industriales, comerciales o de servicio se causará el Impuesto de Industria y Comercio sobre los Ingresos brutos del establecimiento correspondientes a tales actividades liquidado como establece (sic) el artículo 33 de la Ley 14 de 1983".

La comparación de los textos anteriores establece palmariamente que el Ejecutivo al reglamentar la ley, con el propósito de hacerla operante, o facilitar su aplicación, introdujo un concepto que sólo puede hacerlo quien esté facultado para redactar normas con la fuerza material de la ley, que no es otro que el legislador y el ejecutivo en cir-

cunstancias especiales, pero no al ejercer la facultad reglamentaria. Así las cosas, se suspenderán provisionalmente en su totalidad los efectos del inciso segundo del artículo 6o. del Decreto 3070 de 3 de Noviembre de 1983.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1o. Admítase la demanda;

2o. Notifíquese al Fiscal;

3o. Fíjese en lista por el término legal;

4o. Suspéndanse provisionalmente los efectos del inciso segundo del artículo 6o. del Decreto 3070 de 3 de noviembre de 1983, en su integridad.

Notifíquese a la Directora de Impuestos Nacionales y comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese y Notifíquese.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ESCRITURA PUBLICA. COPIA SUSTITUTIVA DE AQUELLA QUE PRESTE MERITO EJECUTIVO.— La expedición de la copia sólo puede hacerse después de sucedida, la pérdida o destrucción, pero nunca antes.

Suspéndase provisionalmente la expresión "ANTES O" contenida en el artículo 39 del Decreto 2148 de 1983.

NOTARIOS.— Nombramientos en Propiedad. Suspéndense las expresiones "el nombramiento de Notarios en propiedad no procede sino mediante concurso" y "sólo procede el nombramiento en interinidad", contenidas en el artículo 84 del Decreto 2148 de 1983.

CONSEJO DE ESTADO. — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Segunda —.
Bogotá D. E., treinta (30) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**

Proyecto: **Doctor José Gabriel Salom**

Referencia: Expediente No. 10.766. Decretos del Gobierno

Actor: **Esther Elena Mercado Jarava.**

La señorita Esther Elena Mercado Jarava, obrando en su propio nombre e invocando el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha demandado ante el Consejo de Estado la declaratoria de nulidad del aparte que se subraya de los artículos 39, 75 y 84, así como

del Parágrafo segundo del artículo 48 del Decreto Reglamentario 2149 de agosto 1 de 1983, en virtud del cual el Gobierno Nacional reglamentó los Decretos Extraordinarios 960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973. Igualmente solicita de manera expresa en la demanda que se decrete la suspensión provisional de las mencionadas disposiciones.

En atención a que la demanda reúne los requisitos legales de forma es procedente admitirla, tal como se hará en esta providencia.

Para decidir sobre la medida cautelar, se considera:

Afirma la demandante que las normas acusadas violan manifiestamente los artículos 2, 55 y 120 —ordinal 3— de la Constitución Nacional, por haberse extralimitado el ejecutivo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, con lo cual violaron también los preceptos que se pretenden reglamentar.

Al respecto se tiene:

De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 39 impugnado, "la copia sustitutiva de aquélla que presta mérito ejecutivo, sea que se expida por solicitud de las partes mediante escritura pública otorgada *antes* o después de su destrucción o por orden judicial, contendrá la nota de su expedición con el número de orden que le corresponda, la calidad de hojas en que se compulsa, la constancia de ser sustitutiva de la primera y el nombre del acreedor en favor de quien se expide".

A su turno, los artículos 80 y 81 del Decreto 960 de 1970, disponen lo siguiente:

ARTICULO 80. Modificado. Decreto 2163 de 1970, artículo. 42.— "Toda persona tiene derecho a obtener copias auténticas de las escrituras públicas. Pero si se tratare de un instrumento en fuerza del cual pudiere exigirse el cumplimiento de una obligación, cada vez que fuere presentado, el notario señalará la copia que presta ese mérito, que será necesariamente la primera que del instrumento se expida, expresándolo así en caracteres destacados, junto con el nombre del acreedor a cuyo favor se expide.

"En las demás copias que del instrumento se compulsen en cualquier tiempo, y salvo lo prevenido en el artículo 81, se pondrá por el notario una nota expresiva del ningún valor de dichas copias para exigir el pago o cumplimiento de la obligación, o para su endoso".

"ARTICULO 81. En caso de pérdida o destrucción de la copia con mérito para exigir el cumplimiento de la obligación, el notario sólo podrá compulsar una sustitutiva a solicitud de ambas partes, expresada en escritura pública, o por orden judicial proferida con el lleno de los siguientes requisitos:

'Que quien solicite la copia afirme ante el juez competente, bajo juramento:

'1. Ser el actual titular del derecho y que sin culpa o malicia de su parte se destruyó o perdió la copia que tenía en su poder.

'2. Que la obligación no se ha extinguido en todo o en parte, según fuere el caso.

'3. Que si la copia perdida apareciere, se obliga a no usarla y entregarla al notario que la expidió para que éste la inutilice.

'La solicitud se tramitirá como incidente, con notificación personal de la parte contraria, que sólo podrá formular oposición fundada en el hecho de estar extinguida la obligación.

'No habiendo oposición o desestimada ésta, el juez ordenará que se expida la copia y el notario procederá de conformidad indicando que lo hace en virtud de orden judicial, mencionando su fecha y el juez que la profirió".

Efectuando la confrontación correspondiente de las normas contenidas en los decretos extraordinarios y en el decreto reglamentario, se ve claramente que en este último se amplía el contenido de la ley que se pretende desarrollar, pues la expresión "antes o después de su destrucción" implica necesariamente que la copia sustitutiva podrá otorgarse en los eventos descritos y no en la única posibilidad que establece en el artículo 81 del Decreto 960 de 1970, cual es en los casos de pérdida o destrucción, circunstancias estas últimas que indican necesariamente que la expedición de la copia sólo puede hacerse después de sucedido el hecho, pero nunca antes.

Ahora bien, el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 autoriza la suspensión provisional de los actos acusados mediante acción de simple nulidad, si existe una manifiesta violación de una norma positiva de superior jerarquía. Esa manifiesta violación a que se refiere la ley consiste en que para establecerla no se requiere un proceso deductivo de interpretación de una o de otra de las normas sino que la acusada y la que se dice violada sean objetivamente contradictorias.

Cotejando el aparte correspondiente de la norma impugnada en el artículo 81 del Decreto extraordinario 960 de 1970, resulta evidente la contradicción entre lo que ordena éste y lo que autoriza aquélla, todo lo cual conduce a la prosperidad de la medida provisoria solicitada en la demanda.

En lo que respecta a la pretendida suspensión provisional el artículo 48 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983, no se observa una ostensible violación de las disposiciones de superior jerarquía citadas en la demanda.

En lo relativo a la suspensión provisional del artículo 75 del Decreto en mención, es conveniente destacar que esta misma sala, en providencia de fecha febrero 15 de 1984, al admitir la demanda, procedió a decretar la suspensión provisional de las normas impugnadas, razón por la cual, no es procedente un nuevo procedimiento acerca de su juridicidad, pues se repite, sus efectos fueron suspendidos.

Por último el aparte objeto de impugnación del artículo 84 del Decreto reglamentario en virtud del cual "el nombramiento de notario en propiedad no procede sino mediante concurso", resulta ostensiblemente violatorio del precepto que reglamenta, pues como fácilmente se advierte, restringió el contenido de la ley cuyo desarrollo se pretende.

Nótese, en efecto, que el Decreto 960 de 1970 exige, para ser notario en propiedad, el lleno de los requisitos legales y además haber sido seleccionado mediante concurso y posibilita su designación prescindiendo de la selección de candidatos mediante concurso, cuando éste no se haya realizado o cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron, todo lo cual significa, que no siempre el aludido nombramiento en propiedad está condicionado a la realización del concurso.

O sea, pues, que la norma reglamentaria al condicionar el nombramiento en propiedad del notario exclusivamente a la realización de un concurso, desbordó la potestad reglamentaria de que está investido el Presidente de la República, razón por la cual el aparte objetivo de impugnación, es manifiestamente violatorio del precepto que reglamenta.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

1o. Admítese la anterior demanda que en ejercicio de la acción de nulidad, promueve la señorita ESTHER ELENA MERCADO JARAVA y para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente a los señores Agentes del Ministerio Público y Superintendente de Notariado y Registro.

b) Fíjese en lista por el término legal.

c) Suspéndese provisionalmente la expresión "ANTES O" contenida en el artículo 39 del Decreto 2143 de 1983.

d) Suspéndense igualmente, las expresiones "el nombramiento de Notarios en propiedad no procede sino mediante concurso" y "sólo procede el nombramiento en interinidad" contenido en el artículo 84 del Decreto 2143 de 1983.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

RENTA PRESUNTIVA.— LEY 9a. DE 1983 Reglamentación. Ingreso neto. Suspensión Provisional del Parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Cuarta —. Bogotá D.E., abril doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).
Consejero Ponente: **Carmelo Martínez C.**
Referencia: Expediente No. 0003. Autoridades Nacionales.

Nulidad y Suspensión provisional del parágrafo 1 del artículo 3o. del Decreto reglamentario No. 353 de 1984 originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Actor: **Alejandro Páez Murillo.**

El doctor Alejandro Páez Murillo, obrando en su propio nombre, solicita que previo el procedimiento de ley se decreta la nulidad del parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 353 de 14 de febrero del año en curso, por ser violatorio del artículo 15 del Decreto Legislativo 2053 de 1974.

La demanda reúne los requisitos legales, y, en consecuencia, al final de esta providencia se dispondrá su admisión y se ordenará el trámite correspondiente. Pero como además, el actor solicita la suspensión provisional, se procede a su estudio, mediante las siguientes consideraciones:

La disposición cuya violación se acusa en el artículo 15 del Decreto, con fuerza de ley, 2053 de 1974 que textualmente dice:

"Artículo 15. La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en momento de su percepción y que no hayan sido expresamente exceptuados en este Decreto, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en el presente Decreto". (Lo subrayado es del autor).

A su vez la disposición acusada, dispone:

"Artículo 3o. Parágrafo 1o. Se entiende por ingreso neto, el valor de los ingresos brutos realizados en el año, menos los descuentos, rebajas y devoluciones".

El decreto al cual pertenece el anterior parágrafo, se dictó para reglamentar la Ley 9o. de 1983 especialmente en cuanto en ella se trata de la renta presuntiva.

Alega el actor que la Ley 9a. de 1983, no se ocupó en ninguno de sus artículos, de lo relativo al concepto de "ingresos netos", que introdujo como factor para calcular la renta presuntiva, junto con el de patrimonio líquido, y que no definió este concepto por que esa definición se había hecho en el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, por lo cual bajo el pretexto de reglamentar dicha Ley 9a. lo que en realidad se ha hecho por el Gobierno Nacional, es modificar una disposición de la ley sustantiva contenida en el Decreto 2053 de 1974 que define lo que debe entenderse por ingreso neto.

Evidentemente, asiste razón al demandante, pues la Ley 9a. de 1983, en el capitulo 3o. bajo el acápite, "Presunciones", en el artículo 15, dice:

"Para efectos tributarios, se presume que la renta líquida del contribuyente para el año gravable de 1983 no es inferior al seis por ciento (6%) de su patrimonio líquido en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior, o al uno y medio por ciento (11/2%) de los ingresos netos obtenidos en el respectivo año gravable si este valor fuere superior. Para el año de 1984 estos porcentajes serán del siete por ciento (7%) y del dos por ciento (2%), respectivamente; para los años gravables de 1985 y siguientes, estos porcentajes seran del ocho por ciento (8%) y dos por ciento (2%), respectivamente.

"En la base de cálculo de los ingresos netos, no se incluirán los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional. En el caso de la compañía de seguros, dentro de los ingresos netos por primas recibidas, solamente se tendrán en cuenta las primas retenidas. Para tales compañías y para las sociedades de capitalización no se computarán dentro de los ingresos netos el reintegro de las reservas técnicas y matemáticas del año anterior".

El consejero a quien le ha correspondido sustanciar este expediente, no ha encontrado en parte alguna de la citada Ley 9a. de 1983, que se ocupe de la definición de lo que debe entenderse, para efectos fiscales, por "ingreso neto", por lo cual debe estarse a la definición de este concepto dado en el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974.

Ahora bien, si se comparan los dos textos, se encuentra que evidentemente, el concepto o definición de lo que debe entenderse por ingreso neto que trae el decreto reglamentario, en la norma cuya suspensión se pide, es restrictivo, al comparársele con el mismo concepto o definición dada en el Decreto Extraordinario 2053 de 1974, es decir, que el Gobierno Nacional bajo el pretexto de reglamentar, para hacerla operante, la Ley

9a. de 1983, en cuanto ésta se ocupa de la renta presuntiva, modificó norma de superior jararquía, con fuerza de ley, incurriendo en abuso de poder. En tal virtud es el caso de suspender provisionalmente el parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984 de conformidad con el numeral 1o. del artículo 152 del Decreto 01 de 2 de enero del año en curso de 1984.

En consecuencia se dispone:

1o. Admítase la demanda.

2o. Notifíquese al Fiscal, al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Dirección de Impuestos Nacionales, personalmente.

3o. Fíjese en lista por el término de diez (10) días para que los demandados y los que deseen intervenir, pueden contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

4o. Suspéndase provisionalmente el parágrafo 1o. artículo 3o. de Decreto 353 del 1984.

Cópiese y Notifíquese.

Carmelo Martínez Conn

Jorge A. Torrado T., Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE.— Contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble. SERVICIOS. NOCION. Se confirma la suspensión provisional decretada en Auto de febrero 10 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— **Sala de lo Contencioso Administrativo** —.**Sección Cuarta** —. Bogotá D.E., mayo catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero: Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**

Referencia: Expediente No. 10.793

Nulidad y Suspensión provisional Artículo 7o del decreto 2775 de 1983 del Gobierno Nacional.

AUTORIDADES NACIONALES (Recurso de Súplica).

Actor: **Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, ACIC.**

El Consejero sustanciador de este negocio decretó la suspensión provisional de la frase contenida en el artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983 que dice:

"Y de contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble".

Dicha frase fue acusada por la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, por medio de apoderado debidamente constituido, por considerar que el mencionado Decreto 2775 que modificó algunas disposiciones del Decreto 2026 de 1983 y reglamentó lo previsto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 20 de 1979 y en el artículo 62 del Decreto 3808 de 1982, vulneró por exceso de la facultad reglamentaria los mismos artículos que dice reglamentar, desconociendo a su vez las definiciones que de contratos de obras públicas y de prestación de servicios hacen los artículos 81 y 163 del Decreto 222 de 1983.

El consejero sustanciador después de transcribir los artículos mencionados hizo la siguiente consideración:

"Hecha la confrontación de las normas en conflicto, a saber, el artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2775 de septiembre 28 de 1983 con las normas de superior jerarquía que también fueron transcritas, se tiene que evidentemente el artículo 7o. del Decreto 2775 de septiembre 28 de 1983 introdujo un concepto nuevo que no existía en la Ley 20 de 1979 ni en el Decreto 3803 de 1982, como objetos de retención en la fuente al señalar además como sujetos a retención en la fuente los pagos por contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble, por lo cual asiste razón al actor".

La Dirección General de Impuestos Nacionales por medio de abogado delegado de la misma, interpuso recurso de súplica para solicitar que se revoque la suspensión decretada y al efecto argumenta en la siguiente forma:

"De conformidad con el concepto No. 26131 de diciembre 27 de 1983 expedido por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, 'se entiende por 'Servicios', toda actividad, labor o trabajo por una persona jurídica o por una persona natural sin relación laboral con quien contrata la ejecución de *hacer* generando una contraprestación en dinero o en especie'.

"Dentro de las actividades de servicio, el artículo 36 de la Ley 14 de 1983 incluye el *servicio de interventoría, construcción y urbanización,* como gestión encaminada a satisfacer necesidades de la comunidad.

"De otra parte, el Código Civil en el Capítulo titulado "De los Contratos para la confección de una obra material", define como SERVICIO, la confección de una obra material según se desprende de la lectura de los artículos 1053 y 1973. En el primero de los citados, se dice que el contrato de confección de obra será un arrendamiento cuando el ordenador de la obra suministra la materia principal, poniendo el artífice lo demás, y a su vez, dentro de la definición que trae la segunda de las disposiciones mencionadas, se dice que por 'arrendamiento' se puede entender la *prestación de un servicio,* por el cual se obtiene un precio determinado.

"Siguiendo estos lineamientos, el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria conferida por la Constitución Nacional, estableció las tarifas aplicables a los pagos o abonos en cuenta que se hicieran por concepto de SERVICIOS, para determinar la retención en la fuente que lo corresponde, a través del Decreto 2026 de 1983, artículo 12. Estas tarifas son del 4% si el pago o abono en cuenta lo hace una sociedad anónima o asimilada o del 2% en los demás casos.

"Posteriormente, y con el fin de darle un mayor estímulo a algunos servicios que el Gobierno Nacional considera especiales y preponderantes, y también en ejercicio de la facultad reglamentaria modificó la norma citada en el aparte anterior, estableciendo una tarifa del 2% si el pago o abono lo efectúa una sociedad anónima o asimilada y del 1% en los demás casos. Los servicios que fueron beneficiados con este tratamiento son:

"a) Los prestados por las denominadas empresas de servicio temporales; y

"b) *Los contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización* y en general de confecciones de obra material de bien inmueble.

"Es decir, el Gobierno Nacional consideró necesario darle a los servicios prescritos un tratamiento especial, diferente al régimen general consagrado en el artículo 12 del Decreto 2026 de 1983 para toda clase de SERVICIOS, y estableció una rebaja en las tarifas de retención en la fuente del 4% al 2%, si el pago o abono lo efectúa una sociedad anónima o asimilada y del 2% al 1%, en los demás casos. Para ello recurrió a la potestad reglamentaria que le asignó la Carta Magna en el numeral 3o. del artículo 120 que dice:

'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las ordenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes'.

"2. Dice el actor que la norma acusada viola el artículo 62 del Decreto 3803 'Porque extralimita la facultad del ejecutivo en cuanto incluye entre las actividades sujetas a retención en la fuente' 'la construcción, urbanización y en general la confección de obra material de bien inmueble' que no aparecen en el mencionado artículo 62'. Al respecto considero infundadas las afirmaciones del actor, toda vez que como ya se ha comprobado, la norma acusada en parte alguna incluye como sujeto de retención toda actividad de la construcción, urbanización y en general la confección de obra material de bien inmueble, sino que, les da un tratamiento especial respecto a la tarifa de retención en la fuente a LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS DE CONSTRUCCION, URBANIZACION, Y EN GENERAL DE CONFECCION DE OBRA MATERIAL DE BIEN INMUEBLE.

"3. De igual manera, es necesario dejar en claro que la disposición acusada por tratar de dos formas de SERVICIO, en ningún momento extralimita el artículo 62 del Decreto 3808 de 1982, ni incluye un nuevo elemento a dicha norma, ya que como antes lo vimos, a través de este artículo se extiende la retención en la fuente a todos los SERVICIOS, mientras que la norma acusada se refiere únicamente a dos de ellos, los servicios temporales y los servicios de construcción, urbanización, etc.

"4. En cuanto a la afirmación del artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983, la estimo igualmente sin fundamento, por las siguientes razones:

"En primer lugar, se observa que el Decreto 222 de 1983 fue dictado por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1982, para expedir las normas que regulan la contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas, y no, para determinar la forma como debe efectuarse la retención en la fuente en estos contratos, facultad ésta que se desarrolla, en parte en el Decreto 2775 de 1983, estatuto que contiene normas de carácter tributario exclusivamente. Es decir, son estatutos que tratan materias totalmente diferentes, especiales y específicas cada una de ellas, y por lo tanto no se contraponen.

"El hecho de que en el estatuto de contratación pública se defina lo que debe entenderse para *esos efectos,* por contrato de obra pública y contrato de prestación de servicios, en nada contradice la disposición de carácter tributario que establece que los contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización etc. están sujetos a retención en la fuente. Además, el Decreto 2775 de 1983, en parte alguna establece que sea un estatuto reglamentario del Decreto 222 de 1983 en el cual el actor funda el concepto de violación.

"En otro aparte, el demandante dice que al incluirse en el Decreto 3803 un nuevo concepto que no existía en la Ley 20 de 1979, se estaba asimilando a servicio otros contratos como el de obra pública que define el Decreto 222 de 1983.

"Tal aseveración no la compartimos, en primer lugar porque el Decreto 3808 de 1982 fue dictado con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución Política, y por tener fuerza de ley, puede modificar las normas vigentes a la fecha, incluyendo, como lo hizo, nuevos conceptos como sujetos de retención. Además, mal puede concebirse que una norma anterior como es el Decreto 3803 de diciembre 30 de 1982, pueda contradecir una disposición posterior como es el Decreto 222 de febrero 2 de 1983".

Por su parte el apoderado de la asociación demandante defiende el criterio que tuvo el Consejero sustanciador para decretar la suspensión de la frase ya transcrita con las siguientes apreciaciones:

"En el juicio de la referencia la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores solicitó la suspensión provisional de la parte del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2775 de 1983 que estableció retención en la fuente sobre 'contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble' por estimar que, primordialmente, existe una manifiesta violación de la disposición de orden superior que dice reglamentar: el Decreto Legislativo 3803 de 1982. En efecto, esta última disposición en su artículo 62 prescribe lo siguiente: 'La retención en la fuente se extiende también a los pagos o abonos en cuenta que se hagan a las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos (sic), sin que en parte alguna se prevea dicha retención para los contratos de construcción, urbanización y en general de obra material de bien inmueble. Como se ve, la diferencia entre las dos disposiciones 'se advierte a primera vista, en forma ostensible, sin que sea necesario entrar en disquisiciones o argumentos en busca de una conclusión'.

"Por otra parte es evidente que de no suspenderse la mencionada disposición del Decreto 2775 de 1983 continuaría subvertido en causa grave el orden jurídico, puesto que por medio de un decreto del Organo Ejecutivo del Poder Público se estaría estableciendo un impuesto o incrementando la carga del mismo a una actividad no gravada por la Ley. Nuestro Organo Jurisdiccional ha sido especialmente celoso en la defensa del derecho elemental que tienen las personas en los países regidos por leyes, de no ser gravadas sino en virtud de éstas.

"El recurrente hace extensas elucubraciones para tratar de demostrar que el contrato de construcción es un contrato de servicio y apela para ello a la relación que de las *actividades* (subrayo) de servicio trae la Ley 14 de 1983 por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones.

"Al respecto, debo recalcar que el Decreto 2775 no es reglamentario de la Ley 14 de 1983, sino del Decreto Legislativo 3803 de 1982. Estas disposición dictada dentro de la emergencia económica decretada por el Gobierno Nacional en dicho año, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 2026 de 1983, el que fue modificado por el Decreto 2775 de 1983 ('por el cual se modifican algunas disposiciones del Decreto 2026 de 1983 y se dictan otras en materia de retención en la fuente'). Por consiguiente, lo que corresponda en la oportunidad de la suspensión provisional, es confrontar la disposición legislativa con la disposición reglamentaria para constatar si esta última excede o no lo dispuesto por el legislador. Ello es lo que ha hecho el honorable Consejo al decretar la suspensión provisional. Ha visto, sin necesidad de elucubraciones, que el Gobierno incluyó dentro de los contratos cuyos pagos quedaban sometidos a retención en la fuente

algunos que no estaban previstos en la Ley; los de la construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble. El hecho de que se anteponga, así sea por el Gobierno Nacional, un vocablo a la denominación que universalmente y en cada legislación se da a un contrato, no cambia, no puede cambiar, la fisonomía del mismo. Por el hecho de que una persona o entidad hable del servicio de compraventa o del servicio de permuta o del servicio de mandato, no se podría sensatamente concluir que los contratos de compraventa, de permuta y de mandato habrían dejado de existir para convertirse todos ellos en contratos de servicios.

"el artículo 7o. suspendido por el Consejo de Estado, trata de *contratos* (subrayo) de prestación de servicios de construcción, etc. lo que es completamente diferente de la clasificación de actividades que efectúa la Ley 14 de 1983, para el efecto exclusivo de la recaudación del impuesto de industria y comercio por parte de los departamentos y municipios. Sería absurdo suponer que a partir de dicha Ley 14 los contratos de construcción dejaron de ser tales para convertirse en contratos de servicios a los que se les aplicarían las disposiciones del Código Civil, del Código de Comercio y del Estatuto de Contratos Administrativos relativas al contrato de servicios.

"Debo agregar sobre este aspecto del artículo 36 de la Ley 14 de 1983, que las disposiciones sobre impuestos por ser de carácter restrictivo no pueden tener aplicación analógica. Por tanto, no es admisible extender al campo de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta, disposiciones dictadas para ser aplicadas en el recaudo del impuesto de industria y comercio por los entes municipales.

"El mismo recurrente reconoce en el ordinal segundo de lo que denomina 'El recurso se basa en los siguientes argumentos', la violación en que incurre el artículo 7o en referencia, puesto que en un manifiesto acto de contrición dice que 'la norma acusada en parte alguna incluye como sujeto de retención toda la actividad de la construcción, urbanización y en general de la confección de obra material de bien inmueble'. Claro que en éste un encomiable deseo del memorialista que desafortunadamente no corresponde a la realidad, puesto que la fórmula no puede ser más ambiciosa 'y en general la confección de obra material de bien inmueble'. La Dirección de Impuestos Nacionales admite, pues, que el decreto reglamentario no podía legalmente disponer la retención en la fuente en todas las actividades de la construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble, pero a pesar de ello pretendió imponer tal obligación por medio del aparte cuya nulidad solicité.

"En parte alguna de mi demanda dije como lo afirma el memorialista, que el Decreto Legislativo 3803 de 1982 estuviera asimilando a servicios otros contratos como el de obras públicas. Afirmé, lo que es absolutamente distinto, que 'el artículo 62 del Decreto 3803 introdujo el concepto de 'servicios' que no existía en la Ley 20 de 1979, pero ello en ningún caso autorizaba al Gobierno para asimilar a servicios otros contratos como el de obras públicas....'. Claro que dicho Decreto 3803, dictado con base en las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución, pudo haber incluido, entre los contratos sujetos a retención, el de obras públicas y otros contratos de construcción, pero ello no ocurrió y por dicha razón el artículo 7o., que dice reglamentar el Decreto 3803, incurrió en una manifiesta violación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Resulta muy claro que el artículo 31 de la Ley 20 de 1979 consagró en el inciso 1o. de su parágrafo la obligación de retener en la fuente por pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas por concepto de comisiones, arrendamientos, participaciones y honorarios y que el Decreto 3803 de 1982 en su artículo 62 amplió esa obligación por el pago que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de "servicios".

Ahora bien, la frase del artículo acusado del Decreto 2775 de 1983 aplica la noción de servicios a los contratos de construcción, urbanización y en general de obra material de bien inmueble que según el criterio del delegado de la Dirección de Impuestos es el que gobierna la idea de servicios utilizada en la Ley 14 de 1983 que dicta normas de carácter general para el cobro del impuesto de industria y comercio a nivel municipal, y que considera aplicable al criterio que tuvo el legislador en el Decreto 3803, al incluir como materia de retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta por razón de la prestación de servicios.

En primer lugar, cabe observar que la Ley 14 de 1983 es posterior en el tiempo al Decreto Extraordinario 3803 de 1982 luego mal puede pensarse que el legislador tuvo en cuenta ese criterio para definir la noción de servicios que contiene la norma reglamentaria.

Y en segundo lugar, no puede perderse de vista que mientras la Ley 14 de 1983, fija directrices para determinar los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio por el hecho de realizar determinadas actividades dentro de las respectivas jurisdicciones municipales por razón del uso y aprovechamiento de la infraestructura municipal en inmueble determinados, la norma que reglamenta el Decreto 2775 de 1983 se refiere a la obligación de las personas jurídicas y de las sociedades de hecho de retener un porcentaje de los pagos hechos a terceros por razón de "servicios" prestados, para efectos de producir un recaudo anticipado del impuesto a la renta.

No es posible por lo tanto utilizar el mismo criterio para calificar de igual manera la noción de servicios que trae una norma y la otra.

Por otra parte, la clasificación de las distintas clases de contratos que contiene el Decreto 222 de 1983, que es anterior al Decreto 2775, apenas sirve parcialmente para ubicar la noción de servicios de que trata el Decreto 3803, por cuanto aquél se refiere a contratos administrativos y de derecho privado de la administración y éste se refiere a la obligación impuesta a las personas jurídicas y sociedades de hecho para retener un porcentaje de los pagos hechos por concepto de "servicios", ya que esta noción no implica necesariamente la existencia de un contrato ni el contrato excluye la noción de "servicio".

Pero en materia de contratación administrativa es indudable que la ley distinguió claramente entre el contrato de Obras Públicas y el contrato de Prestación de Servicios (artículos 81 y 163 del Decreto 222 de 1983) y resultaría muy difícil aplicar un criterio distinto al señalado en esa ley para determinar qué clase de pagos son susceptibles de retención dentro de la noción de "servicios" que señala el Decreto 3803.

En cambio, en tratándose de los pagos hechos por personas jurídicas o sociedades de hecho sujetas al régimen del derecho privado hay que buscar ese criterio en las disposiciones pertinentes tales como el Código Civil y el Código de Comercio así como la acepción jurídico-gramatical del término "servicios".

Por lo pronto, la mención que hace la norma de "contratos..... de confección de obra material de bien inmueble" necesariamente tiene que referirse a un contrato típico reglamentado por el Código Civil y en el Capítulo VIII del Título 26 del Libro 4o. y expresamente el artículo 2053 pone de manifiesto que según las condiciones que se acuerden, puede convertirse en contrato de arrendamiento o en contrato de venta y bien se sabe que la retención no opera para el contrato de venta y que expresamente se distingue en el Decreto 3803 entre el arrendamiento y los "servicios"; luego no puede pensarse que este tipo de contratos esté incluido dentro de la última noción.

Resulta ostensible por lo tanto, que la ampliación de los alcances de la noción consagrada en la ley por la frase acusada que contiene el decreto reglamentario la vulnera por exceso en el uso de la facultad reglamentaria.

Por las anteriores razones la Sala de Decisión de la Sección Cuarta, de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión del día catorce (14) de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Enrique Low Murtra, (Salva voto). **Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado, Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE.— No es un impuesto, no fija el monto de la obligación. Es un pago anticipado de un impuesto cuyo régimen se rige por el estatuto sustancial del impuesto de renta. Extensión del régimen de retención a todos los pagos o abonos que constituyan renta para el beneficiario. SUSPENSION PROVISIONAL. figura excepcional.

CONSEJO DE ESTADO — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Cuarta —. Bogotá D.E., mayo veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Radicación 10.793.

Demandante: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, ACIC.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE LOW MURTRA

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria expreso mi disentimiento con la determinación precedente por varias razones:

a) La figura de la suspensión provisional es excepcional. Debe producirse sólo cuando existe flagrante contradicción entre la norma superior y la norma inferior: entre la ley y el reglamento. Cuando no se perfila tal flagrancia no debe decretarse la suspensión provisional sino esperar el momento de la sentencia. Del contexto del Decreto 3803 de 1982 se percibe una lección importante: el claro deseo del legislador de extender el régimen de retención a todos los pagos o abonos que constituyan renta para el beneficiario: el artículo 62 inciso 1o. estaleció la retención sobre todo tipo de rendimientos financieros; el mismo artículo en su inciso 4o. lo consagró para pagos que hagan las sociedades por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos, etc. Estos elementos extendieron la retención buscando así generalizar el régimen de cobro anticipado del tributo que ya existía desde la Ley 38 de 1969 en relación con salarios y dividendos. Este solo argumento me lleva a pensar que no existe la flagrante contradicción que la Sala de Decisión encontró.

b) La retención no es un impuesto: no fija el monto de la obligación. Es un pago anticipado de un impuesto cuyo régimen se rige por el estatuto sustancial del impuesto de renta. A el no es aplicable el célebre artículo 43 de la Constitución Nacional como se deduce del sentido mismo de su naturaleza jurídica sino también del hecho de que la Corte Suprema de Justicia, con ocasión de la emergencia económica de 1982-1983, haya declarado inexequibles varios decretos legislativos que tocaban con la sustancia de la obligación tributaria y no haya declarado inexequible el Decreto 3803 de 1982 que establecía la retención en la fuente sobre numerosos elementos adicionales. La razón de la declaratoria de inexequibilidad de las normas que desaparecieron de la vida jurídica tales como por ejemplo el Decreto Legislativo 3745 de 1982 es que esas normas no respetaron el artículo 43 de la Constitución. La Corte no consideró este mismo alcance cuando estudió el Decreto 3803 de 1982 y, por el contrario, destacó que en ese caso había que aplicar el artículo 120 (numeral 11) de la Constitución que otorga al Presidente, como Suprema autoridad administrativa de la República, la facultad de "cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas....".

c) El auto que precede centra su atención en una interpretación muy dudosa de la palabra "servicios". Tan dudosa que después de leer el auto el intérprete no está seguro de lo que en él se afirma, pues recurre a una distinción que es propia de la contratación administrativa (la de contratos de obra y contratos de servicios) más no del derecho comercial e incluso incurre en una contradicción involuntaria cuando dice:

"Por lo pronto, la mención que hace la norma de 'Contratos... de confección de obra material de bien inmueble': necesariamente tiene que referirse a un contrato típico reglamentado por el Código Civil en el Capítulo VIII del título 26 del Libro 4o. y expresamente el artículo 2053 pone de manifiesto que según las condiciones que se acuerden, puede convertirse en contrato de arrendamiento o en contrato de venta y bien se sabe que la retención no opera para el contrato de venta y que expresamente se distingue en el Decreto 3803 entre el arrendamiento y los 'servicios'; luego no puede pensarse que este tipo de contratos esté incluido dentro de la última noción".

Pues bien si el contrato de obra es arrendamiento como lo dice el auto, el propio Decreto 3803 de 1982 ha establecido la retención sobre arrendamientos cuya vigencia ha sido suspendida por la providencia que antecede. ¿No era pues prudente esperar a la decisión de fondo? ¿Para qué tantas lucubraciones en un auto de suspensión provisional? Quizá para no suspender, más no para suspender.

Con todo respeto,

Enrique Low Murtra.

FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS.— A que alude la Ley 2a. de 1984, artículos 70, 72 y 73. Nombramiento. En parte alguna de dicha ley se señala el aplazamiento o condición de cualquier orden para la vigencia de la misma, en lo que respecta a los artículos mencionados.

Suspensión provisional del inciso segundo del artículo 9o. del Decreto 371 de 1984 proferido por el Gobierno Nacional, solamente en lo relacionado con los artículos 72 y 73 de la Ley 2a. de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Segunda —. Bogotá D.E., dieciséis (16) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Referencia: Juicio No. 11237. Decretos del Gobierno.

Actor: **Roberto Salgado Zamudio.**

El ciudadano Roberto Salgado Zamudio, obrando en su propio nombre, solicita de esta Corporación "se declare nulo el inciso segundo del artículo 9o. del Decreto 0371 del 15 de febrero de 1984 pero únicamente en lo relacionado con los artículos 72 y 73 de la Ley 2a. de 1984 a que el mismo Decreto hace referencia no en lo atinente al artículo 70 ibídem".

Considera el accionante que la norma acusada es violatoria del artículo 120, numeral 3o. de la Constitución Nacional y de los artículos 72 y 73 de la Ley 2a. de 1984, al impedirse el cumplimiento de ésta respecto de los nombramientos previstos en la misma, para que sólo puedan hacerse cuando el Gobierno lo determine.

Igualmente, pide en la demanda, la suspensión provisional del precepto impugnado.

Aunque el actor no expresa en el libelo en forma concreta cuál es la acción que ejercita, debe entenderse por la petición formulada que se trata de la de nulidad establecida en el artículo 84 del decreto 01 de 1984. Y como la demanda reune los requisitos de forma habrá de admitirse por esta Sala Unitaria.

Para resolver la solicitud de suspensión provisional, de la disposición mencionada en necesario hacer las siguientes

CONSIDERACIONES:

El Decreto 0371 del 15 de febrero de 1984, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamentan algunas normas de la Ley 2a. de 1984, en su artículo 9o. dispuso:

"El Gobierno Nacional determinará la fecha o fechas en que deben designarse e iniciar labores los Juzgados Especializados y su número, en la medida en que las necesidades lo exijan, conforme a lo ordenado en el artículo 12 de la mencionada Ley 2a.

"Así mismo, el Gobierno determinará, por razones de orden fiscal, las fechas para el nombramiento de los funcionarios y empleados a que se refieren los artículos 70, 72 y 73 de la Ley en referencia".

El artículo 72 de la citada Ley, preceptúa:

"Créase para cada Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y cada Consejero de Estado, un (1) auxiliar de libre nombramiento y remoción. Para desempeñar este cargo deben reunirse los mismos requisitos que la Ley exige para el cargo de Magistrado de Tribunal de Distrito Judicial; devengarán la misma remuneración y tendrán los mismos derechos".

De igual modo, mediante el atículo 73 ibídem, se crearon para cada Juzgado de conocimiento en las cabeceras de Distrito, una plaza de Sustanciador, con la misma jerarquía y remuneración de los actuales Sustanciadores de los Juzgados de cabeceras de Distrito.

En parte alguna de la Ley reglamentada por el precepto enjuiciado, se señala el aplazamiento o condición de cualquier orden para la vigencia de la misma, en lo que respecta a los artículos mencionados.

Por el contrario, el artículo 75 de dicha norma determina que "el Gobierno hará los traslados y apropiará las partidas que fueren necesarias para el cumplimiento de esta Ley".

Y el artículo 76 ibídem, establece:

"La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

Es decir, que la Ley citada entró a regir el 17 de enero de 1984 en que fue promulgada con su publicación en el Diario Oficial, número 38450 —Año CXX, Segunda Edición.

Al no exigir, entonces, la Ley 2a. de 1984 en dichos artículos, condición alguna para su vigencia y cumplimiento, distinta de la señalada, no podía el Gobierno, so pretexto de reglamentarla, aplazar indefinidamente el término en que debía comenzar a regir, atribuyéndose la facultad de determinar las fechas en que deberán realizarse los nombramientos de los funcionarios y empleados a que aluden las disposiciones en mención.

Esta facultad no le fue conferida por la Ley al Gobierno, ni tampoco la norma reglamentada condicionó su observancia a situaciones de orden fiscal. En cambio, lo que sí ordenó a la Administración, para su cabal e inmediata ejecución, fue efectuar los respectivos traslados presupuestales y "apropiar las partidas que fueren necesarias para el cumplimiento de esta Ley", cuestión que no ha hecho el Gobierno, según se desprende de la reglamentación dada al estatuto en referencia.

En tales condiciones, aparece manifiesta y ostensible la violación por parte del Gobierno Nacional, de la potestad reglamentaria, consagrada en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución, que lo faculta para "expedir órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes"; pero en el caso presente, se hizo uso de él, en forma contraria, en decir, para desconocerlo, aplazando, sin ninguna atribución, la vigencia de una Ley, con lo cual se infringió de manera notoria aquella función constitucional, pues con el proceder del Gobierno al expedir el Decreto impugnado en los artículos mencionados, en lugar de una "cumplida ejecución de la Ley", se la hace nugatoria e inaplicable, razón por la cual habrá de decretarse la medida provisoria impetrada en la demanda.

En virtud de los anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sala Unitaria,

RESUELVE:

Admítase la anterior demanda presentada por el doctor Roberto Salgado Zamudio, en su propio nombre.

Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días para lo efectos del numeral 3o. del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al Fiscal de la Corporación y al señor Ministro de Justicia.

Decrétase la suspensión provisional del inciso segundo (2o.) del artículo 9o. del Decreto 0371 del 15 de febrero de 1984, proferido por el Gobierno Nacional, solamente en lo relacionado con los artículos 72 y 73 de la Ley 2a. de 1984.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONSEJOS DIRECTIVOS. MIEMBROS. FUNCIONARIOS PUBLICOS.— Suspensión Provisional del inciso primero del artículo 45 del Decreto Reglamentario No. 2337 de 1982 en cuanto en él se dispone: "Los funcionarios públicos podrán ser miembros de los Consejos Directivos en representación de los empleadores del sector público afiliados a la Caja de Compensación respectiva o de sus trabajadores.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo —.Sección Primera —. Bogotá D.E., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4660

Actor: **Jorge A. Guerrero Lozano.**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Decreto Ley 001 de 1984, el doctor Jorge A. Guerrero Lozano demanda la nulidad del inciso primero del artículo 45 del Decreto Reglamentario No. 2337 de 1982 "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982".

La demanda reúne los requisitos de ley y por ello será admitida. Y como en la misma se pide de modo expreso la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, se procede a resolver acerca de tal petición al tenor de los dispuesto en el artículo 154 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES:

La suspensión provisional de una acto administrativo procede en el caso de que se cumplan los requisitos señalados por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que exige indispensablemente que aparezca directamente una manifiesta violación de norma positiva superior, violación que debe poder deducirse clara y obviamente de la comparación entre el precepto acusado y la norma violada, sin necesidad de recurrir a análisis, disquisiciones o exámenes jurídicos para demostrarla.

En el caso presente se demanda la nulidad del inciso primero del artículo 45 del Decreto Reglamentario No. 2337 de agosto 2 de 1982, expedido por el señor Presidente de la República norma que expresa lo siguiente:

"Los funcionarios públicos podrán ser miembros de los Consejos Directivos en representación de los empleadores del sector Público afialidos a la Caja de Compensación respectiva o de sus trabajadores".

Considera el actor que el acto transcrito se opone ostensiblemente a la prohibición contemplada en el literal d) del artículo 3o. del Decreto Ley 2463 de 1981, pues de una simple y sencilla comparación entre las normas en conflicto, resulta sin ninguna duda, flagrante violación de una norma de superior jerarquía.

En efecto, el artículo 3o. del Decreto Ley 2463 de 1981 dice que "no podrán ser elegidos miembros de los consejos o juntas directivas, ni directores administrativos o gerentes, quienes:

"a) .....
"b) .....
"c) .....
"d) Tengan el carácter de funcionarios públicos;
"e) .....".

Pero a pesar de esa categórica prohibición legal, en la norma acusada que es de menor jerarquía dentro de escalafón normativo, se abrió la posibilidad para que los funcionarios públicos pudieran ser designados como miembros de los Consejos Directivos de las Cajas de Compensación Familiar en representación de los empleadores del sector público afiliados a ellas, o de sus trabajadores.

De tal manera que aparecieron en forma patente, ostensible y manifiesta la violación de la norma antes transcrita indicada como contrariada en el libelo de demanda por el acto acusado, sin necesidad de adentrarse en complejos análisis jurídicos para desentrañarla, resulta forzoso acceder a la solicitud de suspensión provisional impetrada, por darse a cabalidad los requisitos exigidos por el artículo 152 del Decreto Ley 01 de 1984.

Y en tal virtud, se

RESUELVE:

Primero. ADMITASE la demanda presentada por el doctor Jorge A. Guerrero Lozano en su propio nombre contra el inciso primero del artículo 45 del Decreto Reglamentario No. 2337 expedido por el señor Presidente de la República el 2 de agosto de 1982.

Para el trámite de la demanda se dispone:

a) Notificar personalmente al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

b) Notificar personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

c) Fijar el asunto en lista por el término de diez (10) díaz, para los fines indicados en el numeral 3o. del artículo 207 del Decreto Ley 01 de 1984.

Segundo. DECRETAR LA SUSPENSION PROVISIONAL del inciso primero del artículo 45 del Decreto Reglamentario No. 2337 de agosto 2 de 1982, en cuanto en él se dispone: "Los funcionarios públicos podrán ser miembros de los Consejos Directivos en representación de los empleadores del sector público afiliados a la Caja de Compensación respectiva o de sus trabajadores".

Tercero. La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles a partir de la notificación del presente auto, si la parte a quien favorece no continúa las gestiones propias del proceso (artículo 156 del C.C.A.)

Cópiese, notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

NOTARIOS. EDAD DE RETIRO FORZOSO. Suspéndese provisionalmente el artículo 75 del Decreto Reglamentario No. 2148 de 1983.

Piensa esta Sala Unitaria que lo primero que debe destacarse al hacer el examen de este punto, es que en la demanda se relacionan únicamente como normas constitucionales la Carta Fundamental, según las cuales "El Presi-

dente 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 ascenso, por mérito y antigüedad y de jubilación, retiro o despido....". (Se subraya).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Cuarta —.
Bogotá D.E., junio dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Expediente No. 10.537. Decretos del Gobierno.

Actor: **Ricardo García Acevedo.**

El ciudadano Ricardo García Acevedo, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C.C.A., solicita la nulidad del artículo 75 del Decreto Reglamentario 2148 de agosto 1o. de 1983, en virtud del cual se reglamentan los Decretos Extraordinarios 960, 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973.

Como la demanda reúne las exigencias legales habrá de admitirse y teniendo en cuenta que en ella se solicita la suspensión provisional de la norma acusada, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Ha sido doctrina reiterada de la Corporación la de que para que proceda la suspensión provisional de un acto administrativo cualquiera, debe ser tan manifiesta la violación de una norma superior y que "se puede percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas", según lo previsto en el artículo 152 del Decreto 1 de 1984, aplicable al caso de estudio.

En el aparte sobre "SUSPENSION PROVISIONAL" del libelo inicial, el accionante considera que la norma acusada "viola no solamente en forma clara, ostensible, patente y grosera normas legales de orden superior, sino que desconoce en forma abierta y desafiante la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, Sala Plena" (Fls. 35).

Dado el carácter rogado que reviste la actividad jurisdiccional en las acciones de nulidad y en las medidas de suspensión provisional, se circunscribirá esta Sala Unitaria al examen de los estatutos aducidos por el impugnador, en cuanto fueren aplicables al caso de estudio.

Sin entrar a cuestionar, en este momento, por no ser procedente, si los Notarios tienen el carácter de funcionarios públicos o no, después de efectuar un nuevo estudio cuidadoso, metódico y exhaustivo de los estatutos que se relacionan con las instituciones del Notariado, y al hacer la confrontación con los que se aplican al personal civil de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se llega a la obligada conclusión de que su organización, funcionamiento, provisión, vinculación, calidades, permanencia, períodos, régimen disciplinario, responsabilidades, control o vigilancia, etc., etc., se han consagrado en leyes especiales y autónomas aplicables únicamente para dicha clase de funcionarios. Es decir, los notarios se rigen por un régimen legal específico, cuya consagración solamente corresponde hacerlo al legislador de conformidad con lo que sobre este particular disponen claras normas constitucionales.

Así las cosas, concluye esta Sala, que al caso de estudio no le son aplicables las normas contenidas en los Decretos 2400 de 1968, artículo 31, Decretos 250 de 1970 artículo 31 y 546 de 1971 artículo 5o., en cuanto fijan la edad de retiro forzoso en 65 años para el personal civil que presta servicios en la Rama Ejecutiva y en la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Y como en la demanda se afirma que la norma acusada no sólo desconoció normas constitucionales y legales, al fijar la edad de retiro forzoso de los Notarios en 70 años, sino "una docta e importante sentencia de la Sala Plena del H. Consejo de Estado", según la cual a los notarios deben aplicárseles los Decretos 2400 y 3135 de 1968 porque consideró que tienen el carácter de funcionarios públicos, lo cierto es que dicha providencia fue el producto de un largo y complejo debate en el seno de la Sala Plena de esta Corporación, en el cual justamente se discutió la aplicabilidad de los mencionados Decretos a los notarios y aunque triunfó la tesis afirmativa, hubo salvamentos de voto que desarrollaron la tesis contraria. Además, la lectura detenida de la referida sentencia del 21 de octubre de 1982, demuestra, efectivamente, que para llegar a la conclusión de la mayoría, fue necesario apelar a argumentos esforzados y extensos, lo cual denota que la aplicabilidad *sub-exámine* es por menos discutible, criterio éste que surge de la consideración relativa a que los notarios están gobernados por estatutos muy especiales que por regular todos los aspectos relacionados con esa clase de funcionarios, por lo menos harán surgir una duda bastante fundada al procedera aplicar aquellos con prescindencia de éstos.

Esto sentado, se pasa a estudiar lo relacionado con la suspensión provisional del artículo 75 del Decreto Reglamentario No. 2148 expedido por el Ejecutivo Nacional y según el cual "señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la de 70 años".

Piensa esta Sala Unitaria que lo primero que debe destacarse, al hacer el examen de este punto, es que en la demanda se relacionan únicamente como normas constitucionales de la Carta Fundamental, según las cuales "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 ascenso, por mérito y antigüedad y de jubilación, retiro o despido.....*" (Se subraya).

"Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: 2o.....3o. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes Decretos y Resoluciones necesarios *para la cumplida ejecución de las leyes*". Como se desprende de la lectura atenta de los dos preceptos constitucionales transcritos, es función privativa del Congreso de la República, determinar la estructura de la administración pública y regular la organización y funcionamiento de los servicios públicos. Concretamente en el artículo 188 de la misma carta se dispuso que "COMPETE A LA LEY LA ORGANIZACION Y REGLAMENTACION DEL SERVICIO PUBLICO QUE PRESTAN LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES". Luego necesario es afirmar que es la ley y solamente ésta la que tiene facultad para señalar las condiciones de acceso, retiro o desvinculación del servicio público, por lo cual es elemental concluir que solamente a virtud de un estatuto legal puede señalarse la edad de retiro forzoso para los notarios, en forma tal que si se procede a hacerlo como sucedió por medio de una norma reglamentaria, se violan en forma notoria y ostensible las normas constitucionales que han quedado transcritas y que fueron señaladas en la demanda como vulneradas por el acto acusado, conforme se advirtió antes.

Acorde con lo anterior, esto es, si deben ser los estatutos legales los que pueden determinar la organización y funcionamiento de la institución notarial y, si como ya se observó, le corresponde al Presidente de la República la facultad de reglamentar la ley que es

expresión de la voluntad soberana, el Gobierno tiene que ceñirse a lo que disponga esa ley al dictar las medidas conducentes en orden a darle, como ha dicho hasta el cansancio la doctrina de esta Corporación, vida práctica a la ley, para hacerla eficaz, activa, plenamente operante "pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentación, NORMAS NUEVAS, preceptos que no se desprendan, conforme a la naturaleza de las cosas, DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, MAS ALLA DEL CONTENIDO INTRINSECO DE LA LEY, IMPLICA UN ACTO EXORBITANTE, UNA EXTRALIMITACION DE FUNCIONES QUE CONSTITUYEN UNA CLARA VIOLACION DE LA VOLUNTAD LEGISLATIVA". (Mayúsculas de la Sala Unitaria) Sentencia de 19 de febrero de 1962 T. LXIV, Nos. 379-398, p. 547.

Significa lo anterior que el Presidente de la República al reglamentar la Ley, está obligado a obedecer las pautas que la misma haya fijado porque tiene el deber de velar por el exacto cumplimiento del estatuto reglamentario y por ello le corresponde hacer efectivo el mandato que esa ley contiene, sin cambiarlo o modificarlo, sin darle alcances que no tiene y sin que tampoco pueda suplir lo que quisiera que hubiera consagrado el legislador. Ello, porque la facultad de reglamentar la ley, "supone la existencia de la ley, y este aspecto, es una facultad derivada de la misma ley y no original".

Dicho de otro modo, la facultad reglamentaria consagrada en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, no le permite al Presidente de la República introducir normas (como lo hizo en el Decreto acusado), que no estén contenidas en la ley que reglamenta, pues lo contrario "implica extralimitación de funciones y constituye una invasión EN EL CAMPO PROPIO DEL LEGISLADOR". (Auto de 14 de junio de 1963 Ponente doctor Alejandro Domínguez Molina). (Mayúsculas de la Sala Unitaria).

Lo expresado hasta ahora, induce a concluir que en el caso de estudio el Decreto acusado en su artículo 75 es violatorio, en forma manifiesta, patente de las dos normas constitucionales examinadas y que fueron transcritas al comienzo de esta providencia.

Finalmente, en cuanto hace relación al quebrantamiento de los artículos 137, 147, 181 y 182 del Decreto 960 de 1970 la Sala se permite hacer notar lo siguiente:

El Ejecutivo Nacional, en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 8a. de 1969, procedió a expedir el Decreto-Ley 960 de 1970 por medio del cual consagró un nuevo "Estatuto del Notariado". En este Decreto se define el Notariado como "una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial.....". En los artículos restantes se hace una reglamentación completa de la organización del notariado, se regulan los requisitos que deben llenar los notarios para que puedan ser nombrados y se refiere a la provisión, permanencia, carrera y período de los mismos funcionarios, su responsabilidades y deberes, las sanciones que pueden recaer cuando incurran en las faltas contempladas en la misma ley; se establece el Colegio de Notarios, y se dispone que la vigilancia notarial será ejercida por el Ministerio de Justicia, por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro. Así mismo ordenó en los artículos 181, 182, 183 y 184 lo siguiente:

"Los notarios pueden ser reelegidos indefinidamente; los de carrera serán confirmados a la expiración de cada período. Unos y otros deberán retirarse cuando se encuentren en situación de retiro forzoso".

"El Notario que llegue a encontrarse en circunstancias de retiro forzoso deberá manifestarlo al funcionario que lo haya designado tan pronto como ello ocurra".

"El retiro se producirá a solicitud del interesado, el Ministerio Público o de la vigilancia notarial de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal".

"Son causales de retiro forzoso la edad y la incapacidad física o mental".

"Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la de 65 años".

Posteriormente el Gobierno Nacional en ejercicio también de facultades extraordinarias, dictó el Decreto-Ley 2163 de 1970 "por el cual se oficializa el servicio de notariado, se modifica el Decreto Ley 960 de 1970" y se derogan otras de sus disposiciones, tales como los artículos 183 y 184 antes transcritos, que tratan del retiro forzoso y fijan la edad en 65 años. (Véase artículo 46). Más adelante se expidió la Ley 29 de 1973, por la cual se crea el Fondo Nacional de Notariado y se dictan otras disposiciones y en su artículo 22, se derogaron expresamente los artículos 2 y 3 del Decreto 2163 que habían definido a los Notarios como funcionarios públicos nacionales del orden administrativo y que habían dispuesto también que en tal calidad les serían aplicables "todas las normas que regulan la situación legal de los empleados públicos".

Por último, se profirió el Decreto 2148 de 1983, cuyo artículo 75 se acusa a virtud de haber señalado en 70 años la edad de retiro forzoso de los Notarios, pese a que en el Decreto Ley 960 de 1970, como en la Ley 29 de 1973, disposición que, por otra parte, como ya se advirtió, sólo podía ser consagrada por el legislador y no en un simple Decreto reglamentario.

Y como el decreto en mención fue dictado precisamente para reglamentar los estatutos últimamente citados, y en ellos no existe actualmente una edad de retiro forzoso para los Notarios, el decreto demandado no podía señalarla porque esto le compete hacerlo únicamente al legislador.

En consecuencia, si en los estatutos que actualmente rigen para los notarios no existen en forma expresa señalada una edad de retiro para los notarios y aquellos son específicos y de aplicación preferencial para dicha clase de funcionarios, si no pueden hacérseles extensivas aquellas normas que señalan la edad en 65 años para los empleados y funcionarios civiles de la administración pública, forzoso es concluir que existe al respecto un vacío en la ley, y por lo tanto el Decreto Reglamentario acusado no podía suplir la voluntad del legislador, con apoyo en lo explicado anteriormente en forma amplia y de acuerdo con la doctrina de esta Corporación. El hecho de que algunas normas, antes examinadas, del Decreto 960 de 1970 hagan referencia al retiro de los notarios cuando se "encuentren en situación de retiro forzoso" no le permitía al Presidente de la República, exceder la facultad reglamentaria en que incurrió porque lo cierto es que la edad de retiro debe aparecer señalada expresamente en cada estatuto, como efectivamente se consagró en 65 años en el de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y en el que regula lo relativo a los empleados y funcionarios de la Rama Civil de la Administración Pública.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la Sala Unitaria,

RESUELVE:

Por estar ajustada a la ley, admítese la anterior demanda, presentada por Ricardo García Acevedo. Para su trámite se dispone:

1o. Notifíquese personalmente la admisión de la demanda a los señores Ministro de Justicia, Superintendente de Notariado y Registro y Fiscal Cuarto de la Corporación.

2o. Fíjese el presente negocio en lista, por el término de 10 días, para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

3o. El demandante deberá acompañar copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes.

4o. SUSPENDESE PROVISIONALMENTE EL ARTICULO 75 del Decreto Reglamentario número 2148 de 1983, de conformidad con lo expresado en la parte resolutiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aydée Anzola Linares.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO III

RESOLUCIONES MINISTERIALES

Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

MINAS.— Normación integral sobre minas, (Ley 60 de 1967, Ley 20 de 1969, Decreto 1275 de 1970). Cualquier contrato, permiso, concesión, aporte, etc., vigente al momento de entrar a regir la Ley 20 de 1969, no puede ser desconocido por nadie. Modalidades de explotación: Concesión, aporte y permiso. Las minas que pertenezcan a la Nación, que lo son todas pueden ser entregadas a particulares aún las que se encuentran en zonas de reserva especial, a título de concesión o de aporte, siempre y cuando no tuvieren al momento de la expedición de la Ley 20 de 1969, situaciones subjetivas y concretas en favor de terceros, puesto que estos no pueden ser afectados por una norma posterior, en sentido contrario.

REGIMEN DE APORTE. Por el Decreto 1275 de 1970.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera— Bogotá, D.E., febrero nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández**

Referencia: Expediente 1764. Minas

Actor: **Compañía Esmeraldífera de Colombia S.O.M.**

Cumplido el trámite de rigor se procede a dictar sentencia:

I

A— En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo la Sociedad COMPAÑIA ESMERALDIFERA DE COLOMBIA S.O.M.,por medio de apoderado especial, pretende se hagan los siguientes pronunciamientos:

Primera. Que es nula la Resolución No. 2353 de fecha 16 de julio de 1974, originaria del Ministerio de Minas y Energía en sus considerandos como en su parte resolutiva y en su integridad.

Segunda. Que como consecuencia de la nulidad a que se refiere el punto anterior, se dispone la aceptación de la petición de aporte para los efectos de su trámite y ulterior otorgamiento a la Empresa Colombiana de Minas para que asociada con la Sociedad Esmeraldífera de Colombia S.O.M. — Esmecol— exploren y exploten los yacimientos a que se contraen la solicitud de Aporte No. 399 de fecha 3 de julio de 1974 presentada al Ministerio de Minas y Energía a las 12:10 p.m. de esa fecha.

SEGUNDA SUBSIDIARIA.— Subsidiariamente a la segunda petición solicito: Que como consecuencia de la nulidad decretada en el punto primero, y en el evento de que el Ministerio, para la fecha en que se profiera sentencia hubiere tomado cualquier determinación que afectare los intereses de la sociedad demandante, sin que fuere posible dar cumplimiento al fallo que recaiga, la Nación deberá, por vía de restablecimiento de derechos pagar la indemnización de perjuicios de todo orden a que haya lugar como consecuencia de no poderse llevar a cabo la explotación de las minas mencionadas en la forma solicitada, conforme a la cuantía que determinen los peritos en el juicio o con posterioridad a ella.

B— Se fundamenta la demanda en los siguientes hechos:

La Sociedad Esmeraldífera de Colombia S.O.M. —Esmecol— es una sociedad ordinaria de Minas que se constituyó según documento privado de fecha 3 de julio de 1974 debidamente protocolizado en la Notaría 12 del Círculo de Bogotá. D. E.

SEGUNDO.— Con fecha 8 de julio de 1974 el doctor Guillermo Eastman Mejía, debidamente facultado para tal efecto, formuló solicitud de Aporte sobre las zonas que forman parte de la conocida reserva esmeraldífera de Muzo y Coscuez, siendo las doce y diez (12:10) p.m. ante el Ministerio de Minas y Energía.

TERCERO.— El Ministerio de Minas y Energía, por medio del acto impugnado en este juicio, rechazó de plano la solicitud de Aporte presentada por la sociedad ya citada, sin que tuviera asidero legal para ello, pues se pretermitieron todos los trámites ordenados por la actual legislación minera;

CUARTO.— Es probable que a pesar de no existir hasta la fecha solicitud de Aporte de ninguna otra empresa sobre las zonas a que se contrae la solicitud de Aporte No. 399, se haya pretendido dilatar el trámite y solución del pedimento formulado por la sociedad demandante, con el fin de conceder los derechos de exploración y explotación de las aludidas áreas esmeraldíferas mediante negociación directa con la Empresa Colombiana de Minas a otra empresa privada.

QUINTO.— Desde la fecha en que el Gobierno Nacional terminó las labores de explotación de los yacimientos que constituyen las minas de Muzo y Coscuez que se venían adelantando por la Empresa Colombiana de Minas, terminó el régimen especial de

explotación de dichas minas, que regulaba el Decreto 912 de 1968. Es decir, que para la fecha de solicitud del Aporte No. 399 no existía régimen especial para estas minas que pertenecen a la reserva especial esmeraldífera de Muzo y Coscuez.

C.— Como disposiciones violadas se citan: el artículo 8 de la Ley 20 de 1969, el artículo 27 del Decreto 2181 de 1972 que subrogó el 171 del Decreto 1275 de 1970, el artículo 31 del Decreto 1275 de 1970, el artículo 30 del mismo decreto y el Decreto 912 de 1968.

II

El acto acusado, que es la Resolución número 2353 del 14 de julio de 1974 emanada del Ministerio de Minas y Petróleos es del siguiente tenor:

"Solicita el doctor Guillermo Eastman M., en su condición de apoderado de la entidad llamada COMPAÑIA ESMERALDIFERA DE COLOMBIA S.O.M. —ESMECOL—, sea aportada a la EMPRESA COLOMBIANA DE MINAS *la zona de terreno que forma parte la reserva especial esmeraldífera de Muzo y Coscuez*".

"Basa fundamentalmente su petición, en el hecho de que considera que la facultad otorgada por el Decreto 912 de 1968 a la Empresa Colombiana de Minas se ha agotado por haber dejado de cumplir dicha entidad con la función que le adscribió, entre otros, el artículo 1o. del Decreto ya citado ya que no exploró, ni explotó, ni tampoco administró los yacimientos esmeraldíferos existentes dentro de la reserva nacional alinderada por el artículo 1o. del Decreto 400 de 1899 mediante los sistemas señalados en los ordinales C), D), E), F), G), H), I) y J) del artículo 1o. del Decreto 912 de 1968 hasta el grado de liquidar la Empresa las relaciones laborales de sus empleados y trabajadores por haber terminado sus actividades en las minas de Muzo y Coscuez cuya explotación, explotación y administración constituían parte de su objeto social.

"Igualmente invoca como razón de su pedimento la parte final del inciso 1o. del artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 y concordante; y el Decreto 1275 de 1970 (Art.172)".

No comparte este Ministerio los fundamentos de la petición en referencia puesto que de conformidad con el Decreto 912 de 1968, la Empresa Colombiana de Minas tiene como su función propia la exploración, explotación y administración de los yacimientos de esmeraldas y demás piedras preciosas y semipreciosas, de berilo o glucinio o de cualesquiera otra especie de minerales que se encuentren dentro de la reserva nacional alinderada por el Decreto de 1899, ya citado.

La función de que se acaba de hablar la ejerce la entidad respectiva a través de los diferentes sistemas jurídicos que considere convenientes para el interés nacional vinculado a dichos yacimientos ya sea en forma directa, o indirectamente puesto que las disposiciones del Decreto 912 aludido no establecen para ello restricción ni limitación alguna. Si alguna limitación existiera al respecto, se habría consignado ya en la Ley o en el Decreto constitutivo de la Empresa Colombiana de Minas. Por el contrario de la lectura del Decreto 912 y de los considerandos de él se deduce que la Empresa tiene con el fin indicado las más amplias facultades para realizar la exploración, explotación y la administración de las esmeraldas existentes dentro del área reservada. Es claro, se repite, que las autorizaciones y facultades que la Empresa tiene para realizar las actividades mencionadas implican la de utilizar la totalidad de los medios económicos y técnicos que se requieran. En materia de limitaciones sólo se concebiría el agotamiento de los yacimientos puesto que agotada la mina por sustracción de materia se extinguen o agotan las facultades sobre ella conferidos por el estatuto minero; o también, el cambio del sistema jurídico hoy vigente por otro cualquiera, lo cual hasta el presente no ha tenido ocurrencia.

Por las razones expuestas, la Empresa Nacional Minera al considerar que el sistema que venía empleándose para el aprovechamiento de las minas no dio el rendimiento adecuado suspendió el laboreo directo acudiendo al sistema que la licitación implica. Por lo demás este hecho —cambiar el sistema de aprovechamiento de las minas— no significa en forma alguna el propósito de terminar el ejercicio de su función, sino por el contrario el de continuarlo mediante el empleo de medios o sistemas de mayor eficacia.

Establecido lo anterior, es lógico concluir que las minas de esmeraldas continúan afectas al sistema prescrito por el Decreto 912, esto es, siguen perteneciendo para efectos de su exploración, explotación y administración a la Empresa Colombiana de Minas y por consiguiente no se pueden otorgar por el sistema de aporte solicitado por el doctor Eastman ya que ello contravendría lo dispuesto tanto en la Ley 20 de 1961 como en el Decreto 1275 de 1970 en donde apenas se autoriza el sistema propuesto para yacimientos diferentes de los que son conocidos generalmente con el nombre de reserva especial del Estado, en donde se encuentran ampliamente colocados los yacimientos que pretende la sociedad interesada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Ministerio de Minas y Energía,

RESUELVE:

No es el caso de acceder a lo solicitado por la Compañía Esmeraldífera de Colombia S.O.M., en el memorial a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

III

Al momento de alegarse, el apoderado de la sociedad demandante expuso:

"Estas infracciones pueden señalarse así: El artículo 5o. de la Ley 20 establece que todas las minas de la Nación sin ninguna excepción, quedan sometidas a los medios jurídicos autorizados por esa ley para la exploración y explotación, pero las minas de la reserva especial del Estado solamente pueden ser objeto de aporte o concesión en favor de empresas de la Nación o sociedades de economía mixta. La solicitud de aporte pide que se conceda la zona a que se refiere el expediente número 399 a la Empresa Colombiana de Minas que es una empresa industrial y comercial del Estado.

"Según el literal a) del artículo 30 del Decreto 1275 de 1970, las minas de esmeraldas están sometidas al régimen del aporte como piedras preciosas que son y como de modo expreso aquí se dice: y el artículo 31 dispone que las minas de la reserva especial del Estado, cuando termine el régimen especial en vigencia se explotarán por concesión o por aporte a favor de empresas comerciales o industriales del Estado o sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51 por ciento del respectivo capital.

"Como este artículo 31 es reglamentario del artículo 8o. de la Ley 20 de 1969 hay que entenderlo en armonía con éste, no como si existiera incompatibilidad entre la norma de la Ley y la del Decreto que la reglamenta. Hay que interpretar la norma de reglamento como un desarrollo adecuado de la norma legal porque si no pueden conciliarse resulta evidente que debe imperar la norma legal.

"Porque parece existir una incompatibilidad entre el artículo 8o. de la Ley 20 y el artículo 31 del Decreto 1275.

"El artículo 5o. sujeta todas las minas de propiedad nacional al régimen ordinario, es decir, hace objeto de los medios jurídicos reconocidos por esa ley. Solamente

hay una limitación en cuanto a las minas de la reserva especial del Estado; las cuales no pueden ser objeto de *permisos de explotación* sino solamente de *aportes* y *concesiones*; cuyos beneficiarios no pueden ser sino empresas estatales o sociedades de economía mixta.

"Es decir, las minas de la reserva especial, como todas las minas nacionales, son objeto de concesión o aporte según la clasificación que haga el Gobierno, pero los concesionarios del aporte no pueden ser sino entidades oficiales o mixtas con porcentaje de capital oficial no inferior al 51% por ciento.

"¿Desde cuándo quedan todas las minas nacionales sujetas a los sistemas de explotación de derecho común y las de la reserva especial al aporte o a la concesión, según el artículo 8o.? —Desde la vigencia de la Ley, es decir desde la sanción de la misma, es decir, desde el 22 de diciembre de 1969. El artículo 8o. no establece plazo, limitación, condición o cualquiera otra modalidad del cual o de los cuales pudiera deducirse que queda pendiente la vigencia del mandato legal. Todas las minas que pertenezcan a la Nación ... quedan sujetas al sistema de la concesión del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado sólo podrán aportarse o concederse ...

"¿O bien podría sostenerse que la aplicación de esta norma quedaba supeditada a que el Gobierno adoptara la clasificación de las mismas sujetas a los diversos medios de explotación: La concesión, el aporte, el permiso? — Posiblemente. En todo caso esta clasificación quedó hecha en los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 1275 de 1970 por lo cual debe sostenerse que para cuando fue presentada la solicitud de aporte número 399 ya estaba en vigor, sin duda alguna, el artículo 8o. de la Ley 20. Cuando esa solicitud fue presentada, las minas de Muzo y Coscuez, de la reserva especial del Estado ya eran objeto de aporte conforme a la clasificación adoptada en el artículo 30 del Decreto 1275.

"El artículo 31 del Decreto 1275 al disponer que quedan sujetas al régimen especial vigente las minas que pertenecen a la reserva especial del Estado. ¿No dicta una disposición absoluta y radicalmente antagónica, absolutamente incompatible con la del artículo 8o. de la Ley 20? Indudablemente. No hay sino que leerlas. No hay sino que homologarlas. No hay sino que presentarles en una doble columna para sacar esta conclusión obvia.

VEAMOS

"Todas las minas que pertenezcan a la Nación ... quedan sujetas al sistema de la concesión del aporte o del permiso ... Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse ...	Quedan sometidas al régimen especial vigente las minas que pertenecen a la reserva especial del Estado. Terminado tal régimen, su explotación se hará directamente por la Nación o por el sistema de concesión o aporte ...".

"Las evidentes contraposiciones entre la ley y el decreto reglamentario pueden fijarse así: 1). El objeto que se propone el artículo 8o. es el de terminar con los regímenes especiales, sometiendo todas las minas a los medios jurídicos de derecho común. El artículo 31 pretende que las minas de la reserva sigan sujetas a esos regímenes especiales, hasta que estos terminen. 2). El artículo 8o. hace imposible que las minas de la reserva sean explotadas directamente por la Nación pues contiene la exigencia de que sean explotadas por empresas industriales o comerciales del Estado o sociedades de economía mixta; pero el artículo 31, contra la ley, permite que después de terminado el régi-

men especial vigente, las minas de la reserva sean explotadas directamente por la Nación. Estas dos radicales contraposiciones en los puntos esenciales de la norma legal, hacen que el decreto sea incompatible con la ley, es decir, que deba aplicarse la ley y no el decreto. 3). En cuanto a la vigencia del precepto legal la oposición entre éste y el artículo 31 no es menos sustancial; la norma no tiene limitaciones ni condiciones o tal vez, no está supeditada a otra condición que la de la clasificación entre los diversos medios o sistemas que el Gobierno debía hacer y que hizo desde 1970. El decreto somete la aplicabilidad de la nueva norma a dos limitaciones: a) A que termine, en relación con cada una de las minas de la reserva especial del Estado, el régimen especial vigente, y b) A que una vez terminado el régimen especial vigente, la Nación no esté interesada en la explotación directa de la mina. O sea que el decreto reglamentario deja al arbitrio del Gobierno la aplicación de la ley que según su propio mandato ha de regir desde la sanción.

"La demanda, sin embargo, considera que pueden aplicarse el artículo 8o. de la Ley y el 31 del decreto reglamentario que según se ve, son incompatibles. Pero trata de dar al decreto una interpretación que permita en el caso de las minas de la reserva especial de Muzo y Coscuez una aplicación racional de la disposición reglamentaria. Sostiene que el régimen especial a que estaba sometida la zona de la reserva de Muzo terminó cuando el Gobierno suspendió las explotaciones que venía haciendo la Empresa Colombiana de Minas en virtud del Decreto 912 de 1968, el 17 de julio de 1973.

"Y resulta que en el extremo de que pudiera considerarse que el decreto es compatible con la ley habría que sostener que, en el caso de Muzo y Coscuez, el régimen especial vigente terminó con el cierre de las minas de que da cuenta el comunicado conjunto de los ministros de Gobierno, Defensa y Minas a que se hará alusión después.

"Y finalmente, según el artículo 26 del Decreto 2181 de 1972 (artículo 171 del Decreto 1275 de 1970), el aporte para explorar y explotar piedras preciosas y semipreciosas, berilo o glucinio se hará en favor de la Empresa Colombiana de Minas tal como se hizo en el caso de la solicitud número 399.

"*LA CONTROVERSIA.*— Para fijar los límites de la discrepancia entre la resolución ministerial acusada y el demandante, hay que decir que tanto el Ministerio de Minas como el actor en este proceso están de acuerdo en que la zona de la solicitud de aporte número 399 corresponde a la reserva esmeraldífera de Muzo y Coscuez y, por consiguiente, que versa sobre una mina de la llamada reserva especial del Estado. Tampoco se ha discutido, por estar de acuerdo en esto las partes en cuanto al régimen legal en virtud del cual se estaba realizando la explotación de estas minas al entrar en rigor la Ley 20 de 1969.

"En la resolución acusada parece claro que se desecharon las observaciones hechas por la Sección de Propuestas y Contratos del Ministerio de Minas porque en la providencia objeto de la demanda no se hace ninguna alusión a ellas. Pero es conveniente examinarlas someramente:

"*La solicitud no cumple disposiciones del artículo 2o. de la Ley 145 de 1969.* Esta Ley permitió la explotación por los particulares de las minas de esmeraldas distintas de las de la reserva especial (Muzo y Coscuez) por medio de permisos. El artículo 2o. de esta Ley, fijó la extensión máxima de la zona, la forma geométrica y otros requisitos, ya no existen estos permisos. Lo que ahora existe es el aporte. Esta disposición, por consiguiente, no es aplicable al caso.

"*La zona no pudo ser localizada en los documentos topográficos y cartográficos que posee la Sección:* A continuación se dice: 'por las coordenadas anotadas en el plano pre-

sentado se establece que está en la zona de reserva nacional de que trata el Decreto 400 de 1899' ... Estas afirmaciones contradictorias pertenecientes a un mismo documento y puestas la una a continuación de la otra, no fueron acogidas en la resolución cuya nulidad se demanda en este proceso.

"En cuanto a la extensión y forma geométrica de la zona rige — y regía en el momento de la petición— el artículo 161, según el cual el Ministerio de Minas determina en cada caso la extensión sin sujeción a exigencias geométricas aunque el aporte se haga a solicitud de particulares.

"La razones que el Ministerio tuvo en cuenta para no aceptar la solicitud fueron otras. Se pueden sintetizar así:

"a) ... Que la facultad otorgada por el Decreto 912 de 1968 a la Empresa Colombiana de Minas no se ha agotado por haber dejado de cumplir dicha entidad con la función que le adscribió, entre otros, el artículo 1o. del Decreto ya citado...

"b) La función de que se acaba de hablar (la exploración, explotación y administración) la ejerce la entidad a través de los diferentes sistemas jurídicos que considere convenientes para el interés nacional vinculado a dichos yacimientos, ya sea en forma directa, o indirecta, puesto que las disposiciones del Decreto 912 aludido no establecen para ello restricción o limitación alguna. Si alguna limitación existiera al respecto se habría consignado ya en la Ley o en el Decreto constitutivo de la Empresa Colombiana de Minas. Por el contrario la lectura del Decreto 912 y de los considerandos de él se deduce que la Empresa con el fin indicado las más amplias facultades para realizar la exploración, explotación y administración de las esmeraldas existentes dentro del área reservada ...

"c) Establecido lo anterior, es lógico concluir que las minas de esmeraldas continúan afectas al sistema prescrito por el Decreto 912; esto es siguen perteneciendo para los efectos de su explotación y administración a la Empresa Colombiana de Minas y por consiguiente no se pueden otorgar por el sistema de aporte solicitado por el doctor Eastman ya que ello contravendría lo dispuesto tanto en la Ley 20 de 1961 (sic) como en el Decreto 1275 de 1970 ...

"Confío en que no será difícil aunque sí dispendioso hacer patentes en las fallas y sofismas de los razonamientos transcritos, no obstante su acento magisterial.

"*1. Agotamiento de la facultad de explotar dada a ECOMINAS.* Mirando hacia lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 1275, que exige que termine el régimen especial vigente antes de que se pueda ni dar en aporte o concesión las minas de la reserva especial del Estado, la providencia ensaya la teoría de que las minas de esmeraldas de Muzo y Coscuez pertenecen a ECOMINAS prácticamente a perpetuidad. En materia de limitaciones sólo se concebiría el agotamiento -dice la resolución- ... o también el cambio de sistema jurídico, lo cual hasta el presente no ha tenido ocurrencia.

"Se ha visto que lo último *el cambio de sistema jurídico,* es precisamente lo que dispone el artículo 8o. de la Ley 20 de 1969. Todas las minas están sujetas a los medios jurídicos ordinarios con la limitación de que habla la parte final de este artículo en cuanto a las minas de la reserva nacional.

"2. Las consideraciones del literal b) anterior contienen una buena dosis de amplitud. ECOMINAS, cree el Ministerio, puede explorar y explotar las minas de Muzo y Coscuez a través de los diferentes sistemas jurídicos que considere convenientes al interés nacional, con fundamento en la parte dispositiva del Decreto 912 de 1968 y en sus considerandos.

"a) El sistema especial consistente en la explotación por conducto de ECOMINAS, fue sustituído por los sistemas comunes especialmente por el sistema de aportes a la Empresa Colombiana de Minas, a solicitud de particulares o de la empresa, según el artículo 8o. de la Ley 20.

"b) El Decreto 912, según su parte dispositiva y según los considerandos que lo inspiraron, no daba —cuando estaba vigente, que en cuanto a las minas de Muzo y Coscuez fue sustituído— no daba a la Empresa Colombiana de Minas derecho a explorar o explotar sino directamente, no a través de contratos de administración delegada o de arrendamiento o de cualquiera otra índole. No daba derecho a ECOMINAS de *ceder la explotación a terceros* a título gratuito o a título oneroso.

"No le daba este derecho, no le confería esta facultad porque ni el Decreto expresamente así lo dispuso ni tácitamente aparece esta facultad del contexto de la parte dispositiva, ni del espíritu de los considerandos. *Al contrario: Hay un parágrafo de los considerandos que es categórico contra la administración delegada o contra la seción del derecho de explotación.* Este es:

'Que el gobierno estima inconveniente la gestión directa de tales negocios (por el Gobierno se entiende) y *los sistemas de contratación con los particulares cuya ineficacia se ha demostrado en múltiples ocasiones'*. (Subrayo). Luego el Decreto 912 de 1968 debió ser interpretado, cuando estaba vigente en relación con la reserva esmeraldífera con el criterio de que el Gobierno consideraba inconvenientes los sistemas de contratación con los particulares, es decir, todo lo contrario de lo que la providencia acusada sostiene.

"Hay varios textos del Decreto 912 de 1968 que limitan el derecho de Ecominas a explorar, explotar y administrar los yacimientos de esmeraldas ... 'que se encuentren dentro de la zona de la reserva nacional' ... los artículos 2o. y 19 y 20, por ejemplo. Este este último dice: 'Recibidos los bienes y derechos a que se refiere el artículo precedente, la Empresa asumirá la administración de las minas y, en caso de que hubiere habido suspensión de la producción, restablecerá los trabajos de exploración, explotación y beneficio de acuerdo con los reglamentos que expida al efecto'... A pesar de que el Decreto 912 contiene una enumeración completa de las actividades que constituyen el objeto de la empresa, no hay allí nada que indique que puede delegar la administración o ceder el derecho de explotar en arrendamiento o bajo cualquiera otra forma de contratación; y aunque se enumeran todas las facultades de la Junta de Directores o del Gerente, ninguna de ellas versa sobre los puntos mencionados.

"Luego no podía celebrar ECOMINAS su contrato cualquiera en virtud del cual se desprendiera de la explotación porque una empresa creada para explotar las minas de Muzo y Coscuez no podía abandonar su objeto para limitarse a recoger unos arrendamientos o regalías aunque en la tarea de explotación de estas minas no hubiera, de tiempo atrás, cuestiones de índole social, moral, humano de igual o superior entidad a las de índole fiscal, y ello de acuerdo con normas comunes, pero con mayor razón tratándose de un ente de Derecho Público. La regla de oro en los sistemas en que predomina el imperio de la ley es la de que los funcionarios, órganos, personas o entes públicos no pueden hacer sino aquello para lo cual están legalmente capacitados.

"Por consiguiente, cuando quedaron cerradas las minas en virtud de determinación oficial, terminó el régimen especial de Muzo y Coscuez — si no hubiera terminado antes por mandato el artículo 8o.— si la Ley 20 no le hubiera puesto fin —porque en tal comunicado se expresa la intención del Gobierno de quitar a ECOMINAS la explotación que le había conferido el Decreto 912.

"Que el cierre de las minas el 17 de julio de 1973 no fue episodio temporal sino un corte definitivo, baste la declaración solemne del Gobierno por conducto de los ministros responsables de la paz y el orden público y del Ministro de Minas y Energía quien es el último de los firmantes porque, en verdad, el problema no era minero sino en último término. Las voces de este comunicado protocolizan la ineptitud de ECOMINAS y anuncian —arbitrariamente desde luego— una licitación de la explotación y beneficio. Arbitrariamente, por dos razones: *primera,* porque toman una determinación que es ilegal y *segundo,* porque si se subrogan a una entidad autónoma. Pero en todo caso, hasta ahí llegó el régimen especial de explotación de ECOMINAS.

"Del comunicado: ... tras un detenido análisis de la situación creada por los sistemas actuales de explotación de los yacimientos esmeraldíferos de la Nación y el tráfico ilegal que de su producto se viene realizando, dentro de un marco de violencia e inmoralidad intolerables ha decidido cerrar a partir del 17 de julio de 1973 y hasta nueva orden, la explotación de las minas de Muzo y Coscuez. 4o. Sacar a licitación la explotación de las zonas esmeraldíferas de Muzo, Coscuez y Peñas Blancas, conforme a las condiciones generales y especiales que para la misma se establezcan.

"Tan definitivo fue el corte del régimen especial que nunca más volvió ECOMINAS a explotar Muzo y Coscuez desde el 17 de julio de 1973 hasta hoy.

"3. El Ministerio de Minas en la providencia acusada, dice que no puede conceder el aporte porque ello contrariaría la Ley 20 de 1969 (de 1961 se dice en la resolución) y el Decreto 1275 de 1970 en donde apenas se autoriza el sistema propuesto para yacimientos diferentes de los que son conocidos con el nombre de reserva especial del Estado ...

"Se repite porque es conveniente: el artículo no dispone que los yacimientos de la reserva especial se aporten o concedan a empresas estatales o sociedades mixtas con mayoría de capital estatal.

"Y en cuanto al Decreto Reglamentario, en el artículo 31 en la única parte de su texto que está conforme con el artículo 8o., dice que esta clase especial de minas se debe explotar directamente por la Nación (disposición ilegal con toda evidencia) o por el sistema de concesión o *aporte* a favor de empresas comerciales o industriales de la Nación ... Luego el Decreto 1275 sí autoriza el *aporte* de minas de la reserva especial del Estado como Muzo y Coscuez. En el capítulo XII del estatuto citado, en el cual se reglamentan los aportes, ninguna disposición prohíbe un aporte de la naturaleza del prescrito por el artículo 8o. de la Ley 20 ni podría prohibirlo. Al contrario, ningún texto de este capítulo habla de minas distintas a las de la reserva especial.

"En términos generales, la Resolución número 2354 de 1974 arriesga una serie de consideraciones con acento de suficiencia pero no se atreve a detenerse en ningún texto concreto de la Ley 20 o de su reglamento o del Decreto 912.

"*CONSIDERACIONES.*— El caso de este proceso es, creo, más simple de lo que parece a primera vista y, desde luego, más simple que el promedio de casos que el H. Consejo de Estado debe decidir a diario.

"Diría que se trata de dar una interpretación correcta a una norma legal absolutamente clara, el artículo 8o. de la Ley 20 de 1969 cuya claridad no ha logrado destruir la norma que pretende reglamentarla, que ha dispuesto lo contrario, prácticamente todo lo contrario, del precepto sustantivo.

"La demanda parte de la base de que las normas contradictorias tienen, las dos, vigencia y valor. Pero no, la incompatibilidad es de fondo y el predominio del precepto

sustantivo es ineludible. Por consiguiente, todas las razones que puedan darse para comprobar que el régimen especial de explotación de las minas terminó por cualquier hecho distinto de la vigencia del artículo 8o. de la Ley 20 constituye un esfuerzo innecesario.

"Simplemente hay que observar que antes de la expedición de la Ley 20 de 1969, el Decreto 912 de 1968 había dado a la Empresa Colombiana de Esmeraldas el derecho a explorar, explotar y administrar las minas de Muzo y Coscuez por los linderos del Decreto 400 de 1899 que se transcriben en el artículo 2o.

"Se cambió el nombre y se amplió el objeto de la entidad por Decreto 3161 de 1968. Se le denomina Empresa Colombiana de Minas y, además de las atribuciones en relación con la producción y comercio de las esmeraldas, se la habilita para actuar en relación con otros minerales.

"La Ley 20 es verdaderamente revolucionaria en su artículo 8o. porque en la restricción tantas veces mencionada en relación con las minas en la reserva, somete todas las minas de la Nación a los sistemas, a los medios jurídicos que la misma ley reconoce: la concesión, el aporte, el permiso. Es decir, acaba con los *regímenes especiales* y, en sustancia, acaba con la *reserva especial*, es decir, con las minas fiscales. Establece, como si dijérase el principio de la igualdad de las minas ante la ley, sacando un grupo de minas de la órbita de la legislación fiscal para ponerlo bajo el régimen del derecho minero.

"Ha habido tradicionalmente unas propiedades mineras en la Nación determinadas y concretas dentro del dominio pleno o total o fiscal que de tiempo atrás se han manejado por las normas aplicables a los demás bienes del patrimonio fiscal y que han constituído un recurso fiscal y sus entradas y los gastos de su administración han hecho parte del presupuesto ordinario de ventas y gastos. Son unas pocas: las esmeraldas de Muzo y Coscuez y también las descubiertas después dentro de la misma zona llamadas Peñas Blancas. Las de sal gema de Zipaquirá y Nemocón, las de plata de Santa Ana y La Manta, en Falan, Tolima (las antiguas minas de Mariquita) y las de oro de Marmato. Algunos mencionan, además, las carboneras de San Jorge y Llano de Animas, en Suesca, Cundinamarca. Estas minas se conocen también con el nombre de minas de la reserva especial del Estado.

"Cuando el artículo 8o. de la Ley 20 determina que todas las minas nacionales quedan sujetas a los sistemas de explotación del derecho común, el Estado renuncia al carácter de bienes fiscales que antes tenían estas minas y cambia radicalmente la naturaleza del dominio sobre ellas. Por que el dominio del Estado sobre el patrimonio minero es un dominio público, prácticamente un dominio eminente o, para no entrar en las sutilezas y distingos que abundan en la discusión de este complicado asunto, un poder del Estado de dispensación de derechos de explotación, no con un sentido fiscalista sino en beneficio de la economía general. Esto es lo que ha realizado el artículo 8o. No hay, pues, desde la vigencia de la Ley 20, minas de la reserva especial del Estado. Y la única disposición legal subsistente, que autoriza la creación de reservas mineras, es el artículo 4o. de la Ley 60 de 1967, que permite al Gobierno, por razones obvias, la creación de reservas temporales sobre zonas que hayan de destinarse a investigaciones especiales del Ministerio de Minas. El Decreto 789 de 1972 que reglamenta esta disposición exige que, al establecer la reserva, se fije el término dentro del cual se harán las investigaciones. Las reservas especiales, las minas de la reserva fiscal han dejado de existir.

"Al entrar en vigencia la Ley 20 de 1969, las minas de Muzo y Coscuez eran objeto de explotación por parte de la Empresa Colombiana de Minas por disposición del Decreto 912 de 1969 cuyo artículo 2o. da a esta empresa comercial o industrial del Estado — según el Decreto —, como objeto primordial, 'a) Explorar, explotar y administrar los

yacimientos de esmeraldas ... cuya alinderación, de acuerdo con el Decreto 400 de 1899, se transcribe íntegramente en este literal y cuyo artículo 19 ordena que terminada la liquidación del contrato —con el Banco de la República— el Gobierno concederá a la Empresa Colombiana de Esmeraldas —de Minas, según denominación posterior— a) Los derechos de exploración, explotación y administración de las minas de Muzo y Coscuez y, para tales efectos, hará entrega material de toda la zona demarcada en el artículo primero del Decreto 400 de 1899'.

"Ya vimos cómo la explotación por parte de la empresa estatal terminó abruptamente y cómo en el famoso comunicado tres ministros hablan de sacar a licitación la explotación de estas minas.

"La causa inmediata de la creación de la Empresa Colombiana de Esmeraldas — hoy de Minas— autorizada por la Ley 145 de 1959, y la causa inmediata de haberse dado como objeto principal de ella la explotación de Muzo y Coscuez fue, como puede verse en los considerandos del Decreto 912 la manifestación del Banco de la República de su intención de terminar el contrato de explotación y administración de las minas, así como la repugnancia del Gobierno a la gestión directa y a la contratación con particulares.

"Pero al establecer el Decreto 1275 de 1970, una clasificación de las minas nacionales para hacerlas objeto de los diversos medios jurídicos de explotación autorizados por la Ley 20 se consagró el régimen de *aporte* como exclusivo medio de explotación de las piedras preciosas. Estos aportes de piedras preciosas —y por consiguiente de esmeraldas— debía hacerse a la Empresa Colombiana de Minas a solicitud de ésta o a solicitud de particulares. Así se deduce del inciso primero del artículo 168 del Decreto 1275 de 1970 y del artículo 172 del mismo estatuto (28 del Decreto 2181 de 1972).

"Es bueno ver que no hay mucha diferencia entre el sistema del Decreto 912 de 1968 y el sistema del Decreto 1275 de 1970.

"En el primero la explotación corre directamente a cargo de la Empresa Colombiana de Minas y en el segundo la Empresa, si no explota directamente, mantendrá la responsabilidad en la dirección de las operaciones en la adopción de los sistemas de control y vigilancia y en las demás regulaciones que garanticen el adecuado aprovechamiento de los recursos minerales.

"Para que la explotación tenga lugar, en el caso de las piedras preciosas, el aporte dado a ECOMINAS por iniciativa de un particular exige la celebración de un contrato entre la Empresa y el particular que gestionó el aporte, contrato en el cual, además de las estipulaciones tendientes a garantizar a ECOMINAS la responsabilidad en la dirección hay que establecer *"la participación del particular en las utilidades"*. (artículo 172. Decreto 1275 de 1970). Es decir, la explotación en este caso es una empresa mixta que se adelanta bajo la dirección y el control de ECOMINAS en que ECOMINAS tiene el palo y el mando pues debe reconocer utilidades al particular. Es decir, la negociación de que habla el estatuto no puede hacerse sobre la base de que el particular reconozca utilidades a ECOMINAS sino al contrario. En este negocio, pues, el particular por disposición legal tiene que estar supeditado al ente oficial.

"El régimen del Decreto 912, por tanto, es el de la *explotación exclusiva* de ECOMINAS; el régimen de aporte consagrado por la Ley como *el único válido* para las esmeraldas de la antigua reserva especial es el de la *explotación de ECOMINAS conjuntamente con un particular.* El régimen de hecho actualmente en ejercicio en virtud de una licitación ilegal absolutamente contraria al régimen del Decreto 912 y del artículo 8o. de la Ley 20 es el de la *explotación exclusiva de un particular.*

"Es necesario insistir en que cuando el Ministerio de Minas aparenta defender el sistema del Decreto 912 con fundamento en la disposición ilegal del artículo 31 tantas veces citado, lo que propicia es una situación absolutamente contraria al régimen de la *explotación exclusiva* y de la *explotación directa* de ECOMINAS porque el Decreto 912 no autoriza la cesión o traspaso de la explotación que el decreto le confirió como el primero y primordial objeto de esa empresa estatal.

"Pero, sobre todo debo insistir en que el artículo 31 cualesquiera que haya sido las intenciones que lo originaron —y aunque hubieran sido las mejores del mundo— constituye una burda burla de la letra y del espíritu del artículo 8o. de la Ley 20, que no es una disposición oscura o confusa sino clarísima en su formulación plausible en su finalidad y cierta en cuanto a lo imperativo de su vigencia.

"Y en esos mismos términos se refirió el apoderado de la parte actora al momento de la audiencia decretada oportunamente, y cuyo resumen obra a folios 47 a 50 del cuaderno 1.

"Por su parte el señor Fiscal 2o. consideró que por no haberse acreditado suficientemente la ilegalidad del acto acusado, deben negarse las súplicas de la demanda ya que el argumento principal de que el régimen para las minas de Muzo y Coscuez ha dejado de regir no se demostró por los medios autorizados por la ley".

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Como quedó reseñado, el Ministerio de Minas y Petróleos no accedió a la solicitud de la Sociedad Compañía Esmeraldífera de Colombia S.O.M. para el aporte a la EMPRESA COLOMBIANA DE MINAS, la zona de terreno que forma parte de la reserva especial esmeraldífera de Muzo y Coscuez, precisamente, porque el terreno sobre,el cual se elevó la solicitud se encuentra sobre una zona de reserva especial, que no ha perdido tal calidad.

2. Para la sociedad demandante, la viabilidad de la solicitud de aporte descansa en la preceptiva del artículo 8o. de la Ley 20 de 1969, en cuanto dispone que: Todas las minas que pertenezcan a la Nación inclusive las de piedras y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radiactivas quedan sujetas al sistema de la concesión del aporte o del permiso conforme a la clasificaciones que adopte el Gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado sólo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales o industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital. Es decir, que a su juicio la norma transcrita (Ley 20/69) abrió la posibilidad para que todas las minas sean susceptibles de explotarse por los sistemas de concesión, de aporte o de permiso, pero que en tratándose *de yacimientos que se encuentran en zonas de reserva especial, solamente podrán hacerlo por el de aporte o concesión a empresas comerciales e industriales o sociedades de economía mixta* que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.

3. De ahí que arguyera, desde el libelo de demanda que los alcances del artículo 8o. transcritos son contrarios a los fijados por el Ministerio de Minas en el acto enjuiciado, puesto que el sistema de aporte está admitido para esta clase de explotaciones de yacimientos, con la limitación de que únicamente procede su vinculación con las entidades allí mencionadas. Y luego sienta la conclusión de la contradicción existente entre dicho precepto, y el artículo 31 del decreto 1275 de 1970 llamado estatuto minero, en cuanto este consagra que: Quedan sometidas al régimen vigente las minas que pertenecen a la

reserva especial del Estado, lo que no es posible ni entendible si se analizan las perspectivas normativas del artículo 8o. puesto que el artículo 31 restringe el campo de aplicación del sistema de aporte generalizado por la Ley 20.

4. La contradicción, que según el demandante se ofrece, debe ser resuelta, a juicio de éste de manera directa: dar aplicación a la norma superior, en este caso el artículo 8o. de la Ley 20 de 1969, con prescindencia del mandato del artículo 31 del Decreto 1275 de 1970, por ser éste reglamentario de aquella ley. En otras palabras: sostener el principio de la inconstitucionalidad en cuanto se debe hacer prevalecer una norma de mayor linaje, no obstante ser posterior, frente a una de menor categoría.

5. Todo lo dicho mueve a la Sala a procurar fijar alcances de los preceptos mencionados en particular para saber si existe, por un lado, la contradicción alegada por la sociedad demandante y, por el otro, para señalar, luego, los efectos de los textos legales mencionados en el caso *sub júdice*.

6. Con la Ley 60 de 1967, se inicia en Colombia el proceso de normación integral alrededor de la materia minera. Normas anteriores contenidas en leyes y decretos, hacían del régimen minero algo disperso, no obstante que con la Ley 38 de 1887 se adoptó para toda la República el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia, que hacía suponer un estatuto coherente, pero que por razones de modificaciones, adiciones posteriores, le fueron restando ese criterio uniforme. Y con la Ley 20 de 1969, en verdad, ese movimiento de integración adquiere mayor prestancia y fortaleza por cuanto en 15 artículos se señalan grandes derroteros en esta materia. Por la relación que tienen con el asunto en estudio, es conveniente destacar los artículos 1o., 2o., 3o., 5o. y 6o. que son del siguiente tenor: *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, solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos. *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. *Artículo 3o.* Los derechos que tengan los particulares sobre minas adquiridas por adjudicación, redención o perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante, se extingue a favor de la Nación salvo fuerza mayor o caso fortuito, a) si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta Ley, los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas; y b) si la explotación, una vez iniciada, se suspende por más de un año. *Artículo 5o.* Al vencimiento de cualquiera de los términos a que se refiere el artículo 3o. de la presente Ley, el derecho sobre los yacimientos respectivos se extingue sin necesidad de providencia alguna que así lo declare, si los interesados no demuestran ante el Ministerio de Minas y Petróleos durante el correspondiente plazo o dentro de los seis meses siguientes, que iniciaron en tiempo la explotación económica o que la suspendieron por causas legales. El Ministerio de Minas y Petróleos podrá verificar la exactitud de los informes y documentos allegados y hacer las comprobaciones que estime necesarias, y mediante providencia motivada, resolverá si se ha demostrado o no el hecho de la explotación o la causal justificativa de la suspensión. *Artículo 8o.* Todas las minas que pertenezcan a la Nación, inclusive las de piedras y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radiactivas quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.

Y con el llamado Estatuto Minero, consignado en el Decreto 1275 de 1970 es con el que se obtiene la verdadera integración, mediante la reglamentación de las dos leyes, anteriormente citadas —60 de 1987 y 20 de 1969—. Varias de las normas de este estatuto, fueron modificadas o adicionadas por el Decreto 2181 de 1972. Merecen mencionarse por idénticas consideraciones anteriores de su relación con el proceso en comento, los artículos 29, 30 y 31 del Decreto 1275 que dicen: *Artículo 29.* La exploración técnica, la explotación económica y el beneficio de las minas de propiedad nacional se pueden adelantar por los sistemas del aporte, de la concesión o del permiso de acuerdo con la clasificación de que tratan los artículos siguientes. La exploración de las minas objeto de concesión se podrán adelantar mediante licencia de exploración. *Artículo 30.* Quedarán sometidas al régimen del aporte: a) Las minas de piedras preciosas o semipreciosas y en especial las de esmeraldas y demás variedades del berilo y de los compuestos de glucinio; b) Las descubiertas por las entidades oficiales y que tengan importancia básica para el desarrollo de la economía nacional, a juicio del Ministerio del Ramo; c) Las minas cuyos titulares opten por este régimen de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 20 de 1969; d) 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; e) 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 con el Ministerio someterse a este régimen; f) Las que el Gobierno determine en resoluciones de carácter general o especial. *Artículo 31.* Quedan sometidas al régimen especial vigente, las minas que pertenecen a la reserva especial del Estado. Terminando tal régimen, su explotación se hará directamente por la Nación o por el sistema de concesión o aporte a favor de empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.

7. Pues bien: La Ley 20 de 1969 debe ser analizada en un todo, y no de manera fragmentaria teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1o. y 8o. transcritos. El 1o. no hace otra cosa que reiterar dos grandes aspectos: que como lo dispone el artículo 202 de la Constitución Nacional las minas pertenecen a la Nación y que se han de respetar los derechos adquiridos por los particulares. Lógico precepto los derechos constituidos a favor de terceros deben ser respetados y esos derechos por expresa referencia de la norma son los que han nacido por situaciones jurídicas subjetivas y concretas, es decir, por aquellos actos surgidos y amparados bajo la vigencia de leyes anteriores pero debidamente particularizados. Entonces, todos los preceptos posteriores a la Ley 20 de 1969, deben tener en cuenta, de manera irrefrenable, este mandato. Lo dispuesto entonces en el restante articulado debe sujetarse a este sano principio de respeto de los derechos adquiridos.

8. Se ha de entender pues, que cualquier contrato, permiso, concesión, aporte, etc., vigente al momento de entrar a regir la Ley 20 de 1969 no puede ser desconocido por nadie. Comenzando, como es obvio, por el propio Estado. Y los que tengan una situación subjetiva concreta de cualquier modalidad y bajo la tutela de disposiciones anteriores, serán considerados como terceros. Esto es, frente al Estado, toda persona, natural o jurídica distinta a él, debe calificársele como tal. Por eso el artículo 3o. se encarga de señalar las condiciones de extinción de los derechos de los particulares, precisamente para reflejar el propósito de la ley de la utilización de las minas con criterio de beneficio para la comunidad.

9. Ahora bien: el artículo 8o. de la Ley 20 de 1969, reafirma ese propósito de aprovechamiento de la riqueza minera, al consagrar que todas las minas que pertenezcan a la Nación, quedan cobijadas por el sistema de concesión del aporte o del permiso, para permitir, en suerte, que se integre a la economía del país el renglón de la minería, con el concurso o participación de particulares. Es, con el esfuerzo común, con el que se inten-

ta el desarrollo de la actividad minera. Eso es evidente. Esas tres modalidades de explotación: concesión, aporte y permiso, sin embargo, se restringe cuando se trata de yacimientos, que constituyen reserva especial en cuanto solamente podrán aportarse o concederse, mas no permitirse, a empresas comerciales e industriales de la Nación o sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital. Esta apertura en la explotación de las minas, en las condiciones señaladas, obviamente, debe estar vinculada al mandato del artículo 1o. en cuanto advierte que los derechos de terceros derivados de situaciones subjetivas y concretas no podrán ser desconocidos.

10. En ese orden de ideas, las minas que pertenezcan a la Nación, que lo son todas, pueden ser entregadas a particulares aún las que se encuentran en zonas de reserva especial, a título de concesión o de aporte, siempre y cuando no tuvieren al momento de la expedición de la Ley 20 de 1969, situaciones subjetivas y concretas en favor de terceros puesto que estos no pueden ser afectados por una norma posterior, en sentido contrario. Y es que no existe. Por eso, insiste la Sala en que el artículo 8o. debe armonizarse con el 1o. No se debe prescindir de su consideración y aplicación, ya que iría en detrimento de legítimos derechos de terceros.

11. Todo lo dicho, sirve para concluir: no existe la contradicción que aduce en este proceso la Sociedad demandante, entre el artículo 8o. de la Ley 20 de 1969 y el artículo 31 del Decreto Reglamentario 1275 de 1970, por cuanto éste último no hace otra cosa que reiterar lo dispuesto en aquel, no obstante emplear, en cierto pasaje del precepto, otras expresiones. Veamos: al decir que quedan sometidas al régimen especial vigente de las minas que pertenecen a la reserva especial del Estado, está ratificando el criterio de la ley que estas clases de minas sobre las que recaiga una situación subjetiva y concreta deben regirse por el sistema vigente al momento de la vigencia del Decreto 1275, porque de no ser así, se desconocerían los derechos constituídos, en favor de terceros. Tan es así como la parte siguiente del artículo 31, dice que: terminando tal régimen, o lo que es lo mismo, el conjunto de ordenamiento sobre la materia, que crean situaciones especiales, la explotación se hará, precisamente, en las mismas condiciones mencionadas por el artículo 8o. de la Ley 20 de 1969, o sea por el sistema de concesión o aporte a favor de las empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tenga una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.

No hay, de ese modo, contradicción entre los dos textos comentados, y mucho menos la inconstitucionalidad en el artículo 31 del Decreto 1275. Precisamente cuando el artículo 30 del Decreto 1275 establece que queden sometidas al régimen del aporte las minas de piedras preciosas o semipreciosas y en especial de esmeraldas y demás variedades del berilo y de los compuestos de glucinio, no hace otra cosa que significar que las etapas de exploración técnica, explotación económica y el beneficio de las minas (artículo 29 ibídem), mediante el aporte de particulares se someten igualmente a las reglas de la Ley 20 de 1969 dentro del marco normativo integral impuesto por ésta, porque carecería de sentido que se pudiera permitir aporte sobre minas que pertenecen a la reserva especial o a cualquier otras sin la observancia del mandato del respeto de los derechos de terceros.

12. En derredor al caso en estudio se aprecia que la solicitud de aporte la elevó la sociedad demandante sobre zona de terreno que forma parte de la reserva especial esmeraldífera de Muzo y Coscuez. Así se dice en el acto acusado y así se sostiene en el escrito de demanda. ¿Y qué incidencia ha de tener esa situación? Aisladamente ninguna, porque frente al artículo 8o. de la Ley 20 de 1969, pueden ser materia de aporte o de concesión las minas que constituyen reserva especial a las empresas que expresamente allí se

mencionan. Pero no si existe algún derecho en favor de terceros, sobre determinadas zonas calificadas de reserva especial, porque éstos merecen la protección que resalta el artículo 1o. de la Ley 20.

13. Una de las consideraciones de la Resolución 2353, para la negativa al aporte, es que las minas de esmeraldas que se encuentran en la zona de reserva descrita en el artículo 1o. del Decreto 400 de 1899, entre las que se encuentran las de Muzo y Coscuez, por mandato del Decreto 912 de 1968 serían entregadas a la Empresa Colombiana de Minas para su explotación, exploración y administración, una vez liquidado el contrato con el Banco de la República y que esa situación existe y el derecho no se ha extinguido hasta el momento de solicitarse el aporte.

Ciertamente el Decreto 912 de 1968, que creó la Empresa Colombiana de Esmeraldas en su artículo 2o. al señalarse su objeto dispuso: a) Explorar, explotar y administrar los yacimientos de esmeraldas y demás piedras preciosas y semipreciosas. Y como antecedente de esta disposición se encuentran la Ley 145 de 1969 que ordenó que las minas de Muzo y Coscuez una vez terminado el régimen especial vigente en ese entonces que era a favor del Banco de la República, podían explotarse directamente por la Nación o en la forma que el Gobierno estimare conveniente y autorizó a éste para la organización de la Empresa Colombiana de Esmeraldas.

El Decreto 3161 de 1968, reorgánico del Ministerio de Minas y Petróleos en el artículo 31 le cambió la denominación a la Empresa Colombiana de Esmeraldas, por la de Empresa Colombiana de Minas. Y el Decreto 122 de 1970 aprobó los estatutos de la Empresa Colombiana de Minas y señaló entre su objeto: d) Explorar, explotar y administrar los yacimientos de esmeraldas y demás piedras preciosas y semipreciosas, de berilo o glucinio o de cualesquiera otras especies de minerales que se encuentren dentro de la zona de reserva nacional cuya alindación de acuerdo con el artículo 1o. del Decreto 400 de 1899, es la siguiente:

Por la Quebrada de Sorquecito arriba, desde la boca en el Río Minero hasta el más alto filo en la serranía de Itoco, en la dirección de Quipama; el filo de dicha serranía, hasta ponerse en el punto más inmediato a las vertientes de la quebrada Tambrías; la quebrada Tambrías hasta su desembocadura en el Río Minero y este Río aguas arriba, hasta la boca de la quebrada Sorquecito.

14. Quiere decir lo expuesto que la Empresa Colombiana de Minas tiene a su cargo la exploración, explotación y administración de las minas de esmeraldas situadas en la zona de Muzo y Coscuez que tiene su fuente en leyes y decretos especiales, hasta tanto no se extingan por cualquiera de los medios previstos por las normas que regulan la materia. Se concretan, entonces, los alcances del artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 por ser derechos adquiridos con anterioridad a la vigencia de esta ley. Es, por ende, una situación subjetiva que encuadra con exactitud, en los propósitos de la citada ley. ¿Pueden arrebatárseles esos derechos, so pretexto de que el artículo 8o. dispuso, de manera general, que todas las minas, aun las que constituyen reserva especial, pueden aportarse o concederse? No lo entiende así la Sala, puesto que parte de la noción de armonía entre el artículo 1o. y el 8o. como ya quedó visto.

Por tanto, le correspondía a la parte demandante acreditar que los derechos de exploración, explotación y administración de las minas de Muzo y Coscuez dejaron de pertenecer a la Empresa Colombiana de Minas, por haber terminado ese régimen o cualquier otra forma de especial beneficio. Porque si bien es cierto es que esta empresa tiene deberes que no son otros que el de la exploración técnica, la explotación económica y la administración de esas minas, en cumplimiento del verdadero cometido de la ley que inspiró su destinación, y que deben atenderse plenamente, so pena que terminen esas

prerrogativas, mientras esto no ocurra, por cualesquiera de los medios advertidos por las leyes, debe aceptarse esa situación que se refleja, como es obvio, en derechos concretos como son los de exploración, explotación y administración.

15. Y dentro del proceso no se ha demostrado ni la extinción ni la terminación del régimen especial, constituido a favor de la Empresa Colombiana de Minas sobre las minas de Muzo y Coscuez, y sobre cuya zona se contrae la solicitud de permiso. Por ende, el acto acusado está revestido de legalidad.

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

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección

José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

NULIDADES PROCESALES.— Falta de COMPETENCIA, sí es el causal de nulidad en los procesos de la jurisdicción contencioso administrativa.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda—Bogotá D.E., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanin Tello**

Ref: Expediente No. 7138. Res. Ministeriales

Actor: **Efraín Mayorga Uribe.**

El señor Efraín Mayorga Uribe, actuando por intermedio de apoderado en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, presentó demanda ante el Consejo de Estado, con el fin de hacer las siguientes peticiones:

"*Primera.* Que por falta de pronunciamiento y con base en el Artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 declare el silencio administrativo en que ha incurrido el Ministerio de Defensa Nacional y, por consiguiente, agotada la vía gubernativa y desestimadas las peti-

ciones que hice en demanda presentada a dicho Ministerio el 26 de septiembre de 1980 con el siguiente fin: "Primera: Que la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional al señor EFRAIN MAYORGA URIBE, sea reajustada como lo ordena la Ley 4a. de 1976 y la Circular Número 00011, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 10 de febrero de 1978, o sea con una suma fija de $ 390.oo más el 25% del valor de dicha pensión. Segunda: Que el reajuste a que tiene derecho el pensionado MAYORGA URIBE se ordene desde la vigencia de la Ley 4a. de 1976 en adelante e incluyendo las mesadas adicionales a que haya lugar".

"*Segunda:* Que como consecuencia de la declaratoria de silencio administrativo y agotamiento de la vía gubernativa pedidos, y para restablecerlo en el derecho violado, se condene a la nación colombiana para que por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, con cargo a su propio presupuesto y dentro del término improrrogable señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, reajuste la pensión de jubilación que el señor EFRAIN MAYORGA URIBE recibe de dicho Ministerio, en la proporción determinada en la Ley 4a. de 1976 y Circular 00011, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 10 de febrero del año de 1978.

"*Tercera:* Que el reajuste se decrete a partir del mes de enero del año de 1976, vigencia de la Ley 4a., o en subsidio desde 4 años atrás de la fecha de presentación de la respectiva demanda ante el Ministerio de Defensa Nacional".

Al emitir su concepto de fondo, el señor Fiscal Cuarto de la Corporación se expresa en los siguientes términos:

"El reajuste pensional del presente caso se reclama a partir del 1o. de enero de 1976.

"Cuando se discute derechos pensionales, la cuantía se determina '... por lo que se deba a la suma de lo que se deba según la demanda, *desde que se causaron* dichos emolumentos o prestaciones hasta la presentación de la misma, sin pasar de tres años'. (Decreto 2061 de 1966, se ha subrayado).

"El valor de lo debido, según la demanda, durante los años de 1976, 1977 y 1978 asciende a la suma de $ 57.328.44, inferior a $ 150.00.oo para que el Consejo de Estado conozca en única instancia (fl. 9 y 10).

"Debe observar esta Fiscalía la inconveniencia de la costumbre introducida por algunos interesados de hacer las cuentas de tal manera acomodadas que el Consejo de Estado sea quien conozca en única instancia, de suerte que, si esta Corporación no decreta la nulidad sino simplemente envía el proceso al Tribunal correspondiente, resulta tramitándole a éste la instancia que le asigna la ley.

"En opinión de esta Agencia del Ministerio Público, dada la circunstancia de que el Consejo no tiene competencia para ello, lo acertado es decretar la nulidad por tal razón desde el auto admisorio de la demanda".

Para resolver, se considera:

Tiene razón la Fiscalía, pues el monto de reclamado respecto de los años de 1976, 1977 y 1978 (los únicos que se deben tener en cuenta para efectos de determinar la cuantía, según el Decreto 2061 de 1966, artículo 2o., literal b), es muy inferior a la suma de ciento cincuenta mil pesos que determina la competencia del Consejo de Estado en única instancia, de conformidad con el Decreto 528 de 1964 y la Ley 22 de 1977.

Como el demandante es vecino de Bogotá, tiene competencia para conocer del negocio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Al cual habrá de remitirse el expediente, previa anulación de lo actuado.

En auto del 19 de enero del presente año, el ponente de esta providencia sostuvo la siguiente tesis, que acoge la Sala:

"Opina el apoderado del demandante que de no ser competente el Consejo de Estado no cabe declarar la nulidad de la actuación sino remitir el negocio al Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues, en su concepto, la falta de competencia no está prevista como causal de nulidad para los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"No cree la Sala Unitaria que tenga aplicación en este caso el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues él regula exclusivamente el trámite de los conflictos de competencia y una de las consecuencias de su solución, que es la declaración de incompetencia. Tan cierto es lo anterior que el mismo Código de Procedimiento Civil prevé, en el numeral 2, de su artículo 152, la falta de competencia como causal de nulidad.

"Considera la Sala Unitaria que la falta de competencia sí es causal de nulidad en los procesos de esta jurisdicción. Lo que sucede es que el Código Contencioso Administrativo hizo una errónea hibridación de dos instituciones distintas, al contemplarlas en forma negativa, es decir, al establecer su falta como causal de nulidad: la jurisdicción y la competencia.

"Cabe entonces declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 113 —ordinal 1o.)— del C.C.A., y ordenar la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia (Expediente No. 7323. Autoridades Nales.- Actor: Cástor Iván Correa Castaño).

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

RESUELVE:

1o. Declárase la nulidad de todo lo actuado en el presente negocio, a partir del auto adminorio de la demanda, inclusive.

2o. Remítase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 3 de febrero de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orjuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

HUELGA.— Concepto. La ley la concibe como el último paso dentro de un proceso en el cual se están debatiendo intereses económicos opuestos del patrono y de los trabajadores cuando no ha sido posible llegar a un acuerdo por medio del arreglo directo o la conciliación.

SUSPENSION COLECTIVA DE TRABAJO. Es ilegal. (Artículo 450 C. S. del T.). Concepto de suspensión colectiva de trabajo. FUERO SINDICAL. Consecuencias.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda— Bogotá D.E., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello**

Ref: Expediente No. 7111. Resoluciones Ministeriales

Actor: **Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Maderas Compensadas, S.A.**

El Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Maderas Compensadas, S.A., actuando por intermedio de apoderado, presentó demanda ante el Consejo de Estado, con el fin de obtener la anulación de la Resolución No. 3653 de 1981, por medio de la cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declaró ilegal el paro realizado por un grupo de trabajadores de la empresa del mismo nombre y autorizó a ésta para despedir a quienes "hubieren intervenido o participado en el cese colectivo de actividades", previo cumplimiento del procedimiento señalado en las Resoluciones ministeriales 1064 y 1091, modificadas por la No. 0342 de 1977.

Son hechos de la demanda los siguientes:

"1) Existe con domicilio en Cali el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S.A., con personería jurídica No. 1180 de septiembre 28 de 1954.

"2) El 22 de julio de 1981, mediante la resolución demandada el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declaró ilegal un cese de actividades atribuido a los trabajadores de la empresa Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S.A. —Codemaco—, domiciliada en el Municipio de Yumbo, Departamento del Valle del Cauca.

"3) En el artículo segundo de la resolución acusada el Ministerio de Trabajo dispuso que "el despido de trabajadores amparados por el fuero sindical no requerirá previa calificación judicial".

"4) El presunto paro colectivo de labores no se produjo realmente, pues los hechos así calificados no fueron otra cosa que una protesta colectiva y momentanea de los trabajadores".

Como normas violadas señala la apoderada del Sindicato los artículos 450 y 372 del Código Sustantivo del Trabajo y 66 de la Ley 167 de 1941.

El concepto de la violación consiste esencialmente en que "el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, condiciona el reconocimiento por el Ministerio de Trabajo, de la facultad patronal de despedir al personal aforado, sin previa calificación judicial, cuando se ha producido un paro declarado ilegal, a la suspensión de la personería jurídica del

sindicato". Según la apoderada de la mencionada organización sindical, "mientras esté vigente la personería jurídica de un sindicato no puede nadie, ni siquiera el Ministerio de Trabajo, desconocerle los derechos que de esa personería se derivan, uno de los cuales es el de que sus miembros amparados por el fuero sindical solamente pueden ser despedidos con previa autorización judicial".

Habiéndose producido el concepto fiscal y culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala se encuentra totalmente de acuerdo con el concepto de la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado que refuta los argumentos de la apoderada del Sindicato demandante, carentes de fundamento jurídico y divergentes del texto y sentido de la norma que reputa infringida. Por eso los transcribe y acoge como fundamento de su fallo. Se expresa así la señora Fiscal:

"Aun cuando en la demanda sólo tangencialmente se afirma que no hubo cese de actividades sino un momentáneo movimiento de protesta, y todos los argumentos están encaminados a demostrar la ilegalidad de la autorización de despido del personal con fuero sindical, estima este Despacho indispensable analizar en primer término si hubo cese de actividades, si éste fue ilegal, y finalmente, cuáles son las consecuencias propias de una declaratoria de ilegalidad".

"**¿Hubo cese de actividades ilegal?**

"La huelga, tal como está contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el Código Sustantivo del Trabajo, es un derecho concedido a los trabajadores, que debe respetarse y también ejercitarse de acuerdo a las normas reguladoras de tal ejercicio.

"La ley la concibe como el último paso dentro de un proceso en el cual se están debatiendo intereses económicos opuestos del patrono y de los trabajadores, cuando no ha sido posible llegar a un acuerdo por medio del arreglo directo o la conciliación.

"Pero es claro que la suspensión colectiva de trabajo que se llevó a efecto por fuera de las previsiones y del trámite establecido en las normas es ilegal.

"Por esta razón el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 450 contempla entre las causales de ilegalidad la de no haberse cumplido previamente los procedimientos de arreglo directo y de conciliación en forma legal, o cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas.

"Por suspensión colectiva de trabajo debe entenderse, como su nombre lo indica, una interrupción de las labores ordinarias, llevada a cabo por un grupo de trabajadores. Si esto ocurre por fuera de los cauces legales, así debe ser declarado por el Ministerio del Trabajo.

"En el caso de autos es indudable que la suspensión colectiva de labores se produjo como pudo constatarlo una Inspectora del Trabajo. Que ella obedecía a una orden a escala nacional impartida por la CSTC, para protestar por una proyectada reforma laboral sobre congelación de cesantía, por la parcialidad del Ministerio de Trabajo en favor de los patronos y contra los Tribunales de Arbitramento. Además, por supuestas violaciones de la empresa a la Convención Colectiva de Trabajo.

"Claramente se observa, que entre la empresa y sus trabajadores no existía ningún conflicto preciso ni se estaba gestionando pliego de peticiones. En consecuencia, mal podían haberse cumplido las etapas previas a la declaratoria de huelga.

"Se trataba más bien de una protesta nacional a fin de presionar al Gobierno para que se abstuviera de presentar una reforma laboral que no era del agrado de los trabajadores, las quejas contra la empresa son muy imprecisas y de todas formas el medio para subsanar una situación de esta clase no era el cese de actividades.

"De lo anterior concluye este Despacho, que la declaratoria de ilegalidad se produjo conforme a derecho.

"Consecuencias de la declaratoria de ilegalidad

"Es aquí donde debe analizarse si le asiste razón a la parte demandante en sus argumentos.

"El numeral 2o. del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

'Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el patrono queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero, el despido no requerirá calificación judicial. En la misma providencia en que se decrete la ilegalidad se hará tal declaración y se suspenderá por un término de dos (2) a seis (6) meses la personería jurídica del Sindicato que haya promovido o apoyado la suspensión o paro del trabajo, y aún podrá decretarse su disolución, a juicio de la entidad o funcionario que haga la calificación.'

"Es entonces el artículo transcrito el que señala las consecuencias de la ilegalidad, que no son otras que la autorización de despidos y la suspensión o cancelación de la personería jurídica del Sindicato que haya promovido el cese de actividades.

"No encuentra la Fiscalía ninguna interdependencia o condicionamiento entre ellas, proveniente de la Ley. La autorización de despido es independiente de la suspensión o cancelación de la personería jurídica del Sindicato, pues incluso entre los despedidos puede haber trabajadores no sindicalizados.

"En cuanto a los amparados por fuero sindical, si bien es cierto que el fuero se deriva de su condición de dirigentes sindicales, éste es un derecho independiente de los del Sindicato, que puede perderse sin que por ello tenga que dejar de existir la organización sindical.

"De estas dos consecuencias que la ley le da a la declaratoria de ilegalidad, una constituye sanción para los trabajadores implicados, y la otra para el Sindicato promotor o impulsador del paro. La imposición de una no conlleva necesariamente la de otra pues puede ocurrir, como en el caso presente, que el paro no hubiera sido promovido por el Sindicato de Base de la empresa, y resultaría ilegal sancionarlo sin causa justificativa .

"En este orden de ideas la Fiscalía encuentra que no son válidas las argumentaciones del libelo, tendientes a demostrar la violación de las normas en él citadas, y por tanto concluye que la presunción de legalidad del acto acusado no ha sido desvirtuada".

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 de su Fiscal colaboradora,

FALLA

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión celebrada el día 3 de febrero de 1984.

Expediente No. 7177

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

VACACIONES.— Iniciación e interrupción. Es la entidad u organismo la que tiene facultades para señalar la fecha de iniciación de las vacaciones o de reanudación de ellas, en caso de interrupción justificada de las mismas. VACANCIA DEL CARGO.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda—Bogotá D.E., cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).-

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello**

Ref: Expediente No. 6454. Resoluciones Ministeriales

Actor: **William Balbín Alvarez.**

Se decide el recurso de apelación que contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 12 de agosto de 1981, interpuso el señor William Balbín Alvarez, por cuanto en dicho fallo la mencionada Corporación denegó las peticiones de la demanda que el recurrente había presentado por intermedio de apoderado.

En la demanda se pidió al Tribunal que hiciera los siguientes pronunciamientos:

"I) *En relación con la Resolución No. 2386 de 1977*

"1o. Declárase que se encuentra agotada la VIA GUBERNATIVA, en virtud del silencio administrativo, puesto que el Ministerio de Minas y Energía *no ha desatado el recurso de reposición* interpuesto contra la Resolución No. 2386 de 1977.

"SUBSIDIARIAMENTE, que se encuentra agotada la vía gubernativa.

"2o. Declárase la nulidad de la Resolución No. 2386 de julio 29 de 1977, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se decreta la vacancia del cargo que desempeñaba el Ingeniero WILLIAM BALBIN por la causal de abandono del cargo.

"3o Como restablecimiento del derecho se ordena:

"a) Decrétase el reintegro del Ingeniero William Balbín al cargo de Jefe de Grupo de Personal Técnico III—26— Grupo de Evaluación y Proyectos —Sección de Fomento Minero División de Minas en el Ministerio de Minas y Energía o a otro equivalente o superior del mismo Ministerio.

"b) Decrétase el pago de todas las asignaciones y prestaciones, junto con sus aumentos, etc., a que tenía derecho desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro en cumplimiento de esta providencia.

"c) Declárase que no ha existido solución de continuidad en el servicio, por motivos del acto impugnado, para todos los efectos.

"d) Ordénase suprimir de la Hoja de Vida del Ingeniero WILLIAM BALBIN las observaciones o anotaciones a que haya dado lugar la resolución No. 2386 de 1977, emanada del Ministerio de Minas y Energía.

"II) *En relación con el Oficio de Agosto 5 de 1977, emanado del Auditor General de la Contraloría General de la República ante el Ministerio de Minas y Energía.*

"1o. Declárase la nulidad del Oficio de agosto 5 de 1977 proferido por el Auditor General de la Contraloría General de la República ante el Ministerio de Minas y Energía y dirigido al Pagador de dicho Ministerio, por medio del cual ordena exigir al Ingeniero WILLIAM BALBIN los valores recibidos por éste a partir de julio 8 de 1977.

"2o. En el evento de que para la fecha de la providencia que se dicte en este proceso se haya hecho efectiva la citada orden, como restablecimiento del derecho se decreta el pago de tal período como de vacaciones".

La parte de los hechos de la demanda que son pertinentes, los relata así el apoderado del actor:

"5o. En ejercicio de los derechos que consagra la Legislación Laboral Administrativa, el Ingeniero Balbín reclamó su descanso remunerado anual, así:

"5—A. Solicitó la concesión de sus VACACIONES ANUALES por el lapso comprendido de servicio de mayo 16 de 1976 a la misma fecha en 1977, por medio de nota de mayo 11 de 1977, *a partir de mayo 16 ib.*

"5—B. El Ministerio de Minas y Energía, por Resolución No. 1587 de mayo 16 de 1977 concedió las vacaciones al Ingeniero Balbín *a partir de junio 1o. del mismo año,* acto administrativo que comunicó por medio del oficio No. 789 del 18 de mayo de 1977.

"5—C. Antes de conocer la fecha de declaratoria de vacaciones, el actor solicitó su aplazamiento por doce días, es decir, hasta el 16 de mayo de 1977, para dedicarse a concluir un importante trabajo: "—Conceptos Básicos para evaluar la capacidad económica y técnica—" y otros adicionales, con lo cual se demuestra su consagración y ejemplar conducta de funcionario público, que postergó su descanso remunerado para cumplir con los deberes de su cargo.

"5—D. Sin embargo, en la fecha prevista tampoco pudo disfrutar de sus vacaciones porque aún no había concluido sus trabajos.

"5—E. Finalmente, *a partir del 5 de julio de 1977,* cuando había concluido sus trabajos, informó a la Jefatura de Personal que desde esa fecha haría uso de sus vacaciones.

"5—F Durante el mes de junio hasta la fecha en que verdaderamente salió a vacaciones, estuvo al frente de sus labores en la oficina que le correspondía.

"5—G. La Jefatura de Personal, en forma equívoca, consideró que el demandante había hecho uso de su descanso anual a partir de junio 15 de 1977, por lo cual debía reintegrarse al trabajo el 8 de julio del mismo año, cuando en realidad para esa época apenas iniciaba sus vacaciones.

"5—H. El actor disfrutó de sus vacaciones a partir del 5 de julio de 1977, pero al reintegrarse al trabajo fue sorprendido con el acto administrativo de su desvinculación.

"6o.— El Ministerio de Minas por medio de la Resolución No. 2386 del 29 de julio de 1977, con fundamento en el criterio errado de la Jefatura de Personal acerca del verdadero período en que el Ingeniero Balbín disfrutó de sus vacaciones, procedió a declarar la VACANCIA DEL CARGO por considerar que el actor no reasumió sus funciones al vencimiento de las vacaciones. Este acto administrativo fue notificado por EDICTO que se fijó por un término de 5 días a partir del 3 de agosto de 1977 y con las facultades de interponer el Recurso de Reposición dentro de los cinco (5) días a partir de la desfijación.

"Contra esta decisión, oportunamente el actor interpuso el recurso de REPOSICION, recurso que la Administración no ha desatado.

"7o.— Con fecha 5 de agosto de 1977, la Auditoría General de la Contraloría General de la República ante el Ministerio de Minas y Energía se dirigió al Pagador del Ministerio para solicitarle que exigiera al demandante la devolución de los valores cobrados a partir del 8 de julio de 1977, porque había sido separado del cargo a partir de tal fecha en virtud de la Resolución No. 2386 de 1977".

Como disposiciones violadas se señalan en la demanda los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, 8o. y siguientes del Decreto 3135 de 1968, 43 y siguientes del Decreto 1848 de 1969.

En torno a esas disposiciones se expone el concepto de la violación que estriba en que la resolución acusada está afectada de falsa motivación, pues en sentir del actor no hubo abandono del cargo, conforme a los hechos que relata en la demanda, puesto que en el período que se imputa a vacaciones él estuvo trabajando y en aquél que se reputa como de abandono del cargo estuvo disfrutando de su descanso anual. Considera que también tuvo falsa motivación el acto administrativo contenido en el oficio cuya nulidad se pide, por cuanto califica cobro por sueldo lo que el actor recibió por concepto de vacaciones.

En el alegato presentado en la segunda instancia, el apoderado del acto amplía los argumentos expuestos en la demanda, con el objeto de demostrar que su representado prestó servicios al Ministerio de Minas y Energía hasta el cinco (5) de julio de 1977 (fols. 151 a 153).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, se expresa de la siguiente manera:

"En anteriores oportunidades esta Agencia del Ministerio Público expuso in extenso sus puntos de vista sobre las implicaciones procesales cuando en el libelo inicial no se indica como demandada a *persona jurídica* alguna, sino a una dependencia nacional, departamental o municipal (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, secretarías departamentales o municipios, juzgados, tribunales, senado de la re-

pública, cámara de representantes, tribunales, etc.), para concluir en que o bien se configuraba una causal de nulidad, o mejor, faltaba el presupuesto procesal capacidad para ser parte en la demanda.

"La apreciación del Ministerio Público vino a ser avalada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 15 de junio de 1983, en la cual se expresó así:

"Como se desprende de lo expuesto, la sentencia señalada como contrariada no podría tratar el tema de la solidaridad por cuanto el acto enjuiciado había sido proferido por el *Ministerio* de Defensa Nacional, el cual forma parte de la estructura de la administración centralizada de la *Nación, por lo que era a ésta a la que había que demandar* en rigor jurídico". (expediente 10.999, tomo 3o./83 página 144. Subrayas de la Fiscalía).

"Más recientemente, en providencia de la Sección Segunda, se reiteró el mismo criterio, o sea decir, que no es correcto dirigir la acción contra un "organismo" del estado carente de personería jurídica (proceso No. 6962, actor: José Federico Uribe Cortés).

"Como en el caso que ahora es objeto de examen la acción se ha dirigido contra el Ministerio de Minas y Energía, dependencia sin personería jurídica, falta en ella el presupuesto procesal capacidad para ser parte y, en consecuencia, debe proferirse una decisión inhibitoria".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe referirse la Sala, en primer lugar, al concepto del señor Fiscal y al respecto observa que el actor no demandó al Ministerio de Minas y Energía, sino que pidió la nulidad de un acto administrativo expedido por dicha entidad y expresó en su demanda: "Como los actos acusados emanan de autoridades de orden nacional (Ministro de Minas y Energía y Auditor General de la Contraloría General de la República ante dicho Ministerio), corresponde la defensa de su legalidad al MINISTERIO PUBLICO" (artículo 143 de la Constitución Nacional).

Por consiguiente, no considera la Sala que proceda el pronunciamiento inhibitorio que solicita el señor Fiscal.

En lo concerniente a la cuestión de fondo, la Sala encuentra que la sentencia apelada está ajustada a derecho, que el análisis que en ella se hace de los hechos se ciñe a las pruebas que obran en el expediente y que sus conclusiones de índole jurídica están acordes con las disposiciones legales y reglamentarias que conforman el régimen de las vacaciones en el sector oficial y con el orden de legalidad y de autoridad que debe existir en un organismo público.

De conformidad con las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias, es la respectiva entidad u organismo que puede, por medio del funcionario competente, aplazar el disfrute de las vacaciones de un empleado, por necesidades del servicio; es la entidad u organismo que tiene facultad para señalar la fecha de iniciación de las vacaciones o de reanudación de ellas, en caso de interrupción justificada de las mismas (artículo 9o. del Decreto extraordinario 3135 de 1968, 45 y 49 del reglamentario 1848 de 1969, entonces vigentes).

Los empleados que llenen los requisitos legales tienen derecho a disfrutar sus vacaciones y a obtener que sean concedidas dentro del año siguiente a la fecha en que se causen; pero no tienen facultad para tomarlas cuando quieran, en la misma forma aplazar su disfrute o reanudarlas. Si de hecho tal cosa se permitiera se estaría infringiendo la ley, por una parte, y, por la otra, se rompería el principio de autoridad y la respectiva entidad quedaría sumida en la anarquía, sin que sus funcionarios directivos pudieran saber en un momento determinado con qué empleados pueden contar para el normal funcionamiento de aquella y de los servicios que le corresponde prestar.

Se equivocó el actor al creer que podía, por su propia voluntad, interrumpir sus vacaciones, "de hecho", dice su apoderado, cuando es una situación regulada por la ley. Y se equivocó al informar a la Jefatura de Personal que a partir del 5 de julio de 1977 haría "uso efectivo" de sus vacaciones, puesto que si hubo una interrupción justificada de ellas, debió solicitar que se le señalara fecha para reanudarlas (artículo 49, en coordinación con el 45, del decreto 1849 de 1969).

Invoca en su favor, el demandante, los testimonios que aparecen del folio 48 al 54 del expediente. Ninguno de los testigos afirma que en el lapso en que el actor dice que suspendió sus vacaciones lo vio trabajando permanentemente en el correspondiente Ministerio, que prestara sus servicios todos los días, tanto por la mañana como por la tarde. El primero afirma: "unas veces *lo veía* por la mañana y otras veces *lo veía* por la tarde" (fol. 50; subraya la Sala); el segundo: "me consta que el Ingeniero BALBIN estuvo llendo (sic) al Ministerio a laborar durante ese tiempo, pero no con la frecuencia que requiere el Ministerio en sus jornadas diarias de trabajo" (fol. 52); y el tercero: "me consta que el Ingeniero WILLIAM BALBIN asistía al Ministerio de Minas unas veces por la mañana otras por la tarde, durante un período que se suponía que se encontraba en vacaciones, más concretamente él asistió al Ministerio en la forma antes anotada hasta los primeros días de julio de 1977" (folio 53).

No está demostrado y no sería posible aceptar que la actividad del Ministerio o el trabajo del actor se realizaran en esa forma eventual y no de manera permanente como lo exigen la prestación del servicio público que está a cargo del primero y el cumplimiento de la función que para el segundo implicaba el ejercicio de un empleo público.

No es válido el argumento de que el Ministerio no habría podido proferir, el 28 de junio de 1977, la resolución mediante la cual se ascendió al actor si éste hubiera estado en uso de sus vacaciones, pues para dictar una providencia de esa naturaleza no se requiere que el empleado esté en servicio activo. Discutible la posesión que se le dio, pero ella no es indicativa de que el actor estuviera trabajando durante todo el tiempo que él señala, sino que un día y una hora determinada se presentó en el Despacho del Ministro de Minas y Energía.

Con toda razón pudo decir el Tribunal en la sentencia apelada:

"Saltan a la vista dos hechos. De una parte la autoridad nominadora concedió una prórroga para que el actor disfrutara de ellas, término expresamente aceptado por el demandante en su alegato de conclusión (folio 98), y de otra, en vista de que tal lapso no fue suficiente el Ingeniero Balbín, las tomó a partir del 5 de julio. Es evidente que el actor creó una situación de hecho no amparada por pronunciamiento administrativo alguno y, en consecuencia, el Ministerio de Minas y Energía, una vez comprobado ese hecho, debía proceder como en efecto lo hizo.

"De la conducta asumida por el funcionario se deduce que no tuvo en cuenta el régimen de organización interna de la institución, prueba de ello es que conforme obtuvo

una prórroga de doce (12) días, bien pudo solicitar una nueva en vista de la urgencia y bondad del estudio que realizaba, estudio que en justo derecho debió suspender para cumplir con la orden administrativa impartida. La entidad respondería por los perjuicios que acarreara su disposición. Es lógico que la administración no puede someterse al capricho de un funcionario; de ser así iría a pique el principio de autoridad y en consecuencia no se podría garantizar el buen servicio que es el fin primordial que se persigue.

"Legalmente el abandono de cargo es una causal autónoma de retiro del servicio y que según el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, se produce cuando el empleado 'sin justa causa' incurre en las faltas allí descritas. Aquí el demandante actuó por cuenta propia, sin contar con la autoridad nominadora ni con su orden jerárquico, como puede leerse en el Memorando enviado el 14 de julio de 1977 a la Oficina de Personal por su Jefe inmediato el Dr. Jaime Yepes M, según el cual, desde el 14 de junio no se supo de él hasta el 5 de julio fecha en que se hizo presente para solicitar el Visto Bueno para sus vacaciones y que como es de esperarse fue negado hasta cuando explicara satisfactoriamente la causa de la ausencia durante tal período (folio 78).

"En vista de dicha negativa — continúa el memorando — el Dr. Balbín, manifestó que de todas maneras haría uso de sus vacaciones y que afrontaría las consecuencias del caso. Efectivamente así procedió.

"De acuerdo con los hechos probados, es claro que la administración no tenía alternativa diferente, que la de declarar la vacancia de su cargo".

Resta por decir, en síntesis, que el actor no desvirtuó con pruebas fehacientes la presunción de legalidad de los actos acusados y, por consiguiente, el Tribunal no podía proferir un fallo diferente del que fue apelado.

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 12 de agosto de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de marzo de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PENSIONADOS NO AFILIADOS. CUOTAS.— (Artículo 10 de la Ley 4ª de 1976. ¿A quién debe pasar?
Declárase nulo el literal d) del art. 1o. de la Resolución 02551 de 1982 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda-Bogotá D.E., ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).-

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello**

Ref: Expediente No. 8916. Resoluciones Ministeriales.

Actora: **Esperanza Castillo**

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, la señorita Esperanza Castillo, quien actúa en su propio nombre, pidió que que "con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se declare la NULIDAD de la RESOLUCION No. 2551 del 6 de agosto de 1982, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social "Por la cual se regula la entrega automática, a las organizaciones de tipo nacional de tercer grado, de la cuota descontada a los pensionados; que se encuentra publicado en el Diario Oficial No. 36.165 del 5 de enero de 1983, por considerarla violatoria de normas superiores contenidas en el artículo 10. de la Ley 4a. de 1976; del artículo 9o. del Decreto No. 732 del 22 de abril de 1976 y de los artículos 2o. 20 y 120 Numeral 3 de la Constitución Nacional".

Por estimar que la resolución acusada viola flagrantemente las disposiciones antes citadas, la demandante solicitó la suspensión provisional de ella.

Al señalar el concepto de la violación manifiesta la demandante:

"1o. De acuerdo con los considerandos de la Resolución demandada, el Ministerio publicó avisos solicitando el envío de *sugerencias,* con el fin de llegar a los *acuerdos* previstos en el Decreto Reglamentario de la Ley 4a. de 1976.

"Sobrepasaron así, lo establecido en el artículo 9o. del Decreto No. 732 de 1976 que no contemplaba la posibilidad de llegar a ellos a través de sugerencias.

"El artículo 10. de la Ley 4a. de 1976 ordena la entrega de las cuotas descontadas a los pensionados no afiliados a organización alguna legalmente reconocida, en forma *inmediata* a las organizaciones de tercer grado de carácter nacional, del sector correspondiente, sin que en él encontremos previstos de antemano, acuerdos, avisos ni participación de los 'sectores interesados'.

"Hasta aquí, el primer exceso en que incurrió el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Continuemos:

"2o. Igualmente, dentro de las consideraciones de la resolución, se llega a la conclusión de que, no habiendo sido posibles los acuerdos, las cuotas serán entregadas a las organizaciones de tercer grado de carácter nacional, mediante un *reparto,* justo y *equitativo,* conceptos éstos que sólo encontramos en el acto demandado y en ningún momento, en las normas superiores, violadas en nuestro concepto.

"3o. De igual manera dice la Resolución que no existe acuerdo sobre *la organización* de tercer grado que tenga derecho a las cuotas descontadas a los pensionados no afiliados y, es que no puede ser de otra manera, ya que no es una organización en especial

la que debe beneficiarse de ellas, sino aquella organización de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente (artículo 10. de la Ley 4a. de 1976), sea éste público, oficial, semioficial o privado (artículos 1o., 6o. y 7o, de la Ley 4a. de 1976) a que hubiera pertenecido el trabajador. No podía entonces, entrar el Ministerio a señalar una organización en especial como la beneficiada con las cuotas recaudadas, así se hubiera llegado a ello por medio de un acuerdo con la participación de los interesados. En contraposición, el Ministerio estableció."

"4o. El reparto de las cuotas recaudadas en proporción directa con los pensionados y asociaciones afiliadas a las organizaciones de tercer grado, con desconocimiento total de lo establecido en la Ley 4a. de 1976, artículo 10. y en el artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 732 del mismo año.

"El anterior análisis es a nuestro parecer, suficiente para sostener ante ustedes H. Magistrados, que la Resolución No. 02551 del 6 de agosto de 1982 es a todas luces ilegal. Ahora bien, en lo que se refiere a la violación de las normas constitucionales, nos atrevemos a manifestar que:

"1o. El numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional establece que le corresponde al Presidente de la República, ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, conjuntamente, en este caso, con el Ministro (artículo 57, Inciso 2o. Constitución Nacional), pero fue en este caso el Ministro quien extralimitando sus funciones dictó por medio de la Resolución hoy demandada, un procedimiento especial contrario a la ley y excediendo lo contemplado en el Decreto Reglamentario.

"Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado, que al Ministerio le corresponde'... la reglamentación que podría denominarse secundaria porque vendría a ser un desarrollo del decreto con un contenido más específico y más acentuadamente técnico...'(Expediente No. 3266, Ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar). Pero, no podría decirse que por vía de reglamentación, le esté permitido al gobierno'... de ninguna manera... *dictar normas nuevas, ni ampliar ni restringir* el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas...' (Anales del Consejo de Estado, año LII, Tomo XCIII, Nos. 455 y 456, Segundo semestre, pág. 90).

"Así pues, al establecer el Ministro de Trabajo un procedimiento especial para el cumplimiento de la ley, se excedió y en consecuencia se produjo la Desviación del Poder, violando indirectamente los artículos 2o. y 20 de la Constitución Nacional"

Aunque en el auto admisorio de la demanda se consideró procedente la suspensión provisional del literal d) del artículo 1o. de la Resolución acusada, que establece que "el total de los dineros que por concepto de descuentos a los pensionados no afiliados a organización alguna se distribuirán entre las organizaciones de tercer grado de tipo nacional en proporción directa a los porcentajes que resultan del procedimiento anterior en cada entidad pagadora", lo cierto es que esa medida no se tomó.

Los señores José Bolívar Manjarrez Barranco y José Roberto Echeverry García, actuando éste por intermedio de apoderado, intervinieron en el proceso, el primero para impugnar la demanda y el segundo como coadyuvante.

Refiriéndose al auto de fecha 24 de mayo de 1983, que señala que existe disparidad entre el literal d) del artículo 1o. de la resolución acusada y el inciso segundo del artículo 10 de la ley 4a. de 1976, dice el impugnador:

"Si por disparidad se entiende la desemejanza, desigualdad o diferencia de unas cosas con otras, puede haber disparidad aparente formal de palabra entre las dos frases

antes transcritas, pero no una disparidad en el fondo, esencia o alcance jurídico del asunto, ya que la norma reglamentaria no se sale del marco trazado por el artículo 10 de la Ley 4a. de 1976 o por el artículo 9o. del Decreto 732 de 1976, cuando no se han obtenido los acuerdos de que trata la citada norma reglamentaria y se debe proceder a distribuir el beneficio del medio por ciento entre las organizaciones de tercer grado allí contempladas. Si antes en 1976, sólo había una organización de tercer grado, eso no impide que actualmente haya varias, a ninguna de las cuales se les puede excluir o negar su derecho a participar de tal beneficio cuando con fundamento legal también aspiren a él. Es decir que la que reúna los requisitos exigidos por la ley puede aspirar a recibir los beneficios del 1/2% descontado a los pensionados no organizados.

"2o. Como lo establece el artículo 9o. del vigente Decreto 732 de 1976, el Ministerio de Trabajo en todo caso puede y debe tomar las medidas conducentes para determinar la adjudicación del beneficio del 1/2%, norma que en su desarrollo tuvo en cuenta el Ministerio al expedir la Resolución 2551 de 1982, objeto de la demanda. Esta providencia constituye, tanto en la parte motiva como en la resolutiva, un todo armónico y coherente, y, por consiguiente no es lícito tomarla en forma parcial, o mutilada, para hacerla aparecer con disparidades que no existen en el fondo de su contexto, ya que en materia de interpretación de la ley, basta recordar lo que establece la disposición que hace parte del actual Código Civil, o sea el artículo 30: 'El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

"De modo que cuando el Ministerio hace uso de sus atribuciones y facultades reglamentarias expidiendo órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de la Ley, no está cometiendo un abuso o exceso del poder que le otorga la Constitución Nacional en su artículo 120, sino dictando las medidas necesarias para que pueda tener aplicación el artículo 10 de la Ley 4a. de 1976."

Por su parte el coadyuvante dice, en lo pertinente:

"Ordena el Decreto reglamentario número 732 de 1976, en su artículo 9o. que 'Para efectos del artículo 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 hubiere acuerdos, el Ministerio dictará las medidas necesarias para la aplicación de dicho artículo'. 'Es decir, que según las directrices trazadas en la norma transcrita, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe hacer los contactos necesarios con los PENSIONADOS NO AFILIADOS, entre otros, para los efectos de acordar los procedimientos adecuados encaminados a lograr la entrega, en este caso concreto del Fondo Especial de la ley 42 de 1982, a una confederación que reuna los presupuestos de ley, requisito que en el caso específico de mi representado Echeverry García el Ministerio en cuestión no ha cumplido. Y dicho incumplimiento genera obviamente una abierta violación de la ley tanto mas cuanto que, a sabiendas de dicha violación, el Ministerio profiere de contera la Resolución 02551 de 1982, cuya acusación coadyuvo. (Las mayúsculas son mías)".

Los siguientes son los razonamientos que hace la señora Fiscal Quinto de la Corporación en su concepto de fondo:

"El asunto sub-judice consiste en dilucidar, si la Resolución No. 2551 de 6 de agosto de 1982, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para hacer posible el cumplimiento del artículo 10 de la Ley 4a. de 1976, se ajusta o no a derecho.

En la demanda se argumenta precisamente que dicha resolución infringe el artículo que pretende cumplir y el 9o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976, pues el Ministerio para dictarla acudió a procedimientos no contemplados ni en la ley ni en el reglamento.

"El artículo 10 de la Ley 4a. de 1976, no es, en sentir de la Fiscalía, ni mucho menos de fácil comprensión ni aplicación. Por ello, es de los que requieren de una reglamentación para hacer posible su cumplimiento.

"Trata esta norma de la obligación que tienen las empresas, entidades o patronos que satisfacen pensiones, de recaudar haciendo las deducciones del caso, las cuotas de afiliación periódicas y extraordinarias, que los afiliados a organizaciones de pensionados deban pagar a éstas.

"Para el caso de los pensionados qaue no pertenecen a ninguna organización, se prevé de todas formas un descuento, cuyo valor será entregado a la organización de tipo nacional de la misma industria o entidad que el pensionado designe'.

"Pero si transcurridos 60 días, contados a partir de la fecha en que el trabajador empiece a disfrutar de su pensión, no indica a qué organización deben pasar las cuotas, éstas serán entregadas automáticamente a la organización de tipo nacional, de tercer grado del sector correspondiente.

"En estos términos, y sin reglamentación alguna, la norma sería prácticamente inaplicable.

"En efecto, en el supuesto de que cada pensionado indicara oportunamente la organización beneficiaria de su cuota, sería ya de por sí complicado para la entidad pagadora hacer la distribución en tantas organizaciones cuantas señalaran todos y cada uno de los pensionados.

"Pero más difícil aun, sin su manifestación expresa, pues según la ley, la cuota de cada uno debe ser entregada a la organización nacional de tercer grado, del sector correspondiente.

"¿Y qué se entiende por sector correspondiente? ¿el de los pensionados? ¿el de la profesión u oficio del pensionado? ¿el de la industria en la cual trabajó? ni la ley ni el reglamento lo precisan, pero entiende este Despacho que debe referirse al sector de pensionados, pues son las organizaciones de este género las que pretende beneficiar, cuando el pensionado no se encuentre afiliado a ninguna de ellas en especial'.

"Ahora bien. Si se habla de organizaciones de tercer grado, de tipo nacional, no es posible que la norma haya querido referirse a sector de industria, profesión u oficio, pues esta clase de organizaciones que son las federaciones o confederaciones, no tendrían en cuenta para recibir afiliados este factor, sino el ser organizaciones de pensionados, simplemente.

"Ignora la Fiscalía el número de organizaciones nacionales de tercer grado a que se hayan afiliado las organizaciones de pensionados existentes en el país, pero de todas formas no debe ser muy grande.

"La solución práctica adoptada por el Ministerio para dar cumplimiento a la última parte del artículo 10 que se viene comentando, no excede ni su finalidad ni su contenido, pues distribuye el total de las cuotas, cuyo destinatario no hubiere sido indicado, entre las organizaciones nacionales de tercer grado, en forma proporcional al número de pensionados afiliados que agrupe cada una.

"Se entiende así la finalidad del artículo de beneficiar a las organizaciones de pensionados, señalando un factor de equidad para la distribución entre ellas, si son varias, pues la ley no previó nada al respecto y es irreal imaginar que se pensó que sólo existiera una o que para cada sector industrial o profesional se creara una organización de tercer grado, de carácter nacional.

"La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido siempre, que el reglamento no puede exceder la norma reglamentada: pero que su extensión será mayor o menor, según que la disposición sustantiva sea clara y de fácil aplicación, o deje su efectividad pendiente del reglamento.

"En el caso de autos este campo debe ser amplio, pues el contenido de la norma no permite, como se ha visto, su real cumplimiento.

"Por otra parte, la demandante a través de sus argumentos hace pensar, que su desacuerdo radica más en los procedimientos utilizados por el Ministerio para llegar a la solución final, que en ésta misma. Alega por ejemplo, que la ley no prevé sistema ninguno de sugerencias ni acuerdos previos, que sí llevó a efecto el Ministerio, y que tampoco habló de reparto justo y equitativo.

"Sin embargo, no cree la Fiscalía que si el Ministerio con la fórmula adoptada favoreció a las organizaciones nacionales de tercer grado, el sector de pensionados, como lo requiere la ley, en forma justa y equitativa, este factor de justicia y equidad sea el que conduzca a su nulidad.

"Además, la parte anulable de un acto administrativo no es la motiva sino la resolutiva. El procedimiento que el Ministerio de Trabajo hubiera seguido para adoptar la decisión, tampoco hace que ésta sea anulable'.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se levante la medida de la suspensión provisional decretada en auto de 24 de mayo de 1983 y se nieguen las súplicas de la demanda".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

La cuestión sometida al conocimiento y decisión del Consejo de Estado comprende dos aspectos: a) El de naturaleza sustancial; b) El puramente procedimental.

En lo que se refiere al primer aspecto, la Sala discrepa del criterio de la distinguida Agente del Ministerio Público, pues es evidente que el literal d) de la Resolución No. 02551 de 1982, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social infringe lo dispuesto en el artículo 10 — inciso segundo — de la Ley 4a. de 1976.

En efecto, dispone el artículo 10 de la ley 4a. de 1976:

".....Con todo, si transcurridos 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).

En cambio, el artículo 1o. de la resolución acusada dice en su literal d):

"El total de los dineros que por concepto de descuentos a los pensionados *no afiliados a organización alguna se distribuirá entre las organizaciones de tercer grado de tipo nacional* en proporción directa a los porcentajes que resultan del procedimiento anterior en cada entidad pagadora" (Subraya la Sala).

La contradicción entre la disposición legal y la administrativa, de inferior jerarquía, es evidente:

Al paso que el proyecto legal establece como condición que el pensionado no afiliado a alguna organización legalmente reconocida *que no hubiere decidido,* dentro del plazo que fija la norma, a qué organización o entidad deben pasar las cuotas que se le descuenten, el literal d) del artículo 1o. de la resolución acusada pone únicamente la condición de que *los pensionados no están afiliados* a organización alguna, sin que pueda entenderse completada la disposición con la referencia que hace dicho acto administrativo, en su parte motiva, al artículo 10 de la Ley 4a. de 1976.

Pero lo más importante es que el precepto legal ordena que tales cuotas *se entreguen* a la organización de tipo nacional de tercer grado *del sector correspondiente,* y la disposición subalterna lo modifica ordenando que se *distribuyan entre todas las organizaciones de tercer grado de tipo nacional.*

Dice la señora Fiscal que el artículo 10 de la ley 4a. de 1976 no es de fácil comprensión ni aplicación. Tiene razón. Se pregunta, además, qué se entiende por sector correspondiente. La respuesta la da la misma ley, que hace una clasificación de sectores para efectos de su aplicación. En su enunciado dice: "Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los *sectores públicos, oficial, semioficial y privado.....*" En su artículo 1o. establece: "Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los *sectores públicos, oficial, semioficial,* en todos sus órdenes, y en el *sector privado.....*" En su artículo 6o. dispone: "El auxilio para gastos de sepelio de los pensionados de los *sectores público, oficial, semioficial,* en todos los órdenes y *privado...*"

Por último, dice el artículo 7o. de la misma ley: "Los pensionados del sector público oficial, semioficial y privado...." (Las subrayas son de la Sala).

De suerte que, coordinando textos, según el artículo 10 de la Ley 4a. de 1976, si el pensionado era, por ejemplo, empleado público, en la hipótesis prevista por la norma, las cuotas deben ser entregadas a la organización de tipo nacional de tercer grado que comprenda a los pensionados del "sector público"; si era trabajador particular, deben ser entregadas a la organización de tipo nacional de tercer grado que comprenda a los pensionados del "sector privado". En cambio la resolución acusada ordena, contrariando la ley, que en todo caso las cuotas se distribuyan entre todas las organizaciones de pensionados de tercer grado de tipo nacional.

Es de anotar que la Ley 42 de 1982 toma en cuenta, para efectos de la ley 4a. de 1976, sólo dos sectores, el oficial y el particular. De todos modos, es ilegal y, por lo tanto, nulo, el literal d) del artículo 1o. del acto acusado.

En lo que concierne al aspecto procedimental de la resolución impugnada, la Sala está de acuerdo con la señora Fiscal en el sentido de que la parte anulable de un acto administrativo no es la motiva sino la resolutiva. En cuanto al procedimiento establecido en la parte resolutiva de dicho acto administrativo, su señalamiento no es en sí mismo ilegal. Pero como él está enderezado a aplicar el literal d) del artículo 1o., anulado éste, quedan sin efectos las respectivas disposiciones.

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:

Declárase nulo el literal d) del artículo 1o. de la Resolución No. 02551 de 1982, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Copiése, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de mayo.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO IV

RESOLUCIONES Y ACTOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

SANCIONES DISCIPLINARIAS.— INVESTIGACION ADMINISTRATIVA.— No es suficiente otorgar al culpable la oportunidad de exponer sus descargos, sino darle traslado de las inculpaciones que le formulan, para que pueda rebatirlas dentro del término legal, de ocho días, y poner también en conocimiento del mismo, los informes y pruebas aducidas a la investigación a fin de que ejerza el derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional. DERECHO DE DEFENSA.— SANCIONES DISCIPLINARIAS EN EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.— DESTITUCION DISFRAZADA DE INSUBSISTENCIA.— FALSA MOTIVACION Y DESVIO DE PODER.— FACULTAD DISCRECIONAL PARA NOMBRAMIENTO Y REMOCION EN EMPLEADOS QUE NO SON DE CARRERA.— No es absoluta, por cuanto ella se encausa y dirige hacia el logro del buen servicio público.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., dieciséis (16) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**

Referencia: Juicio No. 5590.

Demandante: **Lucero Jordán Molina.**

Autoridades Nacionales.

Actuando por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, la señorita LUCERO JORDAN MOLINA, instauró demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, a objeto de que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución número GR—1857 del 21 de junio de 1976, proferida por el señor Gerente Regional de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, de Manizales, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la señorita Lucero Jordán Molina del cargo de Telefonista Receptor, Grupo 6, Código 0644, Categoría "C" en la Gerencia Regional de Manizales, Oficina de Armenia (Quindío), Area de Operación Telegráfica.

"*Segunda.* Que es igualmente nula el Acta número 004 del 12 de julio de 1976 del Comité de Disciplina, en la cual el Gerente Regional de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Manizales, en cuanto mantiene la declaración de insubsistencia de la señorita Lucero Jordán Molina en el cargo anteriormente mencionado.

"*Tercera.* Que como consecuencia de lo anterior se declare que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, está obligada a reintegrar a la señorita Lucero Jordán Molina en el mismo cargo del que fue declarado insubsistente su nombramiento o en otro de igual o superior categoría y remuneración.

"*Cuarta.* Que, así mismo, se declare que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones deberá pagar a la señorita Lucero Jordán Molina, todos los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos y demás prestaciones dejadas de percibir, desde la fecha en que fue suspendida del cargo que venía desempeñando, hasta que sea reintegrada en legal forma.

"*Quinta.* Que, igualmente, se disponga que para todos los efectos legales, relacionados con prestaciones sociales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi poderdante desde la fecha de su remoción, hasta que sea reintegrada legalmente.

"*Sexta.* Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro de los términos previstos en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

En el respectivo libelo se aducen como HECHOS constitutivos de la acción incoada, los que a continuación se transcriben:

"La señorita Lucero Jordán Molina, prestó servicios a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM durante un lapso superior a los cinco años.

"Por medio de la Resolución número GR-1857 del 21 de junio de 1976 el Gerente Regional de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM' se declaró insubsistente el nombramiento de la señorita Jordán Molina en el cargo de Telefonista Receptor Grupo 6, Código 0644, Categoría "C" en Manizales, Oficina de Armenia (Quindío).

"Por medio del Acta del Comité de Disciplina, de 12 de julio de 1976, el Gerente Regional de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, oyó en descargos a la señorita Lucero Jordán Molina, en relación con la sanción que le había sido impuesta, manteniendo la decisión de insubsistencia.

"Tratándose de la imposición de una sanción, como lo reconoce el Gerente Regional de Telecomunicaciones de Manizales, debía seguirse el procedimiento disciplinario

consagrado en el Título Sexto del Decreto 1950 de 1973, previamente a la decisión y oírse, igualmente, el concepto de la Comisión de Personal del respectivo organismo.

"Sin embargo, cuando se declaró insubsistente el nombramiento de la señorita Jordán Molina no se había observado el procedimiento disciplinario respectivo, pues no se le había oído en descargos ni tampoco existía el concepto de la Comisión de Personal, ya que su remoción no se produjo como empleada de libre nombramiento y remoción, sino como sanción, para lo cual debía permitirse previamente el ejercicio del derecho de defensa.

"Los actos acusados fueron expedidos con abuso y desviación de las funciones del Agente que los expidió".

Como disposiciones infringidas por los actos impugnados se invocan en la demanda, los artículos 17, 26 y 30 de la Constitución Nacional; del Plebliscito Nacional; y 130, 131, 132, 134, 135, 144, 154, 156, 158 y 162 del Decreto número 1950 de 1973. El apoderado de la actora en un detenido estudio, analiza el alcance jurídico de las anteriores normas para demostrar su quebrantamiento y deducir el derecho que alega asistirle en la reclamación impetrada.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, designó apoderado a fin de que representara a la Entidad en el juicio, lo que hizo, en efecto, al intervenir en las dos instancias del mismo, para oponerse a las pretensiones de la accionante y solicitar que fuesen denegadas.

Por medio del fallo proferido con fecha 21 de noviembre de 1980, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda siendo apelada tal decisión por el apoderado de la parte actora, ante esta Superioridad.

Surtido el trámite correspondiente, dentro de las prescripciones de Ley, sin que se advierta causal de nulidad alguna, que pudiera invalidar lo actuado, la Sala procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el presente juicio se demanda la Resolución número GR-1857 del 21 de junio de 1976, proferida por el Gerente Regional de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Manizales, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora como Telefonista Receptor Grupo 6, Código 0644, Categoría "C", en la Gerencia Regional de esa ciudad, Oficina de Armenia, Area de Operación Telegráfica; y el Acta del Comité de Disciplina, número 004 del 12 de julio de 1976, en la cual el mismo Gerente Regional de dicha Empresa confirmó la insubsistencia de la señorita Lucero Jordán Molina en el cargo mencionado, y además, se hace referencia a la sanción que a ella le fue impuesta (folio 38).

Este último acto se expidió el 12 de julio de 1976 y como la demanda se presentó el 12 de noviembre del mismo año, según constancia Secretarial que obra a folio 12 del expediente, quiere decir, que se instauró dentro del término de cuatro meses a que hace referencia el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, pues el segundo acto impugnado mantuvo la decisión de separar a la accionante del empleo que venía ejerciendo en la Empresa aludida, con fundamento en las faltas a ella atribuidas, integrándose así un acto complejo, razón por la cual no se configura la caducidad de la acción, como opina la Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado en su vista reglamentaria.

En relación con el fondo del asunto controvertido, debe observarse que el Tribunal del conocimiento acepta en la sentencia recurrida que la actora fue sancionada con destitución por presuntas faltas disciplinarias, pero denegó las peticiones de la demanda al afirmar que sí se llevó a cabo el procedimiento disciplinario que corresponde seguir en juicios de esta naturaleza.

Sobre el particular, sostuvo el a-quo:

"Respecto del fondo del asunto sometido a la decisión de la Sala, se observa que el señor apoderado de la parte actora pretende la nulidad de los actos acusados, fundamentalmente en el hecho de que lo que se trata no es de la declaratoria de insubsistencia de una empleada de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, sino esencialmente de la imposición de una sanción; para lo cual ha debido seguirse, previamente, el procedimiento disciplinario consagrado en el Título VI del Decreto 1950 de 1973, o sea, correrle traslado de cargos, oírla en descargos, practicar pruebas, oír el concepto de la Comisión de Personal y, en una palabra, garantizarle el derecho de defensa de que gozan todos los ciudadanos.

"Se revisó el expediente y no aparece acreditado que la señorita Jordán Molina estuviese inscrita en el Escalafón de la Carrera Administrativa, motivo este que no le impedía a la Administración removerla en forma discrecional, conforme a expresas facultades establecidas sobre el particular.

"Pero, como se dijo anteriormente, la Administración al separar del servicio a la demandante no lo hizo utilizando dichas facultades, sino que esa medida obedeció a una serie de hechos que le imputaban como son 'su indisciplina, desconocimiento de la autoridad y la utilización particular de los circuitos telefónicos en llamadas de larga distancia y locales'; es por esto que, evidentemente, ha debido seguírsele con anterioridad a la expedición de la Resolución número GR—1857, el procedimiento disciplinario previsto en el Decreto 2400 de 1968 y en el Reglamentario 1950 de 1973.

"Lo anterior no obsta para que se nieguen las súplicas de la demanda, pues si bien es cierto que tal procedimiento disciplinario no se llevó a cabo previamente a la fecha en que fue proferida la Resolución número GR-1857, esa deficiencia fue subsanada inmediatamente y es así como el segundo acto acusado, o sea, el Acta número 004 de 12 de julio de 1976, es la culminación de todo un debate en donde se ventilaron las diferentes acusaciones de que fue objeto la demandante y que terminó precisamente con la confirmación del acto primeramente mencionado".

Sin embargo, es lo cierto, que en el caso sub-lite se operó la destitución de la demandante estando en el desempeño de sus funciones, no siendo una insubsistencia que hubiera podido derivarse de la facultad de libre nombramiento y remoción, pues basta leer, en su parte final, la segunda de las providencias acusadas para establecer la evidencia de la imposición de la más drástica sanción disciplinaria, cuando en su texto expresa:

"Finalmente, la Gerencia Regional mantiene la decisión de insubsistencia y deja constancia de la honestidad de la citada señorita Jordán Molina y su declaratoria de insubsistencia es el fruto de su indisciplina, desconocimiento de la autoridad y la utilización particular de los circuitos telefónicos en llamadas de larga distancia y locales, advirtiéndole, que puede apelar esta decisión ante el Comité Nacional de Disciplina".

Con todo, el Tribunal aseveró, equivocadamente, que se había cumplido el debido proceso, previo a la destitución, por lo cual no accedió a las súplicas formuladas en el libelo.

Como lo ha venido sosteniendo reiteradamente el Consejo de Estado, en la investigación administrativa no es suficiente otorgar al culpable la oportunidad de exponer sus descargos, sino darle traslado de las inculpaciones que se le formulan, para que pueda rebatirlas dentro del término legal de ocho días, y poner también en conocimiento del mismo, los informes y pruebas aducidas a la investigación a fin de que ejerza el derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional.

Sobre este aspecto del litigio, el artículo 131 del Decreto 1950 de 1973, referente al trámite de los procesos disciplinarios, señala que "el empleado inculpado tendrá derecho a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación, o que se practiquen las que se soliciten o sean conducentes y a ser oído en declaración de descargos".

En la sentencia proferida por la Sección, de fecha 20 de febrero de 1979, dentro del juicio instaurado por la señorita Josefina González Llinás, la Sala, siendo ponente el Consejero Doctor Ignacio Reyes Posada, dijo:

"Ha sido celosa esta Corporación en definir con claridad los derechos y garantías que la Constitución y las Leyes otorgan a los funcionarios del servicio civil, ya se trate de aquellos que se encuentren inscritos en una de las Carreras establecidas o de quienes, ocupando cargos de libre nombramiento y remoción, sean sujetos de procedimientos administrativos para la imposición de sanciones disciplinarias.

"En el presente proceso se trata de definir si los medios empleados por la Administración para producir la máxima sanción disciplinaria, cual es la destitución, se ajustaron a las prescripciones legales, o si, por el contrario, se apartaron de ellas, produciéndose, en consecuencia, desvío de poder o falsa motivación al producirse el acto administrativo materia de la litis.

"Sabido es que los nombramientos hechos para ocupar un empleo del servicio civil que no sea de Carrera, pueden ser declarados insubsistentes libremente por la Entidad nominadora, sin motivar la providencia, como lo establece el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968; pero cosa bien distinta es la aplicación de una sanción disciplinaria; aún para personas no pertenecientes a la Carrera, en donde se cuestiona la conducta misma del empleado con las naturales consecuencias futuras en la Hoja de Servicios, en cuanto a su dignidad, eficiencia y probidad. En ese evento la Ley ha querido rodear de todas las garantías al empleado inculpado, para que la sanción que se aplique si a ello hubiere lugar, sea la consecuencia de un proceso cumplido con todas las garantías constitucionales y legales.

"A este respecto el artículo 14 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o. del Decreto 3074 del mismo año prescribe que 'el Gobierno reglamentará la calificación de las faltas, las graduaciones de las sanciones correspondientes y los procedimientos para la aplicación del régimen disciplinario, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos:

'a) El empleado tendrá derecho a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación;

'b) El empleado debe ser oido en declaración de descargos y se deben practicar las pruebas que éste solicite, siempre que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos'.

"Esta norma general fue desarrollada en el Decreto Reglamentario 1980 de 1973, tanto en el artículo 131, como en las normas contenidas en el Capítulo VII que trata 'Del

procedimiento disciplinario', normas todas que persiguen el cumplimiento del mandato de la Carta, contenido en el artículo 2o., que garantiza el debido proceso para el juzgamiento de las personas.

"En el presente proceso, no se cumplieron esas garantías mínimas consagradas en las disposiciones transcritas. No se le hicieron conocer a la funcionaria los cargos que contra ella se formulaban; no se le oyó en descargos, pues los interrogatorios que se le hicieron en los actos de visita, no constituyen descargos, y habiendo solicitado que se le permitiera contratar los servicios de un Contador Público Juramentado para un estudio contable, serio y confiable de la Oficina que manejaba, no se le permitió siquiera aportar esta prueba, que era esencial para buscar la verdad de los hechos, máxime en una Entidad en la que tantas irregularidades internas se revelan a lo largo de este proceso.

"En consecuencia, la Sala encuentra que la pretermisión de los procedimientos legales para producir un despido por mala conducta, implica que el acto se produjo con falsa motivación, por cuanto los hechos no fueron probados conforme al procedimiento previamente establecido; pero, además, consituye un desvío de poder en el Agente, por cuanto aplicó una sanción por encima de los límites que la ley le señalaba".

En el asunto debatido, según se desprende de los hechos y de las probanzas que obran en el informativo, no se observaron las formalidades propias de la investigación administrativa de que tratan las normas invocadas en el fallo precedente y las que se aducen en el libelo, pues tan sólo aparece una diligencia de descargos de la demandante hecha, inclusive, con posterioridad a su remoción, sin que se le hubieran puesto a su conocimiento el informe y las pruebas correspondientes. De igual modo, tampoco se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 158 del Decreto 1950, antes citado, que ordena que previamente a la sanción de destitución o de suspensión por más de diez días, el Jefe del organismo solicitará concepto a la Comisión de Personal, el cual deberá ser motivado.

Al existir, entonces, una total inobservancia del procedimiento disciplinario para sancionar a la demandante, por lo expuesto anteriormente, resulta que fueron infringidas las normas referentes al seguimiento del proceso previo que para tales efectos debe realizarse; como quebrantada también la garantía constitucional del derecho de defensa, en el sentido de que nadie podrá ser condenado sino con la plena observancia de las formas propias del respectivo juicio.

Por último, conviene anotar, que en relación con los cargos formulados a la actora, de utilización de circuitos en llamadas de larga distancia, se encuentra demostrado en el expediente, con el comprobante de servicio, adjunto a los autos, (folio 91), que una de ellas la hizo el señor Alvaro Henao Vélez, quien prestaba servicios como Jefe de la Sección III, con funciones de Jefe de Relaciones Industriales, o sea que por tal razón no podía tener el carácter de personal o particular, como se le atribuye a la demandante en la segunda de las providencias enjuiciadas.

Cabe recordar, así mismo, lo expresado por esta Corporación en el fallo dictado el 28 de octubre de 1980, al referirse al ejercicio de la facultad discrecional de la Administración, cuando manifestó:

"La facultad discrecional que las Leyes otorgan al Gobierno para nombrar y remover libremente a sus Agentes que no estén inscritos en una de las Carreras Administrativas no es absoluta, por cuanto ella se encausa o dirige hacia el logro del buen servicio público. Tal concepto orienta toda la actividad del Estado, y si bien es cierto que al decretar la insubsistencia de un nombramiento no se requiere motivar el acto, éste se

presume determinado por aquella finalidad. Pero ello no quiere decir que actos de esta naturaleza no puedan ser acusados cuando su real y oculta motivación se desvíe de tales fines, en cuyo caso el cargo puede consistir en abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que las profiere, pero la carga de la prueba corresponde toda al actor, quien tendrá que demostrar, fehacientemente, que para la producción del acto acusado no privó el criterio del buen servicio, sino que existieron otros motivos ocultos ajenos a la efectividad del buen servicio o que requerían el agotamiento previo del procedimiento expresamente consagrado en las Leyes".

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:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980), y en su lugar, se dispone:

Primero. Declárase la nulidad de la Resolución número GR-1857 del 21 de junio de 1976, expedida por el Gerente Regional de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM), con sede en la ciudad de Manizales; y del Acta número 004 del 12 de julio de ese mismo año, del Comité Regional de Disciplina de la Empresa mencionada.

Segundo. En consecuencia, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM), reintegrará a la señorita LUCERO JORDAN MOLINA, al cargo que venía desempeñando en el momento en que fue declarado insubsistente su nombramiento o a otro de igual categoría y remuneración.

Así mismo, la Empresa en referencia, reconocerá y pagará a la demandante, todos los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos y demás prestaciones sociales a que tenga derecho, a partir de la fecha en que fue desvinculada del puesto que ocupaba, hasta aquella en que sea efectivamente restablecida al mismo, para lo cual se considera que no ha existido solución de continuidad alguna en relación con la prestación de los servicios por parte de la actora.

Cuarto. La Entidad obligada dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.
Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO.— Concepto. Elementos. LUGAR Y TIEMPO DE TRABAJO. CARGA DE LA PRUEBA. DOCTRINA SOBRE EL LUGAR DE TRABAJO.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., dieciocho (18) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**

Referencia: Expediente No. 7394.

Actor: **Anatilde Burgos Vda. de Ocampo.**

Autoridades Nacionales.

La señora Anatilde Burgos viuda de Ocampo, quien actúa por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, presentó demanda ante esta Corporación con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Decláranse nulas las resoluciones números J—8584 de 21 de octubre de 1980 de la Caja Nacional de Previsión Social, Sucursal Cundinamarca; 10523 de enero 7 de 1981 de la Caja Nacional de Previsión Social, Sucursal Cundinamarca y 00637 de 11 de marzo de 1982 de la Caja Nacional de Previsión Social Sede Principal, proferidas en el proceso administrativo adelantado ante dicha entidad para la reclamación del seguro de vida correspondiente a Pedro Julio Ocampo Vásquez, por la señora Anatilde Burgos viuda de Ocampo.

"*Segunda.* Restablécese el derecho a doña Anatilde Burgos vda. de Ocampo para reclamar y percibir de la Caja Nacional de Previsión Social el valor correspondiente al seguro total de vida de su difunto esposo Pedro Julio Ocampo Vásquez, quien estaba al servicio del Ministerio de Justicia en el momento de su muerte en accidente de tránsito.

"*Tercera.* Condénase a la Caja Nacional de Previsión Social al pago a doña Anatilde Burgos vda. de Ocampo de la suma equivalente a dos años de salario que devengaba Pedro Julio Ocampo Vásquez, como empleado del Ministerio de Justicia, con los reajustes correspondientes, al tenor del certificado que presentó, emanado del Ministerio de Justicia".

Los hechos en que se fundamenta la demanda los relata así el apoderado de la actora:

"Doña Anatilde Burgos vda. de Ocampo es la cónyuge sobreviviente del Capitán Pedro Julio Ocampo Vásquez, quien falleció el día 1o. de mayo de 1977 a consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en la carretera que de Bucaramanga conduce al Aeropuerto de Palonegro.

"En el momento de ocurrir el accidente el Capitán Pedro Ocampo Vásquez se encontraba en ejercicio de sus funciones como Capitán de Prisiones al servicio del Ministerio de Justicia, Dirección de Prisiones, Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga, en donde específicamente ejercía las funciones de Comandante de Custodia y Vigilancia.

"El hecho anterior está plenamente demostrado con documentos públicos que hacen plena prueba de su contenido y que son entre otros, el Acta de accidente de fecha 21 de junio de 1977 y el Certificado del Director y Subdirector de la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga de fecha 22 de abril de 1980 en los cuales consta claramente que en el momento del accidente el Capitán Pedro Julio Ocampo Vásquez se encontraba prestando sus servicios como funcionario del Ministerio de Justicia al servicio de la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga como Capitán de Prisiones. Son claros y terminantes al respecto y de ellos no cabe la menor duda de mis afirmaciones.

"A nombre de mi mandante entablé la reclamación administrativa del seguro de vida correspondiente a Pedro Julio Ocampo Vásquez ante la Caja Nacional de Previsión Social. De conformidad con los artículos 52 y siguientes del Decreto 1848 de 1969 ese seguro es equivalente a dos años de sueldo por haber fallecido el funcionario en forma trágica o accidental, estando en ejercicio de sus funciones.

"La Caja Nacional de Previsión Social tramitó el proceso administrativo, en el cual obran documentos de sin igual importancia, como los ya citados y el del Ministerio de Justicia, División de Personal. A pesar de esos documentos y violando en forma clara y evidente la Ley, la Caja Nacional de Previsión Social en Resolución No. J-8584 de 21 de octubre de 1980, hizo el reconocimiento del seguro de vida a favor de mi mandante, pero sólo por la suma equivalente a un año de sueldos, como si Pedro Julio Ocampo Vásquez hubiera muerto de muerte natural y no en forma accidental o trágica como lo dicen los certificados.

"Recurrí de dicha Resolución y en subsidio apelé. La Caja en Resolución No. 10523 de 7 de enero de 1981 negó la reposición y confirmó la Resolución original. Como había interpuesto el recurso de apelación subsidiariamente, éste me fue concedido y se surtió ante la misma Caja Nacional, Sede Principal y esta entidad en Resolución No. 00637 de 11 de marzo de 1982 negó la apelación interpuesta y confirmó en todas sus partes las resoluciones recurridas.

"El Capitán Pedro Julio Ocampo Vásquez en el momento de su muerte devengaba un sueldo de $ 5.800.oo moneda corriente. Hoy el sueldo correspondiente a su cargo asciende a la suma de $ 17.600.oo moneda corriente más una prima o sobresueldo de $ 2.160.oo moneda corriente.

"Como la mora en el pago del seguro de vida ha sido por culpa de la Caja Nacional de Previsión Social, por haber violado flagrantemente la Ley en sus Resoluciones, considero que el seguro debe pagarse hoy con el reajuste correspondiente, o sea, con el valor correspondiente al salario que hoy devenga un Capitán de prisiones de clase que tenía Pedro Julio Ocampo Vásquez. Adjunto el Certificado correspondiente en el cual consta ese salario.

"Las copias de toda la actuación administrativa sólo me fueron entregadas por la Caja el día 30 de abril del presente año a pesar de haber sido solicitadas en 31 de marzo de 1982, según constancia que adjunto".

Como disposiciones infringidas se señalan en la demanda los artículos 19, 20 y 52 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, pues según el apoderado de la actora, la disposición últimamente citada "ordena el pago de 24 meses de salario cuando se trata de muerte accidental como en el presente caso" (folio 37).

Al exponer el concepto de la violación, dice el apoderado de la demandante que "en el proceso administrativo se han establecido todos los elementos esenciales, como son el carácter de empleado; estar al servicio de la respectiva institución: Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga, Dirección de Prisiones, Ministerio de Justicia. Y por último, la muerte trágica, circunstancia que no se ha querido tener en cuenta" (folio 37).

En su alegato de conclusión dice el mismo apoderado: "Está plenamente demostrada la muerte trágica de Pedro Julio Ocampo Vásquez. Está plenamente demostrado, con las puebas idóneas que en el momento en que ocurrió su muerte desempeñaba las funciones de empleado público, Ministerio de Justicia, División de Prisiones, Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga. Jamás se ha visto un caso procesal en que las exigencias legales se hayan cumplido tan a cabalidad como éste" (folio 48).

La Caja Nacional de Previsión Social concedió a la demandante sólo el equivalente a 12 meses de salario, por concepto de seguro por muerte, debido a que, en su criterio, no está demostrado que el fallecimiento del señor Ocampo hubiera sido causado por accidente de trabajo.

En la Resolución No. 10523 de 1981 dijo lo siguiente:

"Como se aprecia claramente del folio transcrito no se llega a la certeza jurídica del accidente de trabajo, toda vez que la susodicha acta no precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar requisito indispensable para tipificar el accidente como tal, compaginando lo anterior a lo previsto en el artículo 19 del Decreto 1848 de 1969, respecto al accidente de trabajo tenemos que éste 'todo insuceso imprevisto y repentino que sobrevenga *con causa y con ocasión del trabajo*. . . etc. (el subrayado es nuestro), encontramos que en la diligencia nunca y menos ahora se ha probado que el deceso del señor PEDRO JULIO OCAMPO VASQUEZ ocurrió con causa y con ocasión del trabajo o en actos propios del mismo. (Sic).

En la número 00637 se expresó en estos términos:

"Ahora bien: Es necesario y definitivo analizar el acervo probatorio allegado al expediente, (folios 18, 20, 23, 24, 25, 33, 46, 48, 52, 53 y 54 Acta de accidente folio 58), para establecer que jurídicamente está demostrado que el causante falleció no como consecuencia de una muerte natural sino a consecuencia de un trágico accidente de tránsito, así mismo estando trabajando en la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga llevando al aeropuerto al Visitador del Ministerio de Justicia Mayor (r) Jorge Osorio Cuervo. Lo que nunca se demostró fue la situación en virtud de la cual el señor PEDRO JULIO OCAMPO VASQUEZ, falleció en el trágico accidente camino al aeropuerto, actuando dentro del ejercicio de sus funciones; máxime si tenemos en cuenta que en el expediente nunca se llegó a demostrar que el suceso imprevisto sobrevino por causa o con ocasión del trabajo. (TRABAJO ITINERE)".

Finalmente, en el alegato de conclusión dice su apoderado judicial:

"Del artículo transcrito (el 19 del Decreto 1848 de 1969) se deduce, fundamental- y consecuentemente que el accidente ocurre por causa del trabajo cuando hay una RELACION DIRECTA ENTRE EL TRABAJADOR (Sic) Y EL IMPREVISTO. Es más, el cargo que desempeñaba el Capitán OCAMPO VASQUEZ, era el de Comandante de Custodia y Vigilancia en la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga y en el ordinal (c) hoja No. 4 de la demanda presentada por el apoderado de la actora aparece que ". . .el señor OCAMPO VASQUEZ, se encontraba llevando al aeropuerto de Palonegro al mayor (r) JORGE OSORIO CUERVO, Visitador del Ministerio de Justicia. . ."

"Cuya actividad se aporta (sic) de la que esencialmente tenía asignada, ya que como lo expresé con anterioridad su cargo era el de COMANDANTE DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DE LA CARCEL DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, es así como no se ha probado dentro del cupo del proceso que el deceso del señor PEDRO JULIO OCAMPO VASQUEZ ocurrió con causa y con ocasión del trabajo o en actos propios del mismo, por lo tanto hay lugar a solicitar a los Honorables Consejeros negar las Súplicas de la demanda propuesta por el apoderado de la demandante".

Habiéndose oído el concepto de la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, quien solicitó la declaración de nulidad de lo actuado por falta de competencia de

esta Corporación, respecto de lo cual el Consejero sustanciador profirió decisión contraria (folios 59 a 61) y no observándose vicio alguno que invalide la actuación, se procede a fallar el proceso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar si en el presente caso la actora tiene derecho al reconocimiento y pago del seguro por muerte equivalente a veinticuatro meses de salario por haber fallecido su esposo a consecuencia de un accidente de trabajo, como ella afirma, o solamente a la mitad de ese valor por no estar demostrado, según la Caja Nacional de Previsión Social, el carácter laboral del suceso que causó la muerte del señor Pedro Julio Ocampo Vásquez.

En opinión de la actora, se han cumplido a cabalidad las exigencias legales para que proceda el pago del seguro por muerte en cuantía equivalente a veinticuatro meses de salario, afirmación que, según ella, tiene pleno respaldo probatorio.

Pero, ¿Cuáles son las exigencias legales a que se refiere la demandante?

No pueden ser otras que los elementos que legalmente configuran el accidente de trabajo y que para los trabajadores particulares están indicados en el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo y para los empleados oficiales en el 19 del Decreto reglamentario 1848 de 1969.

Dice así esta última disposición:

Decreto 1848 de 1969, artículo 19: "Se entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca al empleado oficial una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, siempre que no haya sido provocado deliberadamente o por culpa de la víctima".

Conforme a la anterior definición, para que haya accidente de trabajo se requiere que concurran tres elementos de carácter positivo y uno negativo, a saber:

a) Un suceso imprevisto y repentino, de orden externo, es decir, extraño al organismo de quien lo sufre, y de naturaleza violenta o traumática.

b) Una lesión o una perturbación funcional en el organismo de la víctima como consecuencia de ese hecho y que produce en aquella incapacidad o muerte.

c) Nexo de causalidad o de ocasionalidad entre el trabajo y el hecho externo que originó el daño corporal.

d) Ausencia de dolo y de culpa grave del trabajador o empleado en la realización del accidente, pues de existir el uno o la otra habría un factor de exoneración de responsabilidad del patrono o empleador.

Desde luego que los anteriores elementos que configuran el accidente de trabajo se asientan sobre esta premisa: la existencia, en el sector oficial, de una relación de trabajo dependiente de índole contractual o legal y reglamentaria entre quien sufrió el daño orgánico y una entidad pública u oficial.

En el caso *sub-júdice* existe prueba de que el esposo de la actora era empleado público, afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, y están demostrados los

elementos que se mencionan en los literales a) y b), es decir, el suceso imprevisto y repentino y el daño corporal que produjo la muerte de la víctima, así como la entidad antes mencionada no demostró el factor negativo del literal d), o sea el que podría constituirse en causal de exoneración en caso de que concurrieran todos los elementos de carácter positivo.

La cuestión se reduce entonces a establecer si concurre el elemento de conexión entre el trabajo que le correspondía ejecutar al esposo de la demandante o el servicio que prestaba en el Ministerio de Justicia o las funciones que ejercía como empleado del mismo y el hecho imprevisto —causa exterior— que actuó de tal manera traumática en su organismo que le produjo una lesión de carácter mortal. Ese nexo entre el trabajo y el hecho imprevisto se desdobla en una disyuntiva: causa u ocasión. Es decir, para que exista accidente de índole laboral, dados los otros elementos, es indispensable que el trabajo haya sido la causa del mismo o se hubiera constituido en ocasión para que ocurriera.

Porque no basta la existencia de una relación de trabajo de carácter dependiente entre la víctima del accidente y quien se beneficia de sus servicios, aunque es condición primera, sino que es indispensable la concurrencia de uno de los dos factores que configuran el elemento de conexión entre el trabajo y el suceso que produjo el daño corporal: la causa o la ocasión. Esto implica normalmente, aunque no de manera necesaria, que el hecho imprevisto y perjudicial esté encuadrado dentro de circunstancias de tiempo y lugar relacionadas con el trabajo: que suceda en el lugar y hora de trabajo. Claro está que a pesar de su realización dentro de esas dos precisas condiciones, pueden operar circunstancias que le nieguen al hecho el carácter de accidente de trabajo.

Excepcionalmente se le atribuye al hecho infortunado naturaleza laboral en circunstancias distintas, como es el caso del accidente in itinere y de otros sucesos que han sido precisados en la legislación o esclarecidos por la jurisprudencia o la doctrina en distintos países, pero dentro de determinadas condiciones y en ningún caso de manera uniforme.

El accidente de trabajo se enmarca, pues, dentro de circunstancias de lugar, tiempo y modo, que influyen para afirmarlo o descartarlo y también, como se indicará más adelante, en la carga de la prueba.

De suerte que cuando se habla de accidente de trabajo se está, por lo general, diciendo que el hecho le ocurrió a la víctima "trabajando", con palabras de Krotoschin. Por excepción, se repite, el accidente que sufre un trabajador o empleado puede ser estimado como profesional aunque no esté aquél estrictamente trabajando y ocurra el hecho fuera del lugar de trabajo o del tiempo ordinario o extraordinario de labor, pero en actividades que tienen nexo con el trabajo o con las obligaciones derivadas de la relación laboral o en cumplimiento de orden superior o bajo la autoridad del patrono o empleador o de quien pueda ejercerla en su nombre, como cuando la víctima del daño orgánico lo recibe mientras presta auxilio a un compañero en el lugar del trabajo, o cumple con comisión conferida por quien pueda darla, o se encuentra en el trayecto de su casa al sitio de trabajo y viceversa, si se dan determinadas condiciones.

Pero la expresión "lugar y tiempo de trabajo" hay que tomarla en dos sentidos: el restringido, que es el normal, y el amplio, que es excepcional. En sentido amplio el lugar de trabajo puede corresponder eventualmente a un sitio distinto de los establecimientos, predios, instalaciones, locales u oficinas de la empresa o entidad y puede haber tiempo de trabajo o por fuera de la jornada laboral. Todo lugar y tiempo en que el trabajador o empleado se encuentre prestando sus servicios por cuenta de la empresa

o entidad o en su interés, según sus obligaciones laborales o sus funciones administrativas, o cumpliendo órdenes de quien puede impartirlas, es lugar y tiempo de trabajo. Influye decisivamente el criterio del riesgo de autoridad.

Pero se debe tener en cuenta, para efectos de determinar el contenido de la carga probatoria que pesaba sobre la demandante, que cuando el hecho dañoso se produce en el lugar y tiempo de trabajo, *strictu sensu*, se presume su carácter profesional y es al patrono o empleador o a la entidad de previsión o de seguros sociales a los que corresponde probar la falta de relación con el trabajo, o la concurrencia de un elemento exonerativo de su responsabilidad. Mas, si el accidente ocurre por fuera de predios, establecimientos o locales de la empresa o entidad o en horas que no son de labor, como es el caso, la víctima o sus causahabientes tienen que probar el ya mencionado factor de conexión, es decir, que el hecho infortunado acaeció por causa o con ocasión del trabajo.

Un accidente ocurre por causa del trabajo cuando existe una relación directa entre este último y el hecho imprevisto, o sea, cuando acaece como consecuencia directa de la actividad laboral que realiza el trabajador o empleado. "En medicina legal, dice García Oviedo, se entiende por causa el hecho o complejo de hechos que encierra en sí la posibilidad, capacidad y tendencia genérica a producir, según la experiencia común o el curso normal de las cosas, un acontecimiento, que constituye su efecto". Cuando se habla del trabajo como causa del accidente se quiere significar que el último sin el primero no hubiera existido, pues de sus instalaciones, elementos o instrumentos partió la acción causante del daño orgánico.

El accidente acaece con ocasión del trabajo cuando éste obra simplemente como una circunstancia para que aquél sobrevenga. Ocasión, al efecto, vale tanto como motivo, oportunidad, circunstancia, coyuntura. O sea que en este caso el trabajo crea la oportunidad para que ocurra el hecho funesto; la víctima sufre el accidente mientras desempeña su labor, es decir, "trabajando", pero sin que exista relación de causalidad entre el trabajo y el hecho que produce el daño.

Como la muerte del señor Pedro Julio Ocampo Vásquez no fue consecuencia de una lesión corporal sufrida en locales o predios de la entidad oficial a la cual prestaba sus servicios, ni de un accidente *in itinere*, no habrá de estudiar la Sala con relación a esas dos circunstancias los elementos generales que configuran el accidente de trabajo ni algunas modalidades peculiares, especialmente respecto de la segunda hipótesis que se descarta. En cuanto a ésta, hay prueba de que el empleado no se dirigía de su domicilio al lugar de trabajo, ni a la inversa.

En estas condiciones no quedan sino tres posibilidades que podrían configurar un accidente de trabajo: que en ese día no laborable el occiso iba al aeropuerto en cumplimiento de sus obligaciones, prestando un servicio al organismo público al cual estaba vinculado, o que cumplía una misión que le fue conferida por quien tenía facultad para ello, o que se encontraba bajo la autoridad de quien al efecto representaba a la entidad aludida.

Habría accidente de trabajo si se hubiera tratado de un chofer de la entidad o si siendo de cargo de ella el transporte del Mayor Jorge E. Osorio Cuervo de la ciudad al aeropuerto y por no encontrarse o no poder prestar el servicio o haberse negado quien debía prestarlo, el occiso tuvo que reemplazarlo; o si tenía la función de acompañar al aeropuerto a los empleados del Ministerio de Justicia que fueran a Bucaramanga en comisión oficial y concretamente estaba obligado a hacerlo en este caso, o se encontraba cumpliendo órdenes que se le impartieron; en suma, si se encontraba en misión de servicio.

Al respecto dice Adrien Sachet que "mientras dura una comisión, el obrero está en el tiempo y lugar del trabajo, cuando al menos la comisión está hecha en interés de la empresa".

Por su parte, Guillermo Cabanellas se expresa sobre el particular en los siguientes términos: "El accidente en misión es siempre un accidente de trabajo, puesto que el trabajador está cumpliendo órdenes de su patrono o empresario. Es un accidente de trabajo que, en lugar de producirse en el establecimiento, oficina o fábrica, acaece cuando el trabajador se encuentra desempeñando sus funciones fuera de las dependencias de la empresa, cumpliendo órdenes". ". . .Es de tal forma un accidente ocurrido en ocasión del trabajo y durante éste; y, además, en el lugar de trabajo, porque la misión que se cumple extiende el lugar en que se realiza la prestación hasta donde, por causa de ésta, vaya el trabajador".

Dice el apoderado de la demandante que "consta claramente que en el momento del accidente el Capitán Pedro Julio Ocampo Vásquez se encontraba prestando sus servicios como funcionario del Ministerio de Justicia al servicio de la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga como Capitán de Prisiones" (folio 35) y que "está plenamente demostrado, con las pruebas idóneas que en el momento en que ocurrió su muerte desempeñaba las funciones de empleado público, Ministerio de Justicia, División de Prisiones, Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga" (folio 48).

Como ya se dijo, no basta ser trabajador o empleado, es decir, estar vinculado a la respectiva empresa o entidad mediante una relación de trabajo subordinado para que todo accidente que le sobrevenga a una persona sea de carácter laboral. Y no está probado que cuando el señor Ocampo sufrió el accidente "se encontraba prestando sus servicios", sino que era un empleado al servicio del Ministerio de Justicia, situación de carácter permanente que, mientras dure la relación de trabajo subordinado, se mantiene en todo tiempo y lugar. Estar al servicio de la empresa o entidad, es decir, vinculado a ella por una relación de trabajo subordinado, en este caso de carácter público y de naturaleza estatutaria, es la primera condición para que un accidente sea laboral; pero es indispensable que concurra el nexo o relación de causalidad o de ocasionalidad entre el trabajo y el hecho generador del daño. Esa conexión entre el accidente de tránsito y el trabajo se debió demostrar y no se probó en el proceso.

Las pruebas claras y terminantes sobre el supuesto carácter laboral del accidente que sufrió el esposo de la demandante, según su apoderado, y que le permiten afirmar que "jamás se ha visto un caso procesal en que las exigencias legales se hayan cumplido tan a cabalidad como éste", sólo demuestran que el occiso era empleado del Ministerio de Justicia, que prestaba sus servicios en la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga (folios 5 y 6), que estuvo vinculado a dicho organismo público entre el 1o. de abril de 1969 y el 2 de abril de 1971 y desde el 25 de abril de 1973 hasta el 1o. de mayo de 1977, "fecha a partir de la cual le fue declarado vacante el cargo por fallecimiento" (folio 3), que cuando ocurrió el accidente de tránsito ejercía las funciones de Comandante de Custodia y Vigilancia en la mencionada cárcel (folio 4), que "siendo aproximadamente las 11:25 horas de la mañana (del 1o. de mayo de 1977) salió del Establecimiento el vehículo de propiedad del Capitán PEDRO JULIO OCAMPO, q.e.p.d., conducido por el Guardián Nacional CARLOS ARTURO VILLABONA PEREZ, con destino al Aeropuerto PALONEGRO de esta ciudad" y que se comprobó que habían muerto en el accidente que sufrió el vehículo tres funcionarios del Ministerio de Justicia (folio 19); "que SI, realmente en el momento en que falleció el Señor PEDRO JULIO OCAMPO VASQUEZ . . . se encontraba al servicio de la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga, desempeñando el cargo de Capitán de Prisiones"; "que en el momento del accidente ocurrido donde perdió la vida el mencionado señor PEDRO JULIO OCAMPO VASQUEZ, se encontraba llevando al Aeropuerto de Palonegro de

la ciudad de Bucaramanga, al Señor Mayor JORGE E. OSORIO CUERVO, quien se encontraba en comisión oficial en este Penal" (folio 20).

Pero lo que no dicen los documentos que cita la actora y de los cuales se transcribió lo pertinente, ni ella probó, fue que su esposo, que no conducía el vehículo, según una de tales piezas probatorias, y, por lo tanto, no llevaba al Mayor Osorio al aeropuerto, acompañaba a dicho funcionario, no por simple cortesía, sino porque tenía esa función o esa obligación o se le dio por autoridad competente la orden de que lo hiciera.

No violó, pues, la ley, la entidad demandada cuando, en los actos acusados, consideró que no estaba probado que el accidente hubiera ocurrido por causa o con ocasión del trabajo y, en consecuencia, negó la prestación por muerte en la cuantía reclamada por la actora.

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:

Niéganse 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 12 de diciembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.
Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

BALDIOS.— IMPRESCRIPTIBILIDAD.— ¿A quién corresponde? (C.N. de 1886). Utilización y aprovechamiento: Fijación (artículo 76 numeral 21 C.N.). Evolución histórico-legislativa. PROPIEDAD DE BALDIOS.— ¿Cómo se adquiere? BIENES DE USO PUBLICO.— Se reputan así o como tales los baldíos. REVERSION DE BALDIOS.— Los terrenos baldíos que la Nación enajene por cualquier título vuelven gratuitamente a ella al cabo de diez años, sino se estableciere en tales terrenos, durante ese tiempo, alguna industria agrícola o pecuaria. ADQUISICION DEL DOMINIO. Modos. COLONIZACION DE BALDIOS. CONDICION RESOLUTORIA DE ADJUDICACION DE BALDIOS. ¿Cuándo se presenta? PRESUNCION DE PROPIEDAD PRIVADA QUE PREVALECE SOBRE LA CONDICION DE BALDIOS. EXPLOTACION ECONOMICA.— En ningún momento la explotación económica o el cultivo o el provecho de las tierras baldías sirven de modo para adquirir el dominio sobre baldíos. Afirmar que la sola explotación económica es un modo originario de adquirir, por ocupación, un terreno baldío, es ir más allá de la previsión de la ley. Esos hechos son constitutivos de una presunción de dominio, pero éste se logra, en verdad, mediante la adjudicación que al titular, de esa

situación hace el Estado. OCUPACION DE BALDIOS.— No es un modo, sino constituye la presunción de que es propiedad privada cuando se posee económicamente en los términos de la ley. BALDIOS. DEFINICION.— Es baldío todo predio en el que nunca se ha ejercido dominio privado y se dará esto cuando no ha ingresado jurídicamente al patrimonio de un particular. PROPIEDAD RURAL Y BALDIOS.— ¿Cuándo es cada uno? TIERRAS QUE PERTENECEN AL ESTADO.— Clarificación a través del Decreto 1265 de 1977. INCORA. Competencia para constituir reservas y para clasificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, la deriva de lo dispuesto por los artículos 1o., 3o. literal a) y 4o. de la Ley 135 de 1961. LEY PREVALENCIA DE LAS LEYES EXPEDIDAS POR MOTIVOS DE UTILIDAD PUBLICA.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., diciembre nueve (9) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**

Referencia: Expedientes acumulados números: 2545, Actor: **Luis Gerardo Ortega Vargas.**
2562, Actor: **Aladino Ortega Moreno.**
2767, Actor: **Luis Gerardo Ortega.**

Cumplido el trámite legal se procede al estudio para decisión:

I

En providencia del 28 de febrero de 1980 (folio 166 Cuaderno número 1, Expediente 2545), se ordenó la acumulación de los procesos 2562 y 2767 al radicado bajo el número 2445.

Expediente Número 2545:

a) El señor LUIS GERARDO ORTEGA VARGAS, asistido por apoderado, pretende que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Que es nula la Resolución número 136 del tres de agoso de 1977 proferida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en cuanto declara que no ha salido del patrimonio y por consiguiente es baldío, el lote integrante del predio rural denominado "La Toldada" ubicado en el municipio de Policarpa, Departamento de Nariño, señalado con el número dos de Luis Gerardo Ortega Vargas, alinderada "por la cabecera, partiendo del lindero asignado al adjudicatario Luis o Darío Ortega en la cabecera, deslindando con propiedades de Hernán David, Vicente Narváez, Jovino Meneses, Eleuterio Meneses, Moisés Huila y Jovino Meneses, baja un poco deslindando con terrenos de Vicente Narváez, cae a la quebrada Agua Sucia, sigue hacia arriba por la quebrada a encontrar terrenos de Hernán David en el punto El Cerro y en línea horizontal a encontrar un zanjón hondo con terrenos de Hortensio Burgos y por ese zanjón abajo, deslindando con terrenos del mismo Hortensio Burgos, sigue hacia arriba hasta encontrar terrenos de Ernestina Peralta y solares de los habitantes del caserío El Cerro, propiedades de Teófilo Caicedo, mojones y llega a la quebrada El Barrial, por ésta abajo al rio Patía; pie rio Patía arriba hasta encontrar el lindero derecho del lote adjudicado a Cecilia Ortega Obando, sube ochocientos metros lineales y luego con el lindero de la cabecera del lote adjudicado a la misma Cecilia Ortega Obando, hasta encontrar la quebrada "La Toldada"; costado izquierdo, la

quebrada "La Toldada" en una extensión desde el lindero con la heredera Cecilia Ortega hasta encontrar el del heredero Emiliano Ortega Obando, luego en una línea horizontal en una extensión de mil setecientos metros lineales, luego una línea vertical en extensión de novecientos metros lineales, colindando en la primera con Emiliano Ortega Obando y Alvaro Joaquín y Rocío Liliana Rosero Mera, cruza luego en línea horizontal de trescientos metros lineales colindando con el lindero de la cabecera de los menores Alvaro Joaquín y Rocío Liliana Rosero Mera y sube luego una línea vertical de setecientos metros lineales colindando con Luis o Darío Ortega, hasta encontrar el primer lindero y termina y ordena la cancelación parcial del registro de la sentencia de fecha 10 de febrero de 1976 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de la Unión, Departamento de Nariño, registrada en esta Oficina el 19 de abril del mismo año, en el libro primero, tomo segundo, folios 153 a 167 bajo la partida número 225, en cuanto hace relación al lote del señor Luis Gerardo Ortega Vargas, al igual que la Resolución número 36 del 15 de febrero de 1978, proferida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por la cual se niega la reposición de la Resolución número 136 del 3 de agosto de 1977 respecto a los puntos específicos a que me refiero (respecto al lote del señor Luis Gerardo Ortega Vargas y a la cancelación parcial del registro de la sentencia del 10 de febrero de 1976 en relación con el lote adjudicado a mi poderdante).

Segunda. Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de cualquier registro o inscripción que en virtud de dichas resoluciones se haya hecho o se hicieren en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de La Unión en lo que respecta al lote de mi poderdante arriba singularizado, así como también el Círculo de Registro de El Tambo (Nariño).

b) Los hechos se exponen en el libelo así:

1. El predio rural "La Toldada" ubicado en el Municipio de Policarpa, Departamento de Nariño, conformado por los lotes a que se refiere la Resolución No. 136 del 3 de agosto de 1977 proferida por la Junta Directiva del INCORA, en vida del señor Abdón Ortega Obando fue explotado por éste a través de actos propios de dueño, mediante actos de explotación agrícola y ganadera, como se demuestra con la diligencia de secuestro practicada dentro de su proceso sucesorio.

2. Este predio rural venía siendo objeto de un proceso de afectación por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria contra los sucesores de Abdón Ortega Obando a través del programa de pequeños arrendatarios, aparceros o similares, como se acredita con los informes del 3 de abril de 1973 y 24 de marzo de 1975.

3. En el capítulo séptimo, octavo y noveno del informe de visita en desarrollo de la diligencia del 24 de marzo de 1975, se destaca la explotación económica que ejerce el Dr. Luis Gerardo Ortega Vargas.

4. La declaración de ser baldío el predio afectó la situación de los nuevos adquirientes del señor Abdón Ortega Obando quien había consolidado el dominio sobre el predio "La Toldada" por el modo de la ocupación, dejando de ser baldío y cayendo bajo las reglas del derecho privado. Por este modo, un baldío deja de ser tal e ingresa en el haber del ocupante y el bien así adquirido por el causante, hizo parte de los bienes relictos y fue objeto de adjudicación entre los coasignatarios, una de cuyas porciones correspondió al demandante.

5. Cuando una tierra baldía ha ingresado al patrimonio de una persona por el modo de la ocupación, a través de actos de significativa explotación económica, en cabeza del señor Abdón Ortega Obando, para luego ser explotado por los sucesores, entre los

cuales se halla el demandante, no se aviene con los ordenamientos positivos apelar al expediente de que el particular demuestre el dominio con una cadena de títulos que deben remontarse a 1917 y el INCORA, a través de actos administrativos definió cuestiones atinentes al dominio, gobernadas por el derecho privado. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria con magno error considera que el dominio sobre los bienes baldíos se logra a través del acto administrativo de la adjudicación sin reparar que el modo de adquirir el dominio de dichos bienes es la ocupación económica, la que se halla acreditada mediante actos ejecutados por el causante y sus sucesores.

6. El demandante interpuso el recurso de reposición contra la Resolución Número 136 del 3 de agosto de 1977 y la Junta Directiva del Instituto la negó a través de la Resolución No. 36 del 15 de febrero de 1978.

7. Las resoluciones impugnadas violan ostensiblemente normas superiores de obligatorio imperio, por cuanto el INCORA carece de competencia para definir el dominio sobre bienes que han ingresado al patrimonio del ocupante por la explotación económica, para ser gobernados por el derecho privado, y los conflictos que se susciten, deben decidirse por los jueces ordinarios. El dominio de los baldíos se adquiere por la ocupación económica, situación que se halla plenamente acreditada en el presente caso.

8. Al demandante le asiste legítimo interés para impetrar la nulidad de dichas resoluciones con el restablecimiento consecuencial del derecho por ser adjudicatario de parte del predio "La Toldada", en el proceso de sucesión de Abdón Ortega Obando.

9. No obstante que éste señor adquirió el dominio por el modo de la ocupación, se acompañan títulos de compra de lotes integrantes del predio "La Toldada" que se remontan más allá del año 1917.

c) Como disposiciones violadas se citan los artículos 26, 30, 55, 63 y 215 de la Constitución Nacional, artículo 1o., Ley 200 de 1963, Ley 4a. de 1973, artículo 2o; artículos 4o., 5o., y 8o. del Decreto 59 de 1938; artículos 669, 673 y 765 del Código Civil.

Expediente número 2562:

a) El apoderado del señor Aladino Ortega Moreno en demanda presentada el 21 de septiembre de 1978 hace las siguientes solicitudes:

"Se declare que son nulas y por lo tanto sin efecto, las Resoluciones números 136 de 3 de agosto de 1977 y 036 de 15 de febrero de 1978 de la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, por la cual se declara que no han salido del patrimonio del Estado y en consecuencia, son baldíos, los terrenos que conforman la finca rural denominada La Toldada, integrada por los lotes conocidos con los nombres de los BADOS, VALLICOS, LA TOLDADA y el CERRO, ubicada en el Municipio de Policarpa, Departamento de Nariño y 'por la cual se desata un recurso de reposición', respectivamente".

b) Los hechos que contiene el libelo se resumen así:

1. El demandante adquirió el predio declarado ilegalmente como baldío, junto con otros bienes, como heredero universal de su padre Emiliano Ortega, mediante sentencia de 28 de septiembre de 1976 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto.

2. El predio rural de que se trata se denomina "La Toldada" conocido también como "BADOS" "VALLICOS" y "EL CERRO" se distingue por los siguientes linderos: "Por la cabecera con el camino público de Policarpa a Restrepo; costado derecho con

propiedad del Dr. Luis Ortega, Alvaro Joaquín y Liliana Rosero Mesa; por el pie con propiedades de Luis Gerardo Ortega Vargas y por el costado izquierdo con la quebrada denominada "La Toldada".

3. El causante adquirió el predio mediante escritura número 130 de 1960 de la Notaría del Círculo de El Tambo, registrada en la Oficina de Registro de La Unión, a folio 348 del Libro 1o., y la escritura número 376 de 1963, de la misma Notaría, registrada a folio 40 partida 80 del Libro de Registro No. 1, Tomo 1o., 1965. Durante todo el tiempo que el predio estuvo bajo el dominio del causante éste lo mantuvo en permanente explotación de cultivos diferentes y pastos artificiales, explotación que continuó el demandante.

Como normas violadas se citan el artículo 30 de la Constitución Nacional; la Ley 200 de 1936; el artículo 762 y normas concordantes del Código Civil, el artículo 8o. de la Ley 200 de 1936, la Ley 135 de 1961 ordinal d) artículo 3o.; ordinal c) de la misma ley, el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1973.

Expediente número 2767:

a) Luis Gerardo Ortega Vargas, debidamente representado por abogado titulado, en demanda presentada ante esta Corporación el 17 de julio de 1979 solicita las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución número 0022 del 28 de febrero de 1979 proferida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en cuanto reserva con destino a una colonización especial, 'los terrenos baldíos que integran el predio rural denominado 'La Toldada'; ubicado en el municipio de Policarpa, Departamento de Nariño', y ordena la inscripción de la misma (Resolución) en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de los Círculos de La Unión y Tambo, en el Departamento de Nariño, en lo que respecta al lote del señor Doctor Luis Gerardo Ortega Vargas, integrante del predio 'La Toldada', alinderado por la cabecera, partiendo del lindero asignado al adjudicatario Luis o Darío Ortega en la cabecera, deslindando con propiedades de Hernán David, Vicente Narváez, Jovino Meneses, Lucio Narváez, Jovino Meneses, Eleuterio Meneses, Moisés Huila y Jovino Meneses, baja un poco deslindando con terrenos de Vicente Narváez, cae a la quebrada Agua Sucia, sigue hacia arriba por la quebrada a encontrar terrenos de Hernán David en el punto El Cerro y en línea horizontal a encontrar un zanjón hondo con terrenos de Hortensio Burgos y por este zanjón abajo, deslindando con terrenos del mismo Hortensio Burgos, sigue hacia arriba hasta encontrar terrenos de Ernestina Peralta y solares de los habitantes del Cacerío El Cerro, propiedades de Teófilo Caicedo, mojones y llega a la quebrada El Barrial, por ésta abajo al Río Patía; pie Río Patía arriba hasta encontrar el lindero derecho del lote adjudicado a Cecilia Ortega Obando, sube en ochocientos metros lineales y luego con el lindero de la cabecera del lote adjudicado a la misma Cecilia Ortega Obando, hasta encontrar la quebrada La Toldada ; costado izquierdo la quebrada La Toldada en una extensión desde el lindero con la heredera Cecilia Ortega hasta encontrar el del heredero Emiliano Ortega Obando, luego en una línea horizontal en extensión de mil setecientos metros lineales, luego en una línea vertical en extensión de novecientos metros lineales, colindando en la primera con Emiliano Ortega Obando y Alvaro Joaquín y Rocío Liliana Rosero Mera, cruza luego en línea horizontal de trescientos metros lineales, colindando con el lindero de la cabecera de los menores Alvaro Joaquín y Rocío Lilina Rosero Mera y sube luego en línea vertical de setecientos metros lineales colindando con Luis o Darío Ortega, hasta encontrar el primer lindero y termina y así mismo es nula la Resolución Ejecutiva número 80 del cinco de abril de 1979 por la cual se aprueba la Resolución número 0022 del 28 de febrero de 1979 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en cuanto se refiere al lote del señor doctor Luis Gerardo Ortega Vargas;

"*Segunda.* Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de cualquier registro o inscripción que en virtud de dichas Resoluciones se hayan hecho o se hicieren en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos correspondientes a los Círculos de La Unión y Tambo, en el Departamento de Nariño, en lo que toca o respecta al lote del señor doctor Luis Gerardo Ortega Vargas arriba singularizado. (Inténtase una acción de plena jurisdicción para que se declare la nulidad de dichas resoluciones en lo que respecta al doctor Luis Gerardo Ortega Vargas y el consecuencial restablecimiento de sus derechos)".

b) Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones se relacionan como sigue:

1. El predio rural "La Toldada" ubicado en el Municipio de Policarpa, Departamento de Nariño, conformado por los lotes a que se refiere la Resolución No. 0022 del 28 de febrero de 1979 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fue adquirido por el señor Abdón Ortega Obando por el modo de ocupación, a través de una clarísima y relievante explotación económica con cultivos de maíz, arroz, plátano, cañas y pastos artificiales, así como cabezas de ganado y elementos de trabajo, explotación que, a su muerte, continuó en cabeza de sus sucesores, entre ellos el demandante como se desprende de los propios informes del Instituto con ocasión de la afectación del predio a través del programa de pequeños arrendatarios y aparceros.

2. No obstante lo anterior la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria a través de la Resolución Número 136 del 3 de agosto de 1977 declaró que los lotes integrantes del predio "La Toldada" no han salido del patrimonio del Estado y por consiguiente son baldíos, providencia que recurrida fue resuelta negativamente mediante la Resolución No. 36 del 15 de febrero de 1978, resoluciones que fueron demandadas ante esta misma Corporación.

3. A través de las providencias atacadas, en acto de manifesta ausencia de facultades, la administración desconoce groseramente el derecho de dominio con ostensible violación de ordenamientos superiores de inexcusable imperio.

c) Cita como violados los artículos 26, 30, 63 de la Constitución Nacional; 1o. de la Ley 200 de 1936, 4o., 5o., 6o. y 8o. del Decreto 59 de 1938, 669, 673 y 765 del Código Civil.

II

El Ministerio Público, al descorrer el traslado en el Expediente 2562, solicitó una decisión favorable a las súplicas de la demanda, por considerar que el INCORA... "interpretó erróneamente la Ley 200 de 1936 al exigir se demostrara la propiedad del bien desde 1917 y no desde la fecha en que se iniciaron por parte del INCORA las diligencias tendientes a la definición de la propiedad, que, para el caso, sería a partir de la Resolución número 009 de 1975". Pero al emitir el concepto de fondo, luego de ordenada la acumulación, la Fiscalía recoge el criterio anotado precedentemente por considerar que hubo una equivocada interpretación del artículo 3o. de la Ley 200 de 1936, para afirmar que "la titulación a que hace relación este artículo debe comprender 20 años anteriores a la fecha en que entró en vigencia la Ley 200 de 1936, norma ésta que es transitoria y sólo se aplica en los casos que aún subsisten sin que se haya resuelto sobre la propiedad de un fundo". (Expediente 2767 Cuaderno número 1, folio 75).

Luego de hacer un estudio de los distintos títulos que aparecen en los procesos, solicita en relación con los Expedientes 2545 y 2562 una decisión adversa a las súplicas de las demandas por considerar que no se acreditó la propiedad privada en cabeza de Abdón Ortega Obando, y ni siquiera puede tenerse por demostrada desde 1934 como lo hace la Resolución número 136 de 1977:

"Además, de ninguna de las escrituras públicas aportadas a los procesos acumulados, se desprende que el señor ORTEGA OBANDO haya comprado el bien rural LA TOLDADA, integrado por los lotes VALLICOS, BADOS, EL CERRO y LA TOLDADA; de los títulos antes analizados solamente se prueba que el señor ORTEGA compró 5 hectáreas del lote VALLICOS y otras 5 hectáreas del lote LOS BADOS. No aparece escritura que indique cómo fue que ORTEGA adquirió el resto del terreno, y quien no posee a ningún título, ni es propietario, nada puede transferir a sus herederos". (folio 75 Expediente 2767).

También opina la Fiscalía, en relación con las pretensiones contenidas en la demanda del Expediente 2767, que la Resolución 22 de 1979, tampoco debe ser anulada, por las razones que se transcriben a continuación:

"Si la Resolución que decidió reservar estos predios para una colonización especial, la No. 022, hubiera sido demandada en forma separada de la Resolución No. 136 antes citada, el Consejo de Estado hubiera tenido que declararse inhibido para entrar al fondo del asunto, y le hubiera sido imposible decidir sin antes haber cuestionado el acto que le dio origen.

"En el presente juicio debido a la circunstancia especial de la acumulación decretada, es del caso entrar al estudio de la Resolución No 022 acusada, después de haber resuelto sobre el acto principal.

"La Ley 135 de 1961 o REFORMA SOCIAL AGRARIA, está inspirada según su objeto en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social, y según su artículo primero, se buscó 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 minifundios y dotar de tierras a los que no las posean, con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación e incorporar a esta su trabajo personal.

"Por tanto y según el artículo 40 de dicha ley, se facultó al Insituto Colombiano de la Reforma Agraria, para que previa aprobación del Gobierno Nacional constituyera reservas sobre tierras baldías y las destinara a colonizaciones especiales.

"Por su parte el Decreto 337 de 1961, por el cual se aprueban los estatutos del Instituto y se señalan sus funciones, adscribió a la Junta Directiva en su artículo 32 la facultad de constituir reservas de tierras baldías para destinarlas a la conservación de recursos naturales, a servicios públicos, al cumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del artículo 107 del Código Fiscal, o a colonizaciones especiales y a las demás que ordene la ley, además a sustraer tierras al régimen de reserva nacional.

"Si como se dijo anteriormente el Instituto estaba autorizado para constituir reservas sobre tierras baldías con el objeto de destinarlas a colonizaciones especiales y el fundo LA TOLDADA, fue declarado baldío, por medio de Resolución No. 136, el INCORA estaba obrando dentro de las facultades legales para expedir la Resolución acusada y por tanto ésta debe mantenerse.

"Ahora bien, los argumentos esgrimidos en la demanda, (2767) las disposiciones citadas como violadas y el concepto mismo de la violación, en ningún momento pueden ser valederos para que se declare la nulidad de la Resolución No. 002 ya que son los mismos esgrimidos para solicitar la nulidad de la Resolución No. 136 y tendientes a

demostrar que el predio LA TOLDADA no era un terreno baldío. Teniendo en cuenta las conclusiones anotadas en relación con las demandas formuladas contra la Resolución 136 de 1977, forzoso es concluir que la Resolución 22 de 1979 no deberá ser tampoco anulada". (folios 77 y 78. Expediente 2767).

III

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA SALA

1. Los baldíos son del Estado. La Constitución Nacional, vigente desde 1886, así lo ha dispuesto. Unas veces, como en la actualidad, formando parte del artículo 202 de la respectiva codificación. Otras, como en la reforma de 1936, del artículo 199. Dice la norma fundamental: "Pertenecen a la República de Colombia: . . . 2o. Los baldíos, minas y salinas que pertenecen 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".

Y el artículo 76, numeral 21 de la misma Carta dispone, dentro de las atribuciones conferidas al Congreso: "Dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías"

Estos dos textos constitucionales sirven de punto de partida para ubicar la institución de baldíos, sus alcances, efectos, desarrollo e implicaciones, en las relaciones con esta clase de bienes. Si los baldíos, pertenecen al Estado, solamente él tiene facultad para fijar su utilización, su aprovechamiento. De ahí, que de manera consecuente entregue en la otra rama del poder público, la atribución de señalar esos criterios, que de manera simple, se sintetiza en el numeral 21 del artículo 76, pretranscrito: sobre apropiación o adjudicación y recuperación de esos bienes rurales, como en verdad, se ha cumplido a través de distintas leyes, que se mencionarán o transcribirán, más adelante.

2. Sin embargo, la condición de pertenecer al Estado las tierras baldías, no es un reconocimiento de la Constitución de 1886, sino que es producto de una arraigada observancia de prácticas traídas de España y una conveniencia en el reconocimiento del patrimonio del Estado. Bástanos con citar, a manera de ejemplo, cómo la Ley del 11 de octubre de 1821 después de crear dependencias de agrimensura en la capital de la República y de cada provincia, para el registro de las propiedades rurales de todos los ciudadanos nacionales o extranjeros residentes en el territorio recientemente libertado, señalaba el plazo de cuatro años para el cumplimiento de ese deber, so pena de que no se autorizara contrato de compra y venta de dichas propiedades, así lo dispuso el artículo 14; "Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras, si fueron adquiridas por merced o composición se reincorporarán al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras u otros títulos, el gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios". Esta reversión al patrimonio del Estado de los bienes de los particulares le hacía volver a la condición de baldíos, con la consecuencia de tenerse como tales para el futuro.

Y, mediante Ley de 8 de abril de 1824, con la firma del Libertador Simón Bolívar, se dispuso que se venderán todas las tierras de pertenencia del Estado, con excepción de las tierras ubicadas en zonas de sierras que estuvieran en posesión de los indios. Pero destacable, son los considerandos de esta ley en cuanto menciona: "Que la decadencia de la agricultura de estas provincias depende en mucha parte del desaliento con que se labran las tierras por hallarse las más de ellas en posesión precaria o en arrendamiento. Que nada es más justo que admitir a composición, y vender, todas las tierras sobrantes de las que han sido rematadas, compuestas o adjudicadas conforme a la ley.

Que el Estado, a quien todas éstas pertenecen, como propiedad nacional, se halla sin fondos para llevar a su término la actual contienda contra la dominación española, y salvar al país conforme el voto nacional".

Varias son las leyes y los decretos expedidos durante el período 1821-1830 sobre baldíos. Así encontramos las leyes de 7 y 11 de junio de 1823, 1o. de mayo de 1826 y decretos de 1o. de febrero y 15 de octubre de 1830. Todos, curiosamente, tenían por finalidad disponer u ofrecer tierras baldías para distintos aspectos del desarrollo de la Nación en formación, con la creación de estímulos, pagos de obligaciones, etc. Es decir, los baldíos, se convertían, por esa misma razón, en bienes que al ser destinados por el Estado en favor de los particulares, podrían ser utilizados y aprovechados acorde con el momento que se vivía.

También durante la vida republicana de la Nueva Granada, se expidieron normas sobre baldíos. Entre otras: Ley 4 de marzo de 1832, 6 de mayo de 1834, 5 de 1835, de 8 de mayo de 1841, 3 de marzo, 30 de 1843, 6 de 17 de junio de 1844. Todas estas estaban dirigidas a adjudicar tierras baldías, para el fomento de nuevas poblaciones.

En esos términos, las tierras que se adjudicaban pasaban a formar parte del patrimonio de los particulares, esto es, se convertían en propiedad privada. Y no solamente éstas adquirían esa calidad, también aquellas que por título traslaticio de dominio anterior al 11 de octubre de 1821. Para ese entonces, los predios rurales o eran de los particulares o eran del Estado, en cuyo evento se regían por normas especiales.

Y en el proceso de consolidación de la República, también se dictaron leyes sobre baldíos. En particular, encontramos la Ley 61 de 1874, que adicionó el Código Fiscal de la época, en la que se consagra: "Todo individuo que ocupe terrenos incultos pertenecientes a la Nación, a los cuales no se les haya dado aplicación especial por la ley, y establezca en ellos habitación y labranza, *adquiere derecho a la propiedad sobre el terreno que cultive, cualquiera que sea su expresión*" (artículo 1o.). "Si se establecieren en tierras baldías, apuntaba el artículo 2o., cabezas de ganado o siembras de cacao, café, caña de azucar u otra clase de plantaciones permanentes, el colono, además de adquirir la propiedad que se le concede por el artículo anterior tendrá derecho a que se le adjudique una porción de terreno adyacente, igual en extensión a la cultivada. El Poder Ejecutivo *fijará las reglas que deberán observarse para facilitar a los colonos la demarcación y adjudicación de dicho terreno adyacente*". Los restantes preceptos de la Ley 61, iban dirigidos a regular las relaciones de los colonos con las tierras baldías. Y por Ley 48 de 1882, se reafirmó "el principio de *que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo*, cualquiera que sea la extensión, y ordena que el Ministerio Público ampare de oficio a los cultivadores y pobladores de la posesión de dichas tierras, de conformidad con la Ley 61 de 24 de junio de 1874". Sin embargo, esta ley introdujo unas reglas que, ciertamente, han servido de orientación para posteriores normas. Así, por ejemplo, el artículo 2o: *"Los cultivadores de terrenos baldíos*, establecidos en ellos con casa y labranza, *serán considerados como poseedores de buena fe*, y no podrán ser privados de la posesión sino por sentencia dictada en juicio civil ordinario". Para, luego, el artículo 3o. al declarar y reiterar que las tierras baldías se reputan bienes de uso público", incluyó el principio, que aún se mantiene, de que "su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso". Para decir, en el artículo 7o., que "los terrenos baldíos que la Nación enajene por cualquier título vuelven gratuitmente a ella al cabo de diez años, si no se estableciere en tales terrenos, durante ese tiempo, alguna industria agrícola o pecuaria".

Todas estas normas, hacen ver cómo el legislador mantenía un tratamiento indiscriminado de las tierras baldías, por cuanto en unas veces se hablaba de adquisición de la propiedad de esos bienes, y en otras se planteaba la adjudicación de los mismos. Es

decir, daba a entender, en ciertos pasajes, que se construia un modo especial de adquisición del dominio, por encima del Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873, sobre los terrenos baldíos; y en otros reiteraba la vocación normativa de la época de la Independencia, de la adjudicación de esos predios rurales, por parte del Estado.

Con la adopción del Código Civil de la Nación de 1873, por virtud de la Ley 57 de 1887, se parte del supuesto que los modos de adquirir el dominio de las cosas o de los derechos, como suelen decir unos comentaristas, son los que expresamente menciona aquel ordenamiento, a saber: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción —artículo 673—. No hizo distinción el Código Civil, ni tampoco las leyes, que le dieron vigencia, fuerza, y actualización, la 57 y la 153 de 1887, sobre el particular. Es decir, se mantuvo la forma de adquisición del dominio, llamados modos, que aún subsisten en nuestro régimen legal.

El Código Fiscal —Ley 110 de 1912— que sustituyó el anterior, incorporó una serie de artículos sobre baldíos, partiendo de la consideración que éstos forman parte de la Hacienda Nacional, materia de regulación de un estatuto de este linaje. Son los artículos 44 a 107.

El artículo 44 reafirma que "son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56". El artículo 61, reitera el principio de la imprescriptibilidad del dominio de los baldíos. Y el 65 vuelve sobre la regla de la Ley 61 de 1874: "*La propiedad de los baldíos* se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados". Y el 66: "La persona establecida en terrenos baldíos con casas de habitación y cultivos, tales como siembras de cacao, café, caña de azúcar y demás plantaciones permanentes, o empresas de sementeras de trigo, maíz, arroz, etc. *tiene derecho a que se le adjudique gratuitamente lo cultivado* y una parte del terreno adyacente, en una extensión que comprenda lo ocupado y tres tantos más". A su vez, la Ley 71 de 1917, en el artículo 1o. reformó el 66 pretranscrito, y señaló reglas para la adjudicación de terrenos baldíos. Dispuso el artículo 1o.: "Toda persona que como colono o cultivador, quiera adquirir título de propiedad sobre terrenos baldíos en donde haya establecido casa de habitación o cultivos artificiales, tales como plantaciones de café, cacao, caña de azúcar y demás de carácter permanente o sementeras de trigo, maíz, arroz, etc., en una extensión no mayor de diez hectáreas, y sobre otro tanto de lo cultivado deberá solicitar la adjudicación respectiva por medio de un memorial de denuncio, dirigido al Gobernador del Departamento en que esté ubicado el terreno, o al Intendente Nacional, según el caso".

La Ley 47 de 1926, con el propósito de fomentar la colonización de los baldíos, introdujo modificaciones a la Ley 71 de 1917. Dispuso en el artículo 1o. que *toda persona puede adquirir, como colono o cultivador, título de propiedad sobre los terrenos baldíos* en donde se haya establecido con casa de habitación, y cultivos permanentes, como plantaciones de café, cacao, caña de azúcar, o sementeras de trigo, papa, maíz, arroz, etc., en una extensión de diez hectáreas y otro tanto de lo cultivado. La ley en mención se encargó de señalar el procedimiento para lograr la adjudicación por parte de las autoridades competentes.

El artículo 7o. de la Ley 90 de 1928, ordenó: Todo el que ocupare baldíos con casa de habitación dentro del perímetro urbano de las poblaciones debidamente organizadas, *tendrá derecho a que por el Ministerio de Industria se le adjudique* la porción edificada y el terreno adyacente que esté encerrado por paredes, siempre que la edificación se haya sometido al plan señalado por el respectivo municipio.

La Ley 34 de 1936, reformó algunas disposiciones del Código Fiscal sobre esta materia, otro tanto hizo la ley 47 de 1926, particularmente, para ampliar las extensiones de tierra susceptibles de adjudicarse por su condición de baldíos. Consagró el artículo 1o. que toda persona, como colono o cultivador, *podía adquirir título de propiedad* sobre terrenos baldíos en una extensión no mayor de veinticinco hectáreas y otro tanto de lo cultivado; para, en el artículo 2o., sentar, como regla general, que desde la vigencia de esa ley, *"las adjudicaciones de baldíos no podrá exceder de setecientas hectáreas*, para la agricultura o a cambio de bonos territoriales, y de ochocientas hectáreas para la ganadería. Si los terrenos baldíos se hallan a una distancia mayor de cincuenta kilómetros de la cabecera del municipio más próximo, *las adjudicaciones podrán ser* hasta por ochocientas hectáreas para la agricultura o a cambio de bonos territoriales y de mil quinientas hectáreas para la ganadería". Y el artículo 4o. introdujo la llamada condición resolutoria del dominio de los terrenos baldíos adjudicados, en el término de cinco años contados desde la fecha de la adjudicación, si el adjudicatario o sus sucesores no cultivaren u ocuparen con ganado, por lo menos la mitad del terreno que se les haya adjudicado. Así mismo, en el artículo 5o. se concedió al Ministerio de Industria y Trabajo, la facultad de requerir a los adjudicatarios de baldíos para que dentro de un término de menor de seis meses presentaren la prueba *que acredite el cumplimiento oportuno de sus deberes de ocupación y explotación de las tierras*, en los términos de las leyes mencionadas. Algo más: construyó una presunción en el sentido de que la no presentación de la prueba exigida hacía suponer que no había atendido esas obligaciones, ante lo cual el Gobierno podía declarar de oficio y sin fórmula que el dominio había vuelto al dominio del Estado. También extendió la Ley 34 la condición resolutoria de la adjudicación de los baldíos cuando se comprobare engaño del cultivador en denunciar cultivos inexistentes, para el logro de la adjudicación.

3. Todo este recorrido de las normas que en una u otra forma han tenido que ver con el asunto de las tierras baldías, con citas y transcripciones de los textos, sirven, a la Sala, para entrar a analizar, precisamente, la Ley 200 de 1936, llamada de tierras, y el Decreto 59 de 1938, señalados en las demandas formuladas en el *sub-lite*, como violados por las resoluciones acusadas.

La Ley 200 de 1936, si bien es cierto ahondó seriamente en el tratamiento del asunto de baldíos, no hizo otra cosa que seguir los criterios y principios de las otras leyes que le antecedieron en su aplicación. Suficiente con transcribir un aparte de la exposición de motivos: "Los terrenos baldíos, destinados por el legislador para ser adjudicados en pleno dominio a quienes lo cultiven o incorporen a la economía nacional, eran los llamados en primer lugar a satisfacer el natural deseo de adquirir propiedad e independencia que existía en el labriego, ya que la proverbial pobreza de éste y la ausencia de toda cooperación por parte del Estado, así como la carencia de crédito excluían o reducían a una misma expresión la posibilidad de un tránsito del dominio del latifundio, en forma de parcelas, a manos de los trabajadores campesinos".

Cuando las leyes anteriores se referían a los baldíos, válido recordar, destacaban la posibilidad de que a través de los cultivos o explotaciones de los predios rurales se pudieran adquirir éstos; se empleaban distintas locuciones, como, por ejemplo, "adquiere el derecho a la propiedad" —Ley 61 de 1874, "el principio de que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo"— Ley 48 de 1882, "la propiedad de los baldíos se adquiere por el cultivo" —Código Fiscal— y, así sucesivamente, las restantes normaciones sobre la materia, para denotar que los baldíos si bien eran del Estado, podían ser objeto de adquisición por los particulares, con la restricción, ya vista, de la imprescriptibilidad.

4. Pues bien, la Ley 200, partió de una noción, que si no difiere fundamentalmente de lo dicho o recogido en las leyes anteriores, es importante rubricar: *Se presume que no*

son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios del dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. Es decir, incorpora una presunción de que todo fundo poseído por particulares, por actos ciertos de explotación económica son de éstos, para dar a entender, entonces, que los que no se encuentren en esta situación son de propiedad del Estado. Por eso, el artículo 2o. sienta otra presunción: se considerarán baldíos los predios rústicos no poseídos en la forma que se determina en el artículo 1o.

En un primer momento de confrontación de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 200 de 1935 puede creerse que existen contradicciones, puesto que ambos preceptos regulan presunciones, una a favor de los particulares y la otra del Estado. Empero no es así: la presunción del artículo 1o., que es legal, como lo confirma el artículo 1o. del Decreto 59 de 1938, resulta de la posesión económica de los predios rústicos y que, ante la falta de aprovechamiento de los particulares, entra en juego la otra presunción. Es decir: se presume que los predios rústicos explotados por los particulares son de éstos, salvo que se demuestre lo contrario; y si no están poseídos, en los términos de la ley, son del Estado. Los actos de posesión, que se deben reflejar en conductas ciertas sobre predios rústicos, son los que comportan y respaldan la presunción en beneficio del particular. Y la carencia de esos factores de utilización la que construye la presunción a favor del Estado; desvirtuable, ciertamente, con la prueba de la adquisición, mediante los títulos indicados en el artículo 3o. de la Ley 200.

Entonces, para la Ley 200, las tierras baldías, siguen perteneciendo al Estado, que por mandato constitucional, tienen ese carácter, pero frente a la explotación económica se presume que dejan de serlo. Se impone, de manera indubitable, la consideración: es la posesión, en los términos previstos por el artículo 1o., reformado por el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1973, la que determina que la presunción de propiedad privada prevalezca sobre la condición de baldíos. Ya no será la confrontación de títulos. Estos tendrán significado en la disputa entre particulares. Sin embargo, el artículo 3o. presenta una forma especial para desvirtuar la presunción en mención con el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal o los títulos inscritos otorgados como lo advierte la Ley 200; en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor al término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

5. De todo lo dicho hasta aquí, resulta fácil concluir: en ningún momento la explotación económica o el cultivo o el provecho de las tierras baldías sirven de modo para adquirir el dominio. Todos los articulados están dirigidos a permitir la adjudicación por parte del Estado mismo, puesto que esos bienes le pertenecen. Cuestión distinta es que se presuma, como abiertamente lo dispuso la Ley 200, que quien ejerza ese poder de hecho, en las circunstancias de uso anotadas, se tenga como tal. Pero diferente a que se diga o sostenga que es dueño, por ese mismo hecho. Presumir dominio e identificar el dominio pleno, como si fuera un modo, son conceptos sustanciales distintos, con implicaciones, también, separadas.

Afirmar, que la sola explotación económica es un modo originario de adquirir, por ocupación, un terreno baldío, es ir más allá de la previsión de la ley. Esos hechos son constitutivos de una presunción de dominio, pero éste se logra, en verdad, mediante la adjudicación que al titular, de esa situación, hace el Estado. Y este acto no puede ser equiparado con una simple solemnización de un derecho ya reconocido por la ley. No. Tiene un alcance superior: trascender el ámbito de la posesión, para ubicarlo en el de la presunción de dominio. La incorporación de trabajos, de acuerdo con las enumeraciones, enunciativas, señaladas en la Ley 200 y en su decreto reglamentario 59 de 1938, sirve para otorgarle un derecho al que lo realiza: considerarlo que está ocupando un

predio que no es baldío. Empero, esa calidad supuesta por la ley, como si fuere propiedad privada, puede desvirtuarse: o porque se acredite dominio por medio de un título de un tercero, o la falta de los hechos de posesión.

Frente a lo primero, los mismos particulares pueden entrar a discutir los respectivos derechos. Ante lo segundo el propio Estado puede negarse a aceptar que el predio ha dejado de ser baldío. En razón de qué esto último: precisamente porque no pueden tener la condición de propiedad privada, a falta de un título originario o de títulos inscritos otorgados como lo previene la Ley 200, con tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que las leyes determinen para la prescripción extraordinaria, que hace que la presunción del artículo 2o. adquiera relevancia.

6. En el presente caso, los procesos acumulados, dos de ellos se adelantaron sobre la base en que los demandantes Luis Gerardo Ortega Vargas y Aladino Ortega Moreno, adquirieron los predios, cuya declaratoria de que nunca han dejado de ser baldíos por el modo de la ocupación, por cuanto, como quedó narrado atrás, ellos como herederos continuaron con la condición que tenía el causante Abdón Ortega Obando de cultivador o explotador económico del inmueble. En realidad, no es posible aceptar que los demandantes puedan exhibir la condición de dueños de esos fundos por el solo hecho que como poseedores, adquirieron por el modo de la ocupación. Este modo no se puede ofrecer en esta circunstancia. Basta con transcribir el correspondiente artículo del Código Civil: "Por la ocupación, reza el artículo 685, se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes o el derecho internacional". Y los baldíos, ya se ha dicho, y de ahí, el esfuerzo de esta Sala por situar los antecedentes legislativos de esta institución, son del Estado. Además, ninguna ley ha cambiado esta regla sustancial, de suerte que hay que admitir, que la ocupación de los baldíos no es un modo, sino construye la presunción de que es propiedad privada cuando se posee económicamente en los términos de la ley.

7. Es baldío todo predio en que nunca se ha ejercido dominio privado, y se dará esto cuando no ha ingresado jurídicamente al patrimonio de un particular, bien por tener un título antecedente, originario expedido por el Estado; que no haya perdido la eficacia legal, ora por haber sido inscrito con anterioridad a la Ley 200, por el término no menor al que se señala para la prescripción extraordinaria, es decir, por veinte años. Pero, con todo, se presumen que son baldíos los que no son poseídos como lo determina el artículo 1o. de la Ley 200. Y para desvirtuar esta presunción, precisamente, se puede reemplazar esa inactividad sobre el predio mediante la prueba del título de dueño.

¿Y qué ha de ocurrir si sobre un predio rural no se puede acreditar dominio privado por carecer del título originario o de la inscripción del título antecedente? Se presume que no son baldíos sino de particulares siempre y cuando se hayan poseído de acuerdo a las conductas impuestas por la Ley 200 y su decreto reglamentario y se tendrán como baldíos en caso contrario, esto es, que a falta de algún título que respalde el dominio, tampoco se haya ocupado en las circunstancias previstas por las leyes.

8. Todo lo dicho tiene su sustento en la Ley 200 y en el Decreto Reglamentario 59 de 1938, pues la Ley 100 de 1944 al modificar varios artículos de la Ley 200 introdujo apenas algunas variantes, en particular, referidas a la declaración de utilidad pública e interés social la adquisición por el Estado de las tierras incultas o insuficientemente explotadas y a las reservas de terrenos baldíos. Pero en lo que atañe al asunto en estudio, no dispone de mayores consideraciones.

9. Con la expedición de la ley de reforma agraria, 135 de 1961, el régimen de baldíos se revitalizó, con una serie de preceptos, que parte de la inclusión, entre sus fines el de

"fomentar la adecuada explotación económica de tierras incultas o deficientemente utilizadas", para adscribirle al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, entre sus funciones: "Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas" y ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas, lo mismo que adelantar las diligencias y dictar las resoluciones sobre extinción del derecho de dominio privado. Y a los órganos de dirección y administración les asignó el conocimiento de todos los asuntos atinentes a la reforma agraria. Y, como es obvio, se incluye lo referido a baldíos, artículos 29 a 42.

Leyes posteriores: 1a. de 1968 y 4a. de 1973, y el Decreto 1265 de 1977, también incorporaron normas sobre el asunto de baldíos. Y este último ordenamiento es que se encarga de fijar las reglas sobre clarificación de la propiedad, punto de análisis en el aspecto controversial de los procesos acumulados.

El Decreto 1265 de 1977, suministra las herramientas al INCORA, para lograr la clarificación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, a fin de identificar las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y recuperar los terrenos baldíos indebidamente ocupados. Para ello, señala las normas de procedimiento pertinentes, que se inicia con la resolución en que se ordena adelantar las diligencias para tal fin, previo el cumplimiento de sucesivas etapas administrativas, —inscripción en la Oficina de Registro, pruebas, etc., para concluir con la decisión motivada en que se diga si los terrenos baldíos salieron o no del patrimonio del Estado. Le compete, de ese modo, al INCORA en aras de esclarecer los derechos de los particulares sobre los terrenos baldíos decir, con el acervo probatorio que se presente, los alcances y eficacia de la relación de aquellos sobre esta clase de inmuebles. Pero no puede ser de estricta verificación de la propiedad privada, a través de títulos de adquisición, originarios unos o inscritos otros —artículo 3o. de la Ley 200 de 1936—, sino también de aquellas circunstancias de hecho, surgidas de la explotación del predio, desde el punto de vista económico, que como ya se ha dicho, merece igualmente la protección del Estado; si colma los supuestos enunciados en el artículo 1o. *ibidem*. O sea: la presunción de que no es baldío. Debe quedar, pues, claro, que no es solo con la comprobación del dominio, por medio de títulos, como se logra el respeto a la permanencia del cultivador o empresario agrícola y ganadero, sino que, también, por la explotación económica, indicadora de la presunción anotada.

La ocupación, por tanto, merece protección, ante la clarificación de la propiedad. Por ello, le ha de obligar el INCORA, en procura de que las tierras rurales tengan el máximo de aprovechamiento, para que prefiera al que hace de la tierra un medio de producción y no un instrumento del ocio.

Eso sí, en aquellos casos en que el particular no acredite propiedad, y tampoco pruebe la posesión económica, tantas veces referida, no puede alcanzar la protección del Estado. Por eso, bien establece el artículo 10: "Practicadas las pruebas, el Instituto decidirá mediante resolución motivada, si los terrenos salieron o no del patrimonio del Estado". Y salir, del patrimonio del Estado, aquí significa, que se tiene un título de propiedad, o que la presunción por la posesión económica, le permita permanecer en el predio, para que le sea adjudicado con los trámites de rigor.

El acto acusado descansa, como ha quedado dicho, en la consideración del INCORA, que el predio "La Toldada", no ha salido del patrimonio del Estado, porque no se reunieron ninguno de los elementos fácticos o jurídicos, para un pronunciamiento en sentido contrario. (Todas las subrayadas son de la Sala).

IV

CONSIDERACIONES ESPECIALES DE LA SALA

Dentro del marco normativo y conceptual consignado anteriormente, se procede a analizar cada uno de los expedientes, en orden de presentación de las respectivas demandas.

Expediente número 2545:

1. Como se mencionó anteriormente, se ha acusado la Resolución número 136 de 3 de agosto de 1977, por cuanto desconoció que el predio rural denominado "La Toldada", ingresó al patrimonio del señor Abdón Ortega, por el modo de la ocupación —demostrable con la explotación agrícola y ganadera—, y luego a los herederos, en este caso los demandantes Luis Gerardo Ortega Vargas y Aladino Ortega Moreno, en idénticas circunstancias. Es decir, que salió del patrimonio del Estado, y, por ende, dejó de ser baldío.

Y para los demandantes no sólo se adquirió por el modo de la ocupación, inicialmente ejercida por Abdón Ortega Obando, y continuada por ellos, sino que presentan unos títulos, encaminados a sostener, en suerte, que por esta otra forma jurídica, también se les debe reconocer el dominio sobre el citado predio, o sea, que no es baldío.

2. Al considerar la Sala los aspectos generales del régimen de baldíos —en el acápite IV— dejó sentado los criterios que deben ser tenidos en cuenta a manera de conclusión de si un predio rústico es baldío, esto es, que nunca ha salido del patrimonio del Estado, o por el contrario, ha ingresado en el haber de particulares.

3. Sea lo primero decir que esta Sala no comparte la tesis, ciertamente sostenida por importantes doctrinantes y aún por la Corte Suprema de Justicia (sentencias de Casación Civil de fechas 31 de enero de 1963, 2 de septiembre de 1964 y 5 de junio de 1975) de que la ocupación de un predio rural, mediante la explotación económica, es un modo. Ya se hicieron las precisiones doctrinarias sobre el particular, que aplicadas al caso *sub-júdice*, sirven para sostener: la posesión económica ejercida no origina ningún modo, es decir *per se* no hace que el ocupante sea dueño. Pero, eso sí, le permite enfrentar ante cualquier intento de clarificación de propiedad que se le respete ese hecho de explotación y uso de los terrenos situados fuera del área de población.

Estas apreciaciones, a manera de premisas, permiten llegar a lo siguiente: si el señor Abdón Ortega Vargas, como lo sostienen los demandantes, ocupó el predio "La Toldada", por muchos años, y luego, sus herederos hicieron similar proceder, para demostrar el dominio, frente al Estado, no basta que se alegue el hecho de la explotación, sino que se requiere la exhibición de acto de adjudicación, por cuanto el derecho se acredita por esa forma. En cambio, si se ofrece esa explotación se debe respetar esa situación, para el logro de la adjudicación.

4. Según la diligencia practicada en el proceso número A-1127 adelantado por el INCORA, el 30 y el 31 de marzo de 1973 (folios 76 y ss), aparecen 34 ocupantes diferentes en el predio denominado "La Toldada", que alegan el derecho de propiedad en la primera, y en la diligencia del 24 de marzo de 1975 (folios 83 y ss, cuaderno principal), aparecen 47 ocupantes.

El INCORA, al proferir la Resolución 136, en la que declaraba que el predio "La Toldada", no había salido del patrimonio del Estado, tuvo en cuenta la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial cumplidos dentro de la etapa administrativa correspondiente. De una y otra actuación, no objetadas por los demandantes, se puede apreciar que sobre dicho inmueble se encontró ochenta familias trabajando con cultivos, quienes expresaron su posición sobre el particular mediante un vocero designado por todos. También, el demandante Luis Ortega Vargas manifestó: "Que no he podido explotar el predio en su debida forma por los inconvenientes que se han presentado en la sucesión del extinto Abdón Ortega Obando, ya que en un principio depositaron algunos arrendamientos en la Caja Agraria de El Tambo, y en ese tiempo no pasaban de veinte y en la actualidad se encuentra un número que informan los señores peritos; además según informaciones hay una junta de acción comunitaria que *impide explotar ese predio en debida forma* (folio 157, cuaderno 3). (Subraya la Sala)

A la vez, el dictamen rendido por los peritos, aprobado mediante auto del 13 de abril de 1977 (folio 174 vuelto) da cuenta de una zona de 10 hectáreas explotadas por el actor con ganadería (23 semovientes mezclados con cebú), así como de la explotación casi en toda su extensión por unas 76 familias con un promedio de 5 personas cada una que cultivan maíz, frijol, maní y plátano.

5. Para ampararse, entonces, los demandantes Luis Gerardo Ortega Vargas y Aladino Ortega Moreno, de la presunción incorporada en el artículo 1o. de la Ley 200 de 1936, modificada por el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1973, han debido acreditar que sobre el predio denominado "La Toldada", compuesto por lotes conocidos con los nombres Los Bados, Vallicos, La Toldada y El Cerro, se ejercía posesión "consistente en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación de ganados y otros de igual significación económica"; y esto no se ofrece dentro de los expedientes materia de estudio. Por el contrario, se comprobó que aproximadamente ochenta familias, de acuerdo a los peritos, 76 en total, ocupan aquél inmueble, y que el demandante Luis Gerardo Ortega Vargas, explotaba tan sólo diez hectáreas; ¿puede acaso, gozar de la presunción, el particular que no ejerce la posesión en los términos previstos por la ley y, para de esa manera, oponerle al Estado esa especial situación, que lo conduciría luego, a la titulación correspondiente? La respuesta es contundente: No, porque el supuesto de hecho de la explotación no admite recorte alguno. Y al particular le corresponde, en suerte, la prueba de la posesión, por actos propios y directos, y jamás por interpuestas personas, porque, precisamente, el sentido de la norma al construir la presunción es la de procurar que los predios rurales se incorporen a la economía del país mediante el aprovechamiento de particulares de esos terrenos. La legalidad, de los actos enjuiciados resulta, en este aspecto, cierta.

6. Y, ante la falta de esos actos de posesión, surge, con particular implicación, la otra presunción, consagrada en el artículo 2o. de la Ley 200 de 1936, que son baldíos los predios rústicos que carecen de la explotación económica. Sin embargo, también el beneficio al particular se manifiesta a través del artículo 3o. de la Ley 200, en cuanto permite que a falta de esos hechos posesorios, se pueda acreditar propiedad privada, además del título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, con los títulos inscritos otorgados con anterioridad a dicha ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que se señala para la prescripción extraordinaria.

Es decir, los demandantes tenían otra vía para respaldar su pretensión de ser considerados y reconocidos como propietarios del predio La Toldada: presentar un título originario si procedía del Estado o inscrito de más de veinte años anteriores a la fecha en que entró a regir la Ley 200; porque la prueba de que el predio controver-

tido salió del patrimonio del Estado e ingresó al de los demandantes le correspondía a éstos, para establecer la ilegalidad de los actos acusados.

7. El demandante alega la calidad de dueño del causante Abdón Ortega O., con base en títulos de compra de lotes que se remontan más allá del año de 1917. La Resolución que declaró baldío el predio consideró que la tradición que aparece en los certificados no es suficiente para demostrar propiedad privada en los términos del artículo 3o. de la Ley 200 de 1936 y por cuanto las demás escrituras que obran en el expediente con fechas anteriores al año de 1917 (números 203 de 20 de junio de 1911; 337 de 18 de septiembre de 1915 y 474 de 25 de agosto de 1899) no tienen validez e idoneidad por sí solas para demostrar propiedad privada por cuanto no son títulos originarios de dominio emanados del Estado, sino documentos aislados que además de carecer de nota de registro en los mismos se anotan deficiencias en el dominio de los tradentes y no se citan en la tradición que consta en los certificados de registro. Consideró además que los títulos aducidos tampoco serían por sí solos suficientes para demostrar propiedad privada por uno de los medios establecidos en el artículo 4o. de la Ley 200 de 1936, a los cuales también podían recurrir los interesados, aún cuando en el caso presente, la norma aplicable sería la del artículo 3o. de la citada ley.

Según los títulos y certificados de tradición que obran en el plenario, el señor Abdón Ortega Obando adquirió lotes que conforman el predio La Toldada así: 5 hectáreas mediante escritura número 376 de 19 de noviembre de 1963 (referida a Los Bados) registrada el 26 de junio de 1965, Libro 2o., Tomo 2o. folio 040 partida 80, por compra hecha a Beatríz Meléndez de Rosero y María Herminia Meléndez de Zamora, quienes a su vez lo habían adquirido mediante división extrajudicial contenida en la escritura pública número 233 de 19 de septiembre de 1949 de la Notaría de Taminango, registrada al 3 de mayo de 1950, Libro 1o. Tomo 1o., folio 48, Partida 143 verificada entre Moisés Meléndez y Luis Alfonso, Guillermo, Beatríz y Hermina Meléndez. Este predio lo había adquirido Moisés Meléndez de la señora María Hernández por documento privado. Muerta su esposa, señora Esther Pérez Meléndez, se procedió a la división extrajudicial, sin proceso de sucesión.

Abdón Ortega Obando adquirió otras 5 hectáreas (referidas a Vallicos) del predio mediante escritura número 139 de junio 24 de 1960 de la Notaría de El Tambo por compra hecha a Moisés Meléndez, registrada el 6 de junio de 1965, en el Libro Primero, Tomo I, a folios 376, bajo la partida número 345. Este lote lo había adquirido el vendedor Moisés Meléndez por adjudicación el 13 de febrero de 1934, en el juicio divisorio del predio "Vallicos" adelantado en el Juzgado Civil del Circuito de La Unión, diligencia registrada con fecha 1o. de mayo del mismo año en el Libro de sentencias civiles, Tomo 1o, a folio 1o. y bajo la partida número 1, protocolizado mediante escritura pública número 34 de mayo 1o. de 1934 de la Notaría de La Unión.

Moisés Meléndez había comprado la mitad del predio "Vallico" por escritura pública número 272 del 14 de agosto de 1925 de la Notaría de El Tambo. Y de la otra mitad compró los derechos y acciones del predio "Vallico" según escritura pública número 321 del 3 de septiembre de 1926 de la Notaría de La Unión, registrada el 10 de septiembre siguiente en el Libro 1o., Tomo 1o, folio 136 bajo la Partida 299, correspondiente a las 3/9 partes, por cuanto Tomasa Meléndez, de esta mitad, enajenó la 1/9 que le habría correspondido como heredera de su hija Zoila Vargas quien murió sin dejar descendencia y otra 1/9 parte por concepto de porción conyugal, que sería igual a la legítima rigorosa de un hijo legítimo (1236, 2 C.C.), pero, en el caso en referencia, la cónyuge carecía del derecho a recibirla por cuanto ésta no es acumulable a ningún otro derecho que tenga en la sucesión del cónyuge, en los términos del artículo 1234 inciso final, Código Civil. Luego Tomasa Meléndez vendió derechos que no estaban radicados en su cabeza, así como los correspondientes a su hija Zoila, sin proceso de sucesión.

Tomasa Meléndez afirma que el predio Bálico corresponde a la mitad de gananciales, por cuanto fue adquirido dentro de la unión conyugal habida con su esposo señor Mauricio Vargas, por escritura pública número 203 de 20 de junio de 1911 a los señores Federico, Casimiro y Fermín Gómez, por documento privado que se legalizó con esta escritura, registrada el 29 de julio de 1911, Libro primero, Tomo primero a folios 123 y bajo la partida número 217. Esta escritura hace referencia a la décima parte que los vendedores dicen haber heredado de su hermana Casimira Gómez V. de Obregón, quien a su vez la había heredado por sucesión de su esposo Juan de la Cruz Obregón y de sus hijas Brígida y Visitación Obregón quienes fallecieron sin dejar descendencia legítima. La mitad del resto del terreno lo había vendido la misma Casimira Gómez el 8 de agosto de 1887 a Mauricio Vargas y la otra mitad había sido vendida al mismo Vargas por contrato del 16 de enero de 1904.

El esposo de Casimira Gómez, señor Juan de la Cruz Obregón, adquirió por convenio extrajudial de 18 de octubre de 1869 protocolizado en la Notaría de Popayán, donde los condueños se dividieron el predio Alto del Castigo Distrito de El Rosario habiéndole correspondido a Obregón el lote Vallico.

Adquirido el predio por Mauricio Vargas, esposo de Tomasa Meléndez, se produjeron las ventas realizadas por ésta en relación con la 1/2 de gananciales; de la otra mitad aparece una venta (ya determinada) producida en 1926 y relativa a las 3/9 partes de la otra mitad, así como las realizadas por otros 2 hijos de Mauricio Vargas (Efraín y Hermenegildo Vargas), mediante escritura pública número 337 de 18 de septiembre de 1915 de la Notaría de La Unión, registrada a folio 206 Partida No. 303 Libro Primero, el 18 de noviembre de 1915, al señor Gumersindo Matacea, que equivaldría a otras 2/9 partes correspondientes a otros 2 hijos, de los 8 que tenía Mauricio Vargas. Los vendedores manifiestan en esta escritura no tener títulos que entregar al comprador (folio 182 vto. Expediente 40876 INCORA).

Obran en el expediente otros títulos: la escritura pública número 317 de 3 de octubre de 1909 de la Notaría de La Unión, registrada el 3 de octubre de 1909 en el Libro 1o. folio 84 a 85, partida 254 (folio 40 Cuaderno Principal), por medio de la cual el señor Andrés Matacea vende a Jesús Arturo un lote situado en La Vega y Vallico, Municipio de El Rosario; éste vende a Abel Sánchez y Arbeláez y éste a su vez, por escritura pública número 314 de 1o. de octubre de 1916 de la Notaría del Círculo de La Unión registrada el 27 de noviembre de 1916 (folio 21 Cuaderno Principal), vende a los cónyuges Hermógenes Erazo y Delfina Guerra. Hernando Erazo, hijo de éstos, diciendo haber adquirido por sucesión de sus padres, transfiere los derechos y acciones del predio "Bálico", mediante escritura pública número 213 de 18 de septiembre de 1941, registrada a la partida número 527 folio 197, Tomo 1o. de 17 de noviembre de 1943; los linderos de estos títulos que arrancan de la venta hecha por Andrés Matacea a Jesús Arturo son diferentes a los que relaciona la escritura pública número 337 de 18 de septiembre de 1915 que contiene la venta hecha por Efraín y Hermenegildo Vargas a Gumersindo Matacea.

8. Del estudio cuidadoso de los títulos relacionados se concluye que Abdón Ortega sólo adquirió parte del predio afectado por la Resolución impugnada toda vez que, como dice la Fiscalía, sólo compró a Moisés Meléndez y a Beatriz y María Herminia Meléndez, de a 5 hectáreas a cada uno. La parte correspondiente a los derechos y acciones que vende Hernando Erazo mediante escritura pública número 213 de 18 de septiembre de 1941, al señor Abdón Ortega se distingue por linderos diferentes a los que relacionan las escrituras números 337 de 18 de septiembre de 1915, la 474 de 25 de agosto de 1899 y la 203 de 20 de junio de 1911. Los títulos aportados presentan deficiencias en el dominio de los tradentes como que las vendedoras de una parte del predio (5 hectáreas de los Bados) señoras Beatriz y María Herminia Meléndez adquirieron el

bien mediante una partición extrajudicial sin adelantar el proceso de sucesión de su madre señora Esther Pérez. Y en relación con la parte que vende Moisés Meléndez a Abdón Ortega referida al lote "Vallicos", sin título de adquisición (del tradente) se remonta a 1925 cuando compra a Tomasa Meléndez la 1/2 del predio correspondiente a los gananciales y a 1926 cuando, mediante escritura pública número 321 del 3 de septiembre, compra a la misma Tomasa Meléndez y a su hijo Donaciano Vargas las 3/9 partes de la otra mitad de la cual Gumersindo Matacea había adquirido otras 2/9 partes, quedando entonces las restantes 4/9 partes de la mitad que corresponden a los derechos de los otros 4 hijos de Mauricio Vargas. Luego Moisés Meléndez no era dueño de la totalidad del predio del cual vendió 5 hectáreas a Abdón Ortega Obando.

9. Estudiados los certificados de tradición allegados al proceso se tiene que la tradición allí registrada sólo se remonta al año de 1934. Los títulos presentados por el demandante para desvirtuar la falta de idoneidad y validez resaltada en la Resolución número 136 no son suficientes, en los términos del artículo 3o. de la Ley 200 de 1936 por cuanto la escritura pública número 203 de 20 de junio de 1911 mediante la cual Mauricio vargas adquirió la 1/10 parte que le faltaba del predio Vallico y obtuvo la ratificación de la venta que por documento privado le hizo Casimira Gómez V. de Obregón, permitió que su esposa Tomasa Meléndez y Donaciano Vargas vendieran parcialmente el predio a Moisés Meléndez, quien a su vez vendió 5 hectáreas a Abdón Ortega. La escritura número 337 de 18 de septiembre de 1915 relaciona unos linderos diferentes a los de la distinguida con el número 317 de 3 de octubre de 1909 que constituye la tradición del lote vendido por Hernando Erazo a Abdón Ortega y la escritura pública número 474 de 25 de agosto de 1899 hace relación a un predio diferente al afectado con los actos acusados.

10. Al no demostrarse que el actor se encontraba dentro de las previsiones del artículo 1o. de la Ley 200 de 1936 como que él mismo manifestó en la diligencia de 8 de marzo de 1977 la imposibilidad de explotar el predio y en esa oportunidad procesal se demostró que sólo explotaba 10 hectáreas, opera la presunción del artículo 2o., que no fue desvirtuada en la forma señalada por el artículo 3o., por cuanto ni se aportó el título originario expedido por el Estado, ni aquellos títulos inscritos en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor de 20 años, por cuanto los presentados carecen de eficacia e idoneidad toda vez que sólo dan cuenta de ventas parciales y presentan deficiencias en el dominio de los tradentes.

11. La competencia del INCORA para constituir reservas y para clasificar la situación de las tierras, desde el punto de vista de su propiedad, la deriva de lo dispuesto por los artículos 1o., 3o., literal a) y 4o., de la Ley 135 de 1961.

Lo anterior encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia del 15 de junio de 1965, con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta cuando, al resaltar los principios constitucionales y legales de la prevalencia de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública sobre aquellas expedidas por motivo de utilidad privada el de la prioridad de los intereses generales sobre los particulares y la aplicabilidad inmediata de las disposiciones dictadas en beneficio de la comunidad, principios que cobraron mayor fuerza normativa luego de la enmienda constitucional del 36.

"Es apenas lógico entender que cuando el derecho positivo establece la superioridad de ciertas leyes e intereses y reconoce la necesidad de que ese régimen jurídico genere efectos inmediatos está exigiendo la ejecución inmediata de aquellos estatutos privilegiados y la tutela inmediata de esos intereses dominantes. Frente a los enfáticos ordenamientos comentados, cabe preguntar: ¿Cuál es el órgano que tiene a su cargo la aplicación inmediata de la ley y el amparo inmediato de los intereses sociales? ¿cuál es la rama que en razón de sus poderes jurídicos de decisión y de ejecución oficiosa está en

condiciones de hacer producir efectos inmediatos a la ley? Ciertamente que la respuesta es, a todas luces, obvia, a menos que se considere, desbordando los límites de la lógica jurídica, que son efectos inmediatos los que se causan después de la larga preparación de buen número de pleitos, de la demorada gestión ante los jueces y tribunales y de la dilatada definición del recurso de casación, si éste fuere procedente. En verdad que no requieren mayores esfuerzos de exégesis para llegar a la conclusión ineludible de que el órgano administrativo es el único que está constitucional y legalmente habilitado para tutelar directamente aquellos intereses superiores y para hacerle producir efectos inmediatos a las leyes que los protegen.

"Por esas mismas razones, en los conflictos de derecho administrativo, salvo disposición en contrario, ni la administración ni los particulares tienen que recurrir a un juez. Aquella actúa generalmente por sí y ante sí, aplica la ley sin requerimiento de parte, obliga al individuo y ejecuta oficiosamente sus propios ordenamientos. Ese sistema es una consecuencia necesaria y forzosa de los mandamientos constitucionales y legales que establecen la prevalencia del interés general sobre el interés privado, que consagran el principio de la aplicabilidad inmediata de ciertas disposiciones de derecho público, y que confieren a la rama administrativa la función de realización de la ley. Es, en una palabra, lo que la moderna doctrina del Estado y del derecho denomina el *privilegio de la decisión previa* y el *privilegio de la ejecución oficiosa*. La administración pública, en tales casos y en la medida de su competencia, no tiene que acudir a un juez para que defina, como árbitro de los intereses en choque, lo que es derecho, porque ella misma está investida de poderes jurídicos de decisión y de ejecución.

"Si el particular se conforma con el pronunciamiento administrativo, éste causará estado. Si no se conforma, tendrá abierta la vía gubernativa y, posteriormente, la vía jurisdiccional.

"Precisamente en razón de los privilegios de que goza la Administración y de los graves riesgos que ofrece aquél sistema de imposición y de compulsión jurídicas, en la Carta fundamental se ha creado una jurisdicción especial para conocer de las contenciones administrativas. Su misión no es otra que la de proteger la legalidad abstractamente considerada y la de tutelar el derecho de los particulares contra los desafueros del órgano ejecutivo. De allí que la decisión y la ejecución administrativas, a la postre no vengan a ser cosa distinta, si es que así lo quiere el particular agraviado, que el tránsito a un proceso jurisdiccional surtido ante el órgano jurisdiccional y que termina con un pronunciamiento igualmente jurisdiccional.

"De esta manera, los derechos del individuo frente a la administración quedan amparados en la misma medida en que lo estaría con la intervención previa de los jueces, ordinarios. La única diferencia que realmente existe, es la de que se invierte el orden de la participación de la rama jurisdiccional en el litigio, y la de que se atribuye la competencia a tribunales especializados que, por esa misma razón, están en mejores condiciones para definir esa clase de conflictos. Tales diferencias, en verdad no son más que las resultantes de un *sistema constitucional* que se apoya en la *prevalencia de las disposiciones de derecho público sobre las disposiciones de derecho privado, en la doctrina de la superioridad de los intereses generales sobre los intereses particulares y en la tesis de la aplicabilidad inmediata de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública*".

Más adelante el mismo fallo al considerar la competencia en la ley de reforma agraria, dice:

"Cabe anotar, de otro lado, que la Ley 135 de 1961 (art. 3o., literales a) y d), lo mismo que los correspondientes decretos reglamentarios, conceden al Instituto Colombiano

de la Reforma Agraria la administración de los baldíos con facultades para adjudicarlos, constituir reservas y adelantar colonizaciones y lo autorizan para clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, con el objeto de identificar las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales. *Ello significa que los estatutos vigentes reconocen en aquel establecimiento descentralizado la potestad de aplicación directa de las leyes relativas a los baldíos y la de definir en principio, y sin intervención previa de la justicia ordinaria, la eficacia jurídica de los títulos particulares. Esta conclusión es apenas la consecuencia necesaria de la facultad administrativa de declarar la extinción del dominio privado y de ejecutar los estatutos reguladores de los baldíos.*

"Esas funciones se conceden directamente al Instituto con facultades para delegarlas en otros organismos administrativos. Pero en las disposiciones comentadas nada se dice, ni siquiera implícitamente, sobre la supuesta intervención de la justicia ordinaria en la calificación previa de los títulos.

"La inclusión expresa de tales materias en la órbita de competencia de la rama ejecutiva, y el absoluto silencio que se guarda sobre la hipotética facultad de los jueces comunes, son elementos de juicio que, por sí solos, indican el sentido de los ordenamientos. La observación cobra mayor fuerza si se considera que el ejercicio de la función de clarificar la situación jurídica de la propiedad reclama, necesariamente, la concesión de los poderes indispensables para cumplir tales objetivos. Si así no fuera, la facultad otorgada carecería de sentido y el mandato legal sería poco menos que inocuo, ya que el Instituto estaría incapacitado para realizar la misión de clarificación que se le encomienda. Para promover litigios no necesitaba de esa atribución especial, ya que el otorgamiento de personería jurídica y de autonomía administrativa y patrimonial (arts. 2o. y 3o. de la Ley 135 de 1961) lo autorizaba para instaurar las acciones que creyera convenientes. No se puede pensar, en sana lógica, que dos mandatos de la ley digan la misma cosa.

"Es obvio que si los propósitos del legislador hubiesen sido los que sugiere el demandante, la actividad administrativa de clarificación de los títulos se habría condicionado a la intervención previa de los jueces. Pero el texto legal nada dice en relación con el alegado requisito, ni existe precepto alguno de la Constitución o en las leyes que permita señalar, por vía de doctrina, condiciones y formalidades que el ordenamiento en estudio no contempla. La Sala estima, en consecuencia, *que la administración sí está investida de poderes bastantes para clarificar en principio, sin la previa ingerencia de la justicia ordinaria, pero con la eventual participación ulterior de la rama jurisdiccional, la eficacia de los títulos particulares en los casos a que se refiere la norma legal que se comenta. Considera igualmente, por lo tanto, que en esa disposición no se hace cosa distinta que consagrar, una vez más el privilegio de la decisión previa que la Constitución y la ley reconocen a la administración pública como elemento indispensable para que pueda cumplir adecuadamente su función de aplicación del derecho."*

Consecuente con lo expuesto, la Sala sostendrá las resoluciones acusadas en cuanto hace relación a la demanda presentada por Luis Gerardo Ortega Vargas.

Expediente número 2562:

1o. El demandante Aladino Ortega como heredero universal de su padre Emiliano Ortega Obando, mediante sentencia de 28 de septiembre de 1976 del Juzgado 2o. Civil del Circuito de Pasto, ataca la Resolución número 136 proferida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria el 3 de agosto de 1977 y la 036 de 15 de febrero de 1978, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por Luis Gerardo Ortega Vargas.

2. La primera de las resoluciones, al declarar que no han salido del patrimonio del Estado y por consiguiente son baldíos los terrenos que integran el predio rural denominado "La Toldada" conformado por los lotes conocidos con los nombres de Los Bados, Vallicos, La Toldada, y El Cerro, alinda en términos generales el predio, para a continuación proceder a la determinación específica de los 5 lotes que constan en las hijuelas de partición del proceso de sucesión de Abdón Ortega. Como en la partición se adjudicaron a los interesados lotes individuales, especificados y determinados por sus linderos, se dividió el predio en tantos lotes cuantos adjudicatarios, es decir, los derechos de cada uno en el lote asignado eran independientes de los otros coherederos. Por esta razón no era exigible que la demanda se presentara por todos ellos, ni por uno de ellos a nombre de la comunidad, porque la adjudicación no se hizo común y pro indiviso, ni se trataba de un litisconsorcio necesario. Y si cada uno de ellos era titular de lo adjudicado en el proceso de sucesión podía demandar las resoluciones que afectaban la totalidad del predio; y pudiendo, cualquiera de los afectados, demandar con prescindencia de los otros, en relación con el predio adquirido por el modo de la sucesión por causa de muerte, ha debido agotarse la vía gubernativa con la interposición de los recursos de ley, sin que pueda acogerse a los resultados de los recursos interpuestos por cualquiera de los otros. Aladino Ortega Moreno fue notificado personalmente de la Resolución número 136 el día 6 de septiembre de 1977 sin que hubiera hecho uso de los recursos que le otorga la ley. Luego al no agotar la vía gubernativa en los términos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo deberá producirse un fallo inhibitorio.

Expediente número 2767:

1. El actor Luis Gerardo Ortega Vargas, demanda la nulidad de la Resolución número 0022 del 28 de febrero de 1979 proferida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en cuanto reserva con destino a una colonización especial "los terrenos baldíos que integran el predio rural denominado "La Toldada" ubicado en el municipio de Policarpa, departamento de Nariño" y en lo que respecta al lote del demandante así como la Resolución Ejecutiva número 50 del 5 de abril de 1979 aprobatoria de la anterior.

2. Los hechos que conforman la demanda son iguales a los que contiene la del proceso 2545, lo mismo que las disposiciones violadas y el concepto de la violación.

3. Si como anota el Ministerio Público, la resolución que ordenó reservar estos terrenos para una colonización especial, por tratarse de terrenos declarados baldíos, hubiera sido demandada en forma separada, era imposible un pronunciamiento de fondo por estar cuestionándose la validez del acto que le sirvió de causa.

4. Al confirmarse la validez de éste y ser atacada la resolución que los reserva con las mismas argumentaciones, deberán denegarse las súplicas de este libelo, autorizado como está INCORA para que, con la aprobación del Gobierno constituya reservas sobre tierras baldías para destinarlas a colonizaciones especiales de acuerdo con la Ley 135 de 1961 (artículo 4o.).

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. Se deniegan las súplicas de la demanda en el proceso número 2545.

Segundo. Se declara inhibida la Sala para un pronunciamiento de mérito en el proceso número 2562 por las razones expuestas en las motivaciones precedentes.

Tercero. Se deniegan las súplicas del actor en el proceso número 2767.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Jorge Valencia Arango, presidente sección. **Eduardo Suescún M.**, salvó voto. **Carlos Betancur, José A. Bonivento F.**

BALDIOS.— (salvamento de voto). La ocupación es el modo de adquirir la propiedad de las tierras baldías, no sujetas a reserva y que la resolución de adjudicación que dicta el Estado, no tiene trascendencia mayor a la de un simple acto declarativo de la propiedad, constituida por el hecho de la ocupación o explotación económica. EXPLOTACION ECONOMICA.— Finalidad en la Ley 200 de 1936. OCUPACION.— Modo de adquirir tierras baldías.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: **Expedientes Acumulados números:**
2545 Actor: **Luis Gerardo Ortega Vargas**
2562 Actor: **Aladino Ortega Moreno**
2767 Actor: **Luis Gerardo Ortega**

Me separo respetuosamente de la mayoría por considerar que la ocupación es el modo de adquirir la propiedad de las tierras baldías, no sujetas a reserva y que la resolución de adjudicación que dicta el Estado, no tiene trascendencia mayor a la de un simple acto declarativo de la propiedad, constituida por el hecho de la ocupación o explotación económica.

Así lo establece nuestro ordenamiento:

El artículo 65 del Código Fiscal dice:

"La propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados de acuerdo con lo dispuesto en este Código".

Y el artículo 9o. de la Ley 34 de 1936:

"En las adjudicaciones de baldíos decretados a título de cultivador, lo que transfiere el dominio tanto sobre el sector cultivado como sobre el adyacente que determinan las leyes respectivas, es el hecho del cultivo reconocido en la respectiva providencia de adjudicación".

Frente a la existencia de estas disposiciones, sostener que la ocupación de las tierras baldías no es modo para adquirir el dominio, que dicha ocupación sólo sirve para "el logro de la adjudicación" por parte del Estado y que la propiedad sólo se obtiene por el título que expide el Estado, es desoír el texto de la ley y desconocer el trabajo como el verdadero fundamento de este tipo de propiedad, para volver hacia un concepto de formalismo superado ya, desde la época radical, por la Ley 61 de 1874, que la misma sentencia cita.

El argumento de que, en el Código Civil no cabe la ocupación como modo de adquirir el dominio de las tierras baldías, no puede tenerse en cuenta ante la existencia de normas especiales y posteriores, como las transcritas, que son las verdaderas aplicables al caso controvertido. Cabría, más bien, afirmar que ese estatuto quedó modificado por dichas normas.

Por lo demás, las normas citadas recogen y representan toda una larga tradición legislativa de Colombia y fueron precursoras del principio constitucional de la función social de la propiedad, bajo el cual deben necesariamente decidirse todas las cuestiones de la propiedad desde 1936.

No puede el Código Civil sustraerse a las corrientes de la historia. Y, lo que es más importante para el caso, no cabe aplicar el Código Civil al complejo y específico mundo de las situaciones que constituyen el Derecho Agrario, rama autónoma de la ciencia jurídica regulada por principios y normas propias que nada tienen que ver con el derecho común. Aplicar dicho código a las relaciones agrarias sería tan improcedente como aplicarlo a las relaciones laborales.

El Derecho del Trabajo y el Derecho Agrario son nuevas ramas del nuevo derecho —el Derecho Social— y como tales tienen que ser vistas y aplicadas dentro de sus respectiva esfera.

La sentencia, sin embargo, tomó el camino de la interpretación y aplicación del artículo 685 del C.C., cuando en mi concepto ha debido aplicar las normas transcritas que son absolutamente claras y expresas y que están vigentes, como lo reconoce la misma sentencia, cuando dice: "La Ley 200 de 1936, si bien es cierto ahondó seriamente en el tratamiento del asunto de baldíos, no hizo otra cosa que seguir los criterios y principios de las otras leyes que le antecedieron en su aplicación".

* * *

Por otra parte, disiento también de los planteamientos de la sentencia en torno a la Ley 200 que la conducen a afirmar, contra la filosofía misma de esa ley que fue la de estatuir la explotación económica como el fundamento para adquisición y la extinción del dominio, que dicha explotación no es modo de adquirir. Esta conclusión de la interpretación, con olvido del expreso mandato contenido en las normas atrás transcritas, no puede deducirse de la Ley 200 de 1936, ni de su contexto.

El doctor Antonio Rocha, integrante de la comisión preparatoria del proyecto de ley dice:

". . .Y aquí viene una última explicación muy importante. La ley de tierras ha querido consagrar la propiedad rural en forma real. Según ella y sus claros antecedentes, se es dueño por el solo hecho de la explotación económica. El campesino en Colombia no funda una finca con la aspiración de hacerse dueño, sino con la conciencia de serlo realmente. El título servirá para otros fines económicos, que ya hemos enumerado, *pero no para constituir la propiedad.* El derecho de propiedad se adquiere *in re, y no ad rem.*. No es un derecho personal sino real.

"Estas consideraciones no podían escapársele al Gobierno que reglamentó la ley de que fue coautor. Por consiguiente, tenemos que explicar el artículo 2o. del decreto reglamentario de dicha ley, número 59 de 1938. Dice el artículo 2o.: 'Las personas que explotan económicamente terrenos baldíos deben solicitar el respectivo título de adjudicación en la forma prevista por las leyes pertinentes y, el Ministerio, así como las gobernaciones, intendencias y comisarías, darán curso a las solicitudes, y el primero expedirá el título definitivo si no hubiere inconveniente legal'.

"No quiere decir esta previsión, al exigir título de adjudicación que la propiedad del fundo explotado económicamente subordine su radicación en cabeza del finquero a la expedición del título por el Gobierno. Quiere decir que el Gobierno se reservó el derecho de estadística de la propiedad rural. Creemos que ante el derecho privado lo que vale como título es la Ley 200 de 1936 con todos sus antecedentes de la revolución agraria que la precedió, y que el modo es el hecho mismo de la fundación o de la existencia de la empresa agrícola. Creemos que lo que prueba la propiedad preexistente es la constatación de los hechos en la forma prevista por el artículo 24 de la Ley de Tierras. El título de adjudicación de ese terreno como baldío confirmará el acto del artículo 24, pero no prevalece sobre ella ni es de mejor familia que ella." (Antonio Rocha. De la prueba en Derecho, páginas 307 y 308).

Y el doctor Honorio Pérez Salazar: "El único propietario particular perfecto de los baldíos, es el cultivador; el individuo que ha hundido sudor dentro de las entrañas de la naturaleza, haciéndola germinar vitalidad y energía.

"Consecuente con este hecho, el legislador ha querido ratificarlo de una manera legal, cobijando a los colonos con una presunción a su favor; y no podría ser de otra manera, ya que el modo adquisitivo, que respalda al colono, es el originario por excelencia, procedente directamente del derecho natural: la ocupación". (Derecho Agrario, página 71).

* * *

Por lo demás, la jurisprudencia ha analizado en forma sistemática y completa todos estos aspectos y ha reiterado que la ocupación es el modo de adquirir las tierras baldías y que la resolución de adjudicación no constituye ni título ni modo. Me remito a ella por considerar plenamente válidos todos sus argumentos, tal como lo afirmé en la discusión:

a) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— 31 de enero de 1963.- Ponente: Dr. José J. Gómez:

"Si el artículo 1o. de dicha ley consagra una presunción de no ser baldío el terreno poseído económicamente, sino de propiedad privada, ello no puede significar sino que aquél pertenece a quien lo ha poseído: es la presunción general del artículo 762, inciso 2o., trasladada a la esfera de los baldíos, en provecho del poseedor económico de la tierra. Por eso no es exacto afirmar, como lo hace el Tribunal, que el hecho de limitarse a decir que un terreno se halla bajo la presunción del artículo 1o. de la Ley 200, no encierra la alegación del dominio que este texto presume.

"La figura que instituye el artículo 1o. de la Ley 200 de 1936, bajo la forma de una presunción, es el modo constitutivo de la ocupación, la reiteración de lo que consagran la ley y la jurisprudencia nacionales (65 C. F., 10 y 12 Ley 47 de 1926, 1o. y 9o., Ley 34 de 1936). Por que si a la Nación le basta la posesión económica de la tierra baldía para considerarla o presumirla de dominio particular, quiere decir que es suficiente esa sola posesión para adquirir la propiedad, a menos que el colono se haya establecido en tierras no susceptibles de ocupación por hallarse reservadas o destinadas por la Nación a un uso o servicio público, sobre las cuales no puede darse una posesión creadora de derecho.

"Y entonces se pregunta: ¿el título de adjudicación de un terreno que el adjudicatario había recibido antes en arrendamiento del poseedor y ocupante, en cuyo favor se presume el dominio, destruye la presunción del artículo 1o. de la Ley 200?

"No, porque al recibir el terreno del poseedor, ya éste tenía adquirido el dominio mediante la ocupación. El Estado no borra ni podría borrar con un acto declarativo de sus autoridades el hecho previsto en la ley como generador de la propiedad. Es cierto que el mero tenedor puede transformar ese carácter precario en posesión y aún llegar a adquirir el dominio si logra consumar una usucapión extraordinaria, según el artículo 2531 del C.C. Pero un título de adjudicación de la Nación, que es simplemente declarativo, de una tierra que ya la misma Nación presume de dominio particular, no es idóneo para conferir al interventor, el derecho perteneciente a otro, vale decir, para sustrer de un patrimonio lo que ya hacía parte de él. Por lo cual, el artículo 47 del C. F. deja a salvo los derecho de terceros en la adjudicación de baldíos.

"La providencia de la Administración que los adjudica se reduce a reconocer el hecho preexistente de la ocupación. Tal providencia no es modo constitutivo porque el fenómeno que crea y confiere la propiedad es la ocupación, ya cumplida real y materialmente. Ni es tampoco traslaticio: la inscripción en el Registro Público no transfiere en este caso, porque precisamente de antemano, el dominio ingresa al haber del ocupante: cumple sí, los demás objetivos del registro entre los cuales se destaca el de dar publicidad, en este caso al movimiento de la propiedad agraria realizado por la ocupación". (Gaceta Judicial No. 2266, páginas 44 y 45).

b) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— 5 de junio de 1978. Ponente: Dr. Ricardo Uribe Holguín:

"1. La tesis central que sirve de soporte a la sentencia acusada es la de que, conforme a doctrina de la Corte, la ocupación del terreno baldío por colono que pretenda ser adjudicatario del bien, confiere apenas *un derecho personal o crédito* del ocupante en frente de la Nación, no el *derecho real de dominio*, el cual solamente adquiere el colono cuando se expide y se registra, a favor suyo, la resolución administrativa de adjudicación del terreno.

"Esta tesis fue en efecto sostenida por la Corte en varias sentencias, entre las cuales cabe destacar las de fechas 1o. de diciembre de 1930 (T. XXXVIII, página 337), 31 de agosto de 1931 (G.J. 1881, página 258) 6 de diciembre de 1933. (G.J. 1895 A, página 73), 26 de mayo de 1934 (G.J. 1892, página 136) y 14 de abril de 1943 (G.J. 1996, página 441).

"En la del 31 de agosto de 1931, por ejemplo se dijo: 'Empero las disposiciones de que se trata (artículo 1o. Ley 61 de 1874, 1o. Ley 84 de 1882) no se podía tomar aisladamente, o sea con prescindencia de otras que exigían la adjudicación por el Gobierno, o la posesión dada por una autoridad competente; han de ser entendidas, por tanto, en el sentido de que conferían al cultivador un derecho preferencial a la adjudicación, observando las prescripciones legales, derecho que para convertirse en derecho *in re* necesita de ciertas formalidades'.

"2. Sin embargo, conforme a posterior doctrina de la Corte, mediante la cual rectificó ese antiguo criterio sobre el asunto, los terrenos baldíos se adquieren por el modo de la *ocupación*, y la resolución por medio de la cual se adjudica uno de ellos no es título ni es modo, sino apenas *acto declarativo* de un derecho real de dominio preexistente, adquirido por la ocupación del terreno mediante la implantación en él de cultivos o ganados, hechos por el colono.

"Entre las muchas sentencias en que la Corte ha sentado la nueva doctrina, es conveniente reproducir en sus partes pertinentes las que siguen:

La providencia de la Administración que los adjudica (los baldíos) se reduce a reconocer el hecho preexistente de la ocupación. Tal providencia no es modo constitu-

tivo porque el fenómeno que crea y confiere la propiedad es la ocupación, ya cumplida real y materialmente. Ni tampoco traslaticio; la inscripción en el Registro Público no transfiere en este caso, porque precisamente de antemano el dominio ingresa al haber del ocupante. (31 de enero de 1963, T. CI. páginas 44 y 45).

En principio y con la natural salvedad de las tierras incluidas en las reservas de la Nación, el destino económico-jurídico de los baldíos consiste en ser objeto propio de la adjudicación por el Estado, precisa y principalmente a quien demuestre haber adquirido el dominio del suelo mediante cultivos u ocupación con ganados. Así el artículo 65 del Código Fiscal estatuye que 'la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados de acuerdo con lo dispuesto en este Código'. Y en armonía ordena el artículo 9o. de la Ley 34 de 1936 que 'en las adjudicaciones de baldíos decretadas a título de cultivador, lo que transfiere el dominio tanto sobre el sector cultivado como sobre el adyacente que determinan las leyes respectivas, es el hecho del cultivo reconocido en la respectiva providencia de adjudicación'. Y es visible el celo del legislador en reconocer, garantir y dejar siempre a salvo los derechos de cultivadores y colonos de tierras baldías. Quien, por consiguiente, incorpora su trabajo a los baldíos de la Nación y los mejora con edificaciones, plantaciones o sementeras que acreditan la riqueza pública, adquiere de inmediato el dominio del suelo, no por transferencia alguna, sino por el modo originario de la ocupación con que el ordenamiento protege y respalda al poseedor económico de tierras sin otro dueño que el Estado. La adjudicación posterior encaminada a solemnizar la titularidad, ha de basarse en la prueba que demuestre plenamente haberse cumplido en las condiciones legales el modo adquisitivo por ocupación" (2 de septiembre de 1963, T. CVIII, n. 2273, página 239).

3. Reiterando esta doctrina, afirma ahora la Corte que el modo de adquisición del dominio de terrenos baldíos es la ocupación, modo que se consuma *ipso facto* desde el momento en que el colono establece cultivos o introduce ganados por el término legal. Otra cosa son las obligaciones que su condición de propietario le impone, por motivos de orden social y económico, en cuanto a la utilización del terreno así adquirido. El acto administrativo de adjudicación no hace otra cosa sino reconocer la titularidad del derecho real en cabeza del ocupante, y su inscripción en el competente registro de la propiedad inmueble sirve de prueba de esa titularidad a partir del hecho de esa ocupación.

Respetuosamente,

Eduardo Suescún Monroy.

SOBREGIRO BANCARIO.— Constituye un crédito y si se otorga a un directivo de un banco debe hacerse con la autorización de la Junta Directiva.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., febrero tres (3) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Radicación 7638. Nulidad de las resoluciones 4115 y 4403 de 1980 expedidas por la Superintendencia Bancaria.

Demandante: **Rafael Parra Cadena.**

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción el apoderado judicial del señor Rafael Parra Cadena ha solicitado la nulidad de las resoluciones 4115 de agosto 12 de 1980 y 4403 de agosto 27 de 1980 proferidas por el Superintendente Bancario y restablecer el derecho particular vulnerado mediante la declaración de que el señor Rafael Parra Cadena puede continuar siendo miembro de la Junta Directiva del Banco Mercantil S.A., por no existir razón legal que le impida ejercer ese cargo.

Actos acusados:

La Superintendencia Bancaria, mediante la Resolución 4115 del 12 de agosto de 1980 exigió a la Asamblea General de Accionistas del Banco Mercantil S.A., remoción inmediata del señor Rafael Parra Cadena del cargo de Director de la Junta Directiva de dicha entidad y dispuso que mientras se toma la determinación por parte de la Asamblea General, el señor Parra Cadena no podrá asistir a las reuniones de la Junta. La Superintendencia fundó su decisión en un sobregiro a favor del propio Parra Cadena por $ 67.537.964.14, sobregiro que no fue autorizado por la Junta Directiva del Banco.

Disposiciones violadas y concepto de la violación:

Considera el actor que se violaron las siguientes normas constitucionales y legales:

1. El artículo 92 de la Ley 45 de 1923 porque suponiendo, en gracia de discusión, que fuese cierto que incurrir en sobregiro constituya violación de la ley, la disposición citada no otorga al Superintendente facultad alguna para ordenar la remoción de los miembros de las juntas directivas de los bancos sometidos a su inspección y vigilancia.

2. El artículo 86 numeral 7o. de la misma Ley 45 de 1923 por cuanto el hecho de dar en préstamo a un empleado, director, oficial o funcionario del banco una suma mayor a $ 500 sin la aprobación de la Junta Directiva, constituye infracción que no da lugar a la remoción del director, sino tan solo a imponer multa. No hay correspondencia entre la falta y la sanción.

3. El artículo 27 de la Ley 45 de 1923 porque esta norma permite negar la organización de un banco cuando sus fundadores no inspiren confianza más no permite, ya organizado el Banco, que un directivo sea removido de su cargo porque ya el Superintendente no tenga confianza en él.

4. Los artículos 2221 y 2222 del Código Civil y 822 y 1163 del Código de Comercio porque ha confundido el Superintendente el contrato de mutuo con los sobregiros en cuenta corriente.

5. Los artículos 1505 del Código Civil y 822 y 833 a 844 del Código de Comercio porque el Superintendente confunde las posiciones de miembro de la Junta Directiva, representante legal del banco y cuentacorrentista del mismo en nombre propio y en nombre de una sociedad comercial, a efecto de considerarlo como miembro de la Junta y beneficiario de un supuesto e irreal préstamo que jamás obtuvo ni realizó.

6. El artículo 63 de la Constitución Nacional y el artículo 6o. de la Ley 4a. de 1913 por exceso de poder.

Impugnación:

El Superintendente Bancario se constituyó como parte impugnadora y actuó en el proceso por medio de apoderada legal.

Del alegato de impugnación se destacan las siguientes ideas:

1. El vocablo "prestar" contenido en el artículo 86 de la Ley 45 de 1923 tiene un sentido amplio: no está limitado al contrato de mutuo sino que comprende, además, toda forma posible de crédito y, entre otras, el sobregiro en descubierto que es, en el fondo, equivalente a la concesión de un crédito.

Por esta razón, el señor Parra Cadena, debía obtener permiso de la Junta Directiva para poder adquirir el crédito referido.

2. Sobre la competencia del Superintendente para ordenar la remoción de un directivo el memorialista recuerda el artículo 5o. del Decreto 3233 de 1965.

3. Finalmente aduce la impugnadora que el señor Parra Cadena sí tiene la doble calidad de directivo del Banco y cuentacorrentista así no sea el señor Parra representante legal de la entidad crediticia.

Concepto fiscal:

La señora fiscal sexto ante esta Corporación rinde el siguiente concepto:

"En opinión de la Fiscalía, la *litis* gira en torno a tres interrogantes: si la concesión de crédito al directivo Rafael Parra Cadena a través de la aceptación de sobregiros requería aprobación escrita de la mayoría de la Junta Directiva de la entidad bancaria; en caso positivo, si por la omisión de la aprobación el directivo incurrió en violación de la ley o permitió que ésta se violara; en el evento de que ello sea así, si tal conducta podía dar lugar a sanción personal y concretamente a la solicitud de remoción del directivo.

"Analizaremos por separado cada uno de ellos.

"1. *Exigencia de previa aprobación.* El artículo 86 de la Ley 45 de 1923 dispone:

"Todos los establecimientos bancarios, excepto el Banco de la República estarán sometidos a las siguintes disposiciones '...7) No podrá el establecimiento ni ninguno de sus empleados superiores dar en préstamo, directa ni indirectamente, cualquier suma de dinero, mayor de quinientos ($ 500) a un empleado, director, oficial o funcionario de dicho establecimiento, sin la aprobación escrita de la mayoría de la junta directiva, anotada en la oficina del establecimiento, por medio de una resolución adoptada por mayoría de votos de la junta, sin contar el del Director de quien se hace el préstamo. Si tal empleado, director, oficial o funcionario poseyere o tuviere el control de la mayoría de las acciones de cualquier otra corporación, el préstamo a ésta será considerado para los efectos de este artículo como préstamo a aquél. Cualquier establecimiento bancario o empleado de éste que viole esta disposición, será castigado, por cada vez, con una multa igual al monto del préstamo'.

"Manifiesta el accionante que el vocablo 'préstamo' se entiende referido en forma exclusiva al contrato de mutuo. El impugnante afirma que comprende toda forma de crédito, incluido el sobregiro.

"Las operaciones fundamentales de un banco comercial se concretan según definición del artículo 2o. de la Ley 45 de 1923 en la realización de un negocio de crédito que consiste en recibir fondos de otros en depósito general y usar de éstos junto con su propio capital para *prestarlo* lucrándose por la intermediación. Giraldi describe así la operación: 'pedir prestado para prestar ganando'."

"La colocación de recursos en el mercado y el manejo de un considerable volumen del ahorro de la colectividad justifican las varias restricciones impuestas a sus actividades, tendientes la mayor parte a garantizar la honestidad del manejo y la seguridad de los fondos confiados al establecimiento.

"Es explicable entonces que la ley al rodear de especiales requisitos el aprovechamiento que de los recursos captados del público puedan hacer las personas vinculadas a la administración del banco, exigiendo una aprobación especial y mayoritaria por parte de la Junta Directiva cuando el préstamo exceda de determinada cuantía, no se haya referido estrictamente al contrato de mutuo sino a todo tipo de operación de crédito que implique transferencia de dinero, e incluso, una transferencia potencial como en el caso del contrato de apertura de crédito.

"Coincidimos por tanto con la señora apoderada de la parte opositora en que el término 'préstamo' utilizado por el legislador debe entenderse referido a toda forma posible de crédito, incluido el que resulta del pago de cheques girados en descubierto, más aún cuando éste en esencia constituye un contrato de mutuo porque contiene sus elementos esenciales: calidad de fungible de su objeto, tradición por medio de entrega real y obligación del mutuario de restituir cosas del mismo género y calidad.

"En este orden de ideas debemos concluir que el pago de cheques girados en descubierto o sobregiros, de empleados, directores, oficiales o funcionarios del banco, debe estar precedido de la aprobación mayoritaria de la junta directiva y en consecuencia que el pago de cheques girados en descubierto por el señor Rafael Parra Cadena tanto de su cuenta personal como de la sociedad 'Distribuidora de los Santanderes Ltda.' por sumas que en conjunto sumaron valores superiores a los $ 67.000.000 se efectuó en contravención a la ley.

"2o. *Violación de la ley.* En el punto anterior llegamos a la conclusión de que el pago de los sobregiros del directivo Rafael Parra Cadena violaron la prohibición contenida en el numeral 7 del artículo 86 de la Ley 45 de 1923. El demandante argumenta que tal violación no puede imputarse al directivo sino al banco y al funcionario que concedió el sobregiro, lo cual evidentemente es cierto pues tal como está concebida la disposición, los únicos que pueden transgredirla son los funcionarios superiores que autorizan el crédito sin el registro previo allí exigido, y son los que comprometen su propia responsabilidad y la del establecimiento bancario, lo que da lugar a sanción tanto para el empleado como para la entidad.

"Sin embargo, no puede pasarse por alto que al girar los cheques en descubierto la responsabilidad del directivo también se comprometió en la infracción, si bien no por violación directa, sí por cohonestarla, toda vez que uno de los deberes de todo directivo a los cuales se obliga expresamente bajo la gravedad de juramento (art. 92 Ley 45 de 1923) es la de no permitir la violación de la ley y es indudable que quien a sabiendas propone la transgresión, no solamente permite la violación sino que la promueve, haciéndose partícipe de ella.

"3o. *Sanción de remoción.* Comprometido el directivo en la violación de la ley, veamos si era susceptible de sanción y concretamente si podía exigirse la remoción de su cargo directivo.

"Como lo ha sostenido la jurisprudencia, el estricto control que ejerce la Superintendencia Bancaria sobre los establecimientos de crédito tiene su origen en el artículo 120 numerales 14 y 15 de la Constitución Nacional que facultan al ejecutivo no solamente para inspeccionarlos sino aun para intervenir en sus actividades.

"Por esta facultad la Superintendencia ejerce funciones amplias y variadas, contenidas en la Ley 45 de 1923 y demás normas que la modifican o adicionan entre otras el Decreto 3233 de 1965, según el cual el Superintendente tiene competencia para sancionar a la entidad o a sus directores y empleados por violación de las leyes, reglamentos, estatutos o cualquier otra disposición de carácter obligatorio. La sanción será establecida en la regla violada; en ausencia de sanción establecida, podrá imponerse multas y, como expresamente lo señala la norma, podrá hasta exigirse la remoción inmediata del infractor, que se explica dada la naturaleza de la función de policía económica, que permite remover las causas de la perturbación de la actividad vigilada.

"Consideramos por tanto que el Superintendente sí tenía competencia para exigir la remoción del directivo y que los motivos aducidos para hacerlo daban lugar a esta determinación.

"Por las razones puntualizadas considera la Fiscalía que la Honorable Sala debe DENEGAR las súplicas de la demanda. Así lo solicita respetuosamente".

Decisión:

Muy cuidadoso y exacto es el concepto de la señora agente del ministerio público.

1. El negocio bancario es incuestionablemente muy importante para la economía nacional. Toca estrechamente con los niveles de expansión monetaria, con la confianza pública en el sistema de la moneda y por ende, con el poder liberatorio del dinero. Por esta razón, la ley ha sido muy escrupulosa al exigir del Estado permanente vigilancia y control. La experiencia ha sido elocuente en este sentido: cuando se relajan los controles la banca desbordada se transforma en una fuente de desorden financiero que pone en serio peligro la estabilidad económica de la nación.

2. Este sentido finalístico debe ser el que sirva en la interpretación de los artículos 92, 86 y 27 de la Ley 45 de 1923. El artículo 86 numeral 7o. obliga a obtener autorización de la Junta Directiva para otorgar préstamos a sus empleados, oficiales o directores cuando la cuantía del préstamo es de $ 500 o más. Cabe anotar que esta norma habla de "dar en préstamo" y no de contratar en mutuo. Es claro por ello que un sobregiro es una forma de dar en préstamo, así no corresponda estrictamente a los contratos de mutuo que contienen los artículos 2221 y 2222 del Código Civil y 822 y 1183 del Código de Comercio. Lo que "tipifica" la infracción es dar en préstamo una suma superior a $ 500 sin autorización de la Junta sin que importe en modo alguno la forma como se otorga el préstamo, si con sobregiros, contratos de mutuo u otras formas similares. El artículo 92 de la Ley 45 de 1923 obliga a todo director a prestar juramento de que respetará las leyes de la República, lo que agrava la situación de un funcionario que viola tales disposiciones, especialmente el artículo 86 de la Ley 45 de 1923. Ciertamente que el artículo 27 de la Ley 45 de 1923 establece un *control* previo sobre los directivos de un establecimiento bancario, no es un *control posterior*. Este está establecido por el Decreto 3233 de 1965 que el Superintendente Bancario puede sancionar a directores y empleados de un establecimiento bancario.

3. Existe en relación con el punto una clara competencia del Superintendente Bancario para sancionar con multa o con la exigencia de la remoción del funcionario infractor. (Artículo 5o. del Decreto 3233 de 1965).

4. El conocido tratadista Sergio Rodríguez Azuero en su libro sobre contratos bancarios sostiene lo siguiente:

". . .el sobregiro o descubierto (modalidad del contrato de mutuo por su instrumentación) implica una concesión de crédito no demandada formalmente, sino resultante de un acuerdo concomitante con la presentación del cheque. Y hablamos de acuerdo porque cuando un cliente del banco, sin autorización, libra a cargo suyo un cheque por una cuantía superior a la del saldo disponible, está formulándole una propuesta de contratación, esto es, invitándolo a que le conceda un crédito por la diferencia o la totalidad, si no tuviere saldo alguno. El cliente no tiene derecho, como sabemos, a librar cheques sin fondos y el banco, por consiguiente no está obligado a pagarlos, pero, si lo hace, no cabe duda que se perfecciona el acuerdo por la entrega hecha en cuenta para atender el faltante".

5o. Así las cosas es claro que el sobregiro bancario constituye un crédito y que si se otorga a un directivo de un banco debe hacerse con la autorización de la Junta Directiva. Interpretación diferente violaría el sentido finalístico de la norma: a través de sobregiros podría un banco autorizar toda clase de créditos a sus directores sin sufrir sanción alguna. Cabe además anotar que la limitación impuesta por la ley para que los bancos otorguen préstamos a sus directores es de orden público y no puede por ello ser desconocida por los particulares en acuerdos individuales. Ciertamente que el sobregiro, como lo define el actor, consiste en pagar cheques librados en exceso de la provisión de fondos, pero también es cierto que en esta operación el Banco otorga un crédito, vale decir, un préstamo al cuentacorrentista. Si ese cuentacorrentista es miembro de la Junta Directiva del Banco se ha incurrido en la infracción prevista por el artículo 86 de la Ley 45 de 1923.

Esta argumentación y las que dan la señora fiscal y la apoderada de la Superintendencia llevan a la ineludible conclusión de que los cargos no están llamados 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

Deniéganse 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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CARRERA DE SEGURIDAD SOCIAL.— Garantía, ingreso funcionarios de carrera y funcionarios de seguridad social.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**

Referencia: Expediente No. 7065.

Autoridades Nacionales.

Actora: **Nelly Garavito de Cediel.**

Obrando por intermedio de apoderado, la señora NELLY GARAVITO DE CEDIEL, promovió demanda, en acción de plena jurisdicción, ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, a objeto de que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"Que es nula la Resolución número 06742 del 4 de diciembre de 1978, por medio de la cual la Oficina Seccional de Cundinamarca, con el visto bueno del Gerente o Director General del Instituto de Seguridad Social, declaró insubsistente el nombramiento de la Doctora NELLY GARAVITO DE CEDIEL en el cargo de Coordinadora de Laboratorio Clínico.

"Que en consecuencia de esta declaración de nulidad, y a título de restablecimiento de su derecho, el Instituto debe reintegrar a su empleo de Coordinadora de Laboratorio Clínico de la Oficina Seccional de Cundinamarca a la Doctora Nelly Garavito de Cediel, o a otro de igual o superior categoría de la misma dependencia.

"Que para todos los efectos legales, en especial los de sueldos y prestaciones sociales, se declare que no ha habido solución de continuidad en el trabajo de la señora de Cediel desde el 4 de diciembre de 1978 hasta cuando sea reincorporada a su empleo, como si real y efectivamente hubiese laborado en este lapso.

"Que se ordene dar cumplimiento al artículo 121 del Código Contencioso Administrativo para que la sentencia se cumpla dentro del término de 30 días".

Al corregir la demanda, la actora presentó como peticiones subsidiarias:

"Ordenar el reconocimiento de los derechos adquiridos a justo título por parte de la actora, por medio de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Asociación de Bacteriólogos y Laboratoristas Clínicos Sindicalizados —ASBAS— en su condición de afiliada y cotizante a la mencionada entidad sindical.

"Como secuela de lo anterior, declarar que se violaron las normas convencionales de las establecidas por la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ICSS, hoy ISS, el 23 de mayo de 1975, y que fue prorrogada reconociendo derechos a sus profesionales Bacteriólogos en virtud de la Convención Colectiva suscrita el 2 de agosto de 1978, artículo decimosegundo, en el punto que obliga a la demandada a reunir el Comité de Relaciones Laborales y adoptar por unanimidad la Resolución de despido.

"Como restablecimiento del derecho violado, ordenar el reintegro y pago de sus salarios a la Doctora Nelly Garavito de Cediel, hasta cuando se cumpla con este requisito establecido en la norma convencional.

"El reconocimiento y pago de los salarios resultantes de la violación de la norma legal que a trabajo igual corresponde salario igual, es su diferencia que es de $ 4.950 mensuales.

"Al reconocimiento y pago de la cesantía, primas de servicio, vacaciones proporcionales y demás derechos prestacionales, que hasta la fecha han sido ilegalmente negados a la actora.

"Al reconocimiento de la indemnización por despido injustificado, en la proporción que se encuentre establecida en la Convención Colectiva de Trabajo.

"Condenar a la entidad demandada al pago de la indemnización moratoria, por falta de cancelación de las prestaciones sociales a la terminación de relación laboral de

derecho público, a una suma equivalente a un (1) día de salario por cada uno de retardo, desde el momento que se causó hasta la fecha que se produzca el fallo que ordene su pago.

"Al reconocimiento de la pensión-sanción".

Como fundamento de las pretensiones que anteceden se aduce en el libelo una larga serie de HECHOS, sintetizados por el Tribunal en el fallo recurrido, los que esta Corporación estima innecesario transcribir de nuevo, pero los tendrá en cuenta al pronunciar su decisión definitiva.

Se invocan en la demanda como disposiciones transgredidas por el pronunciamiento del acto impugnado, los artículos 16, 17, 22, 26 y 30 de la Constitución Nacional; 3, 27, 133 y 136 del Decreto 1651 de 1977; y las Convenciones Colectivas del 23 de mayo de 1975 y 2 de agosto de 1978, celebradas entre la entidad demandada y la Asociación de Bacteriólogos y Laboratoristas. Sobre cada una de las anteriores normas hace el apoderado de la demandante un breve estudio jurídico con el fin de demostrar su violación, como también el derecho que dice asistirle en la reclamación impetrada.

La Dirección General del Instituto de Seguros Sociales designó apoderado para que representara a la Institución en el juicio, lo que hizo, en efecto, al intervenir en las dos instancias del mismo, durante todas sus etapas procedimentales para oponerse a las peticiones de la demanda y solicitar que fueran denegadas.

Mediante la sentencia datada el 19 de febrero de 1982, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para fallar sobre algunos de los pedimentos del Libelo y denegó los restantes, siendo apelada tal decisión por el mandatario judicial de la actora, ante esta Superioridad.

Habiéndose surtido el trámite de la *litis* dentro de las prescripciones de ley, sin que se observe nulidad alguna que pudiese invalidarla, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Al emitir su vista reglamentaria en el asunto *sub lite*, la Fiscalía Quinta de la Corporación, realizó un completo, detenido y acertado análisis de cada uno de los planteamientos expuestos en la demanda, en relación con los hechos aducidos en la misma y con las peticiones que en ella se impetran, para llegar, después de ese exhaustivo examen, a la conclusión de que deberán derogarse las súplicas de la accionante, tal como lo decidió el *a quo* en el fallo recurrido.

La Sala está en un todo de acuerdo con la opinión de la Agencia del Ministerio Público y por ello comparte las razones jurídicas en que basa su excelente estudio que recoge en su integridad como fundamento de la presente providencia, y cuyo texto es del siguiente tenor:

"La Fiscalía analiza así las numerosas pretensiones de la demanda:

"Principales. *Reintegro al cargo y pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar.*

"A este respecto el Tribunal hizo un juicioso análisis que la Fiscalía comparte.

"Para determinar si la resolución acusada, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora, se ajusta o no a derecho, es necesario tener

en cuenta qué clase de vinculación laboral existía entre ella y el Instituto, y si estaba protegida por alguna garantía de estabilidad.

"Con ocasión de la reestructuración del ISS, (la entidad), se expidieron varios decretos y entre ellos el 1651 de 1977, vigente cuando ocurrieron los hechos debatidos, según el cual el personal se clasificó en tres categorías: empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

"A la primera categoría —empleado público—, según el artículo 3o. del Decreto 1651 de 1977, pertenecen el Director General, el Secretario General, los Sub-directores y los Gerentes Seccionales.

"A la segunda —funcionarios de seguridad social—, pertenecen todos los demás, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades: aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, los cuales se incluyen en la tercera categoría, —trabajadores oficiales—.

"El mismo artículo agrega que los funcionarios de Seguridad Social estarán vinculados por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto, convenciones, para modificar las asignaciones básicas de sus cargos.

"En otras palabras, son empleados públicos a quienes se les levantó la prohibición de celebrar convenciones colectivas, pero sólo en lo tocante a la modificación de las asignaciones básicas de sus cargos, como acertadamente lo anota el Tribunal.

"Por esa razón, piensa la Fiscalía, que su situación laboral se rige por las normas especiales que a ellos se refieran, por las generales aplicables a todos los empleados públicos, cuando no exista reglamentación especial, y por las convenciones colectivas que celebren en cuanto a remuneración.

"Pero de ninguna manera pueden ser asimilados ni dárseles el tratamiento de trabajadores oficiales.

"Para estos funcionarios de Seguridad Social se ha previsto una carrera similar a la administrativa. Si ingresan a ella cumpliendo los requisitos establecidos; si se escalafonan, gozarán de las garantías y privilegios que la Carrera de Seguridad Social ofrece, entre ellos el de la relativa estabilidad en sus cargos. A contrario *sensu*, si no se han escalafonado, serán funcionarios de seguridad social, no protegidos por las garantías de la Carrera y de libre nombramiento y remoción".

"En esta forma interpreta la Fiscalía las disposiciones que se refieren a esta clase de funcionarios y la sentencia del Honorable Consejo de Estado citada por el señor apoderado de la Entidad, apartándose del criterio que él expone a este respecto.

"Si ya las normas con fuerza de ley hicieron la clasificación mencionada, no puede afirmarse que los servidores del Instituto a los cuales se refieren, sean funcionarios de seguridad social, sólo a partir de un nuevo nombramiento, así como los empleados públicos no dejan de serlo por no haber ingresado a la Carrera Administrativa, o porque no hayan sido nombrados nuevamente.

"Ocurre sí, que si no están escalafonados en la Carrera de Seguridad Social, como el escalafonamiento no es automático, deben considerarse funcionarios de seguridad social de libre nombramiento y remoción.

"Esa es, precisamente, la situación de la actora, quien no demostró pertenecer a la Carrera de la Seguridad Social, y quien no puede alegar en su favor estabilidad proveniente de la Convención Colectiva de Trabajo, pues aunque esta clase de funcionarios pueden celebrarla, están limitados sus alcances a la materia relacionada con la remuneración de los cargos.

"En consecuencia, podía ser declarada insubsistente como se hizo, sin que ello implique violación de ninguna norma superior de derecho.

Peticiones subsidiarias:

"Están contenidas en la corrección de la demanda y se refieren a los siguientes puntos:

"Reconocimiento de derechos adquiridos por Convención Colectiva de Trabajo, tales como:

"a) Reunión del Comité de Relaciones Laborales antes de expedir resolución de despido.

"b) Reintegro al cargo y pago de sueldos dejados de devengar hasta cuando se cumpla con la norma convencional.

"c) Reconocimiento y pago de salarios resultantes de la violación de la norma legal según la cual a trabajo igual corresponde salario igual, siendo la diferencia de $ 4.950 mensuales.

"d) Reconocimiento y pago de la cesantía, primas de servicio, vacaciones proporcionales y demás derechos prestacionales que hasta la fecha han sido ilegalmente negados.

"e) Reconocimiento de indemnización por despido injusto, en la proporción señalada en la Convención Colectiva de Trabajo.

"f) Reconocimiento de indemnización moratoria por falta de cancelación de las prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral de derecho público, en suma equivalente a un día de salario por cada uno de retardo.

"g) Reconocimiento de la pensión-sanción.

"Las peticiones subsidiarias que la Fiscalía ha señalado como a) y b), son las mismas principales indicadas en la demanda inicial, y ya anteriormente se expresaron las razones por las cuales no pueden prosperar.

"Las relaciones con los literales c) y d), pago de diferencias salariales, cesantía, primas de servicio, vacaciones y demás, no pueden ser resueltas en este proceso, por cuanto no se desprenden de la nulidad del único acto que se acusa, ni se ha invocado al respecto el silencio administrativo.

"Quiere ello decir que no se ha cumplido con el requisito del agotamiento de la vía gubernativa y que si el restablecimiento de los derechos debe estar en íntima relación con el acto cuya nulidad se solicita, como que es consecuencia de la misma, de la declaratoria de nulidad de un acto de separación del servicio, no puede surgir el derecho a pago de diferencias salariales, vacaciones causadas, cesantía ni primas.

"Finalmente, en cuanto al reconocimiento de indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y pensión-sanción, basta decir que no siendo la actora una trabajadora oficial, no son precedentes dichas condenas.

"Para las personas vinculadas por una situación legal y reglamentaria, como los funcionarios de Seguridad Social, no se han establecido tales derechos, que sólo cobijan a los trabajadores oficiales. Por tanto, estas peticiones no están llamadas a prosperar".

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 diecinueve (19) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión celebrada el día veintisiete (27) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ENCARGO.— Conforme a los artículos 23 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y 34 a 36 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo se confiere a otro empleado, es decir, al titular de otro empleo público y, en caso de vacancia definitiva, no podrá tener una duración superior a tres meses. Dice el inciso primero del artículo citado en segundo término y que está ajustado al artículo 23 del Decreto Extraordinario: "Hay encargo cuando se desgina temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**

Referencia: Expediente No. 8586.
Autoridades Nacionales.
Actor: **Carlos Arturo Vargas Berján.**

El señor Carlos Arturo Vargas Berján, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, presentó demanda ante el Consejo de Estado con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

"1o. Que es nula la Resolución número 1420 de octubre 7 de 1982, proferida por la Dirección Ejecutiva de la PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL —PROSOCIAL—, por medio de la cual se aceptó la renuncia presentada por mi mandante, del cargo de Auditor Delegado Operativo de la Oficina de Auditoría Interna Código 3005, Grado 02.2, de la referida entidad;

"2o. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL —PROSOCIAL—, reintegrar al señor CARLOS ARTURO VARGAS BERJAN al mismo cargo del cual se le desvinculó, o a otro de igual o superior categoría, como también a pagarle la totalidad de los sueldos, primas, vacaciones, aumentos legales y extralegales y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado al servicio con la advertencia de que no ha existido solución de continuidad, por el tiempo que permanezca cesante;

"3o. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso, en el término previsto por el artículo 121 del C.C.A.".

De la siguiente manera se exponen los hechos de la demanda:

"*Primero.* El demandante, CARLOS ARTURO VARGAS BERJAN, se vinculó al servicio de la PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL —PROSOCIAL—, con fecha 17 de diciembre de 1981, en el cargo de Auditor Delegado Administrativo de la Oficina de Auditoría Interna, Código 3005, Grado 02.2, para el que fue nombrado por medio de la Resolución número 1321 de diciembre 11 de 1981;

"*Segundo.* Trasladado posteriormente al cargo de Auditor Delegado Operativo, de la misma oficina y con idénticos Códigos y Grado, sirvió este cargo hasta el día 13 de octubre de 1982, en que fue desvinculado por aceptación de su renuncia, mediante la Resolución número 1420 de 7 de octubre de 1982;

"*Tercero.* La renuncia, a cuya aceptación se refiere el hecho precedente, fue presentada por mi procurado a solicitud del Auditor Interno, su superior inmediato, con fecha 6 de septiembre de 1982; en efecto, el día 5 de septiembre de 1982, el Auditor Interno de la entidad demandada, Rafael Enrique Vicaria Bustillo, convocó a su despacho a los tres auditores delegados (administrativo, operativo y financiero), con el fin de solicitarles, en nombre de la Dirección Ejecutiva de la entidad, la renuncia del cargo que venían desempeñando, con el fin de dejar a la nueva administración en libertad para proveer dichos cargos y, como consecuencia de tal requerimiento, mi mandante procedió a presentar renuncia de su cargo, en comunicación entregada personalmente al Director Ejecutivo, con fecha 6 de septiembre de 1982;

"*Cuarto.* Con fecha 7 de octubre de 1982, la Directora Ejecutiva y el Secretario General de la PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL —PROSOCIAL—, profirieron la Resolución número 1420 mediante la cual aceptan la renuncia presentada por mi procurado, del cargo de Auditor Delegado, tantas veces citado; dicha renuncia fue comunicada a mi mandante con fecha 8 de octubre y efectiva a partir del 13 del mismo mes".

Las disposiciones que el actor considera infringidas y el concepto de la violación están consignados a folios 5 y 6 del expediente.

En su concepto de fondo el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita que se profiera decisión inhibitoria por cuanto no se formuló "el libelo demandatorio contra el

doctor Marino Ramírez Ospina, quien en el evento inexamine tiene la condición de *litis* consorte necesario", por cuanto fue encargado de las funciones que desempeñaba el demandante.

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

No entra la Sala a estudiar los razonamientos del señor Fiscal, pues le basta tener en cuenta que en la resolución mediante la cual se aceptó la renuncia del demandante se decidió:

"*Encargar* de las *funciones* de Auditor Delegado Operativo de la Auditoría Interna Código 3005, Grado 02.2 al doctor Marino Ramírez Ospina". (Subraya la Sala).

De manera que el doctor Ramírez Ospina no fue nombrado para desempeñar el empleo que ejercía el actor sino que se le encargó de sus funciones. Conforme a los artículos 23 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y 34 a 36 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo se confiere a otro empleado, es decir, al titular de otro empleo público y, en caso de vacancia definitiva, *no podrá tener una duración superior a tres meses*. Dice el inciso primero del artículo citado en segundo término y que está ajustado al artículo 23 del decreto extraordinario: "Hay encargo cuando se designa temporalmente a *un empleado* para asumir, total o parcialmente, las funciones de *otro empleo* vacante por falta temporal o definitiva de su titular. ...". (Subraya la Sala).

En estas condiciones, no encuentra la Sala que el doctor Ramírez sea *titular* de una situación jurídica con relación al empleo que desempeñaba el demandante, como sostiene la Fiscalía, ni cuál es su interés en el proceso ni cómo puede afectar el resultado del mismo.

En lo que concierne a la cuestión de fondo, observa la Sala que el apoderado del actor se limitó a hacer unas afirmaciones en la demanda y no trató de probar nada. Frente a esa falta total de pruebas que respalden lo aseverado en el hecho tercero de la demanda, no pueden prosperar las súplicas de ella.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión celebrada el día 3 de febrero de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DOCENTES.— PENSION GRACIA. La Ley 114 de 1913 no exige que los servicios docentes que dan lugar a la pensión "gracia" hayan sido prestados exclusivamente en instituciones territoriales. El texto legal no hace distinción alguna en cuanto a los servicios mismos ni contiene expresión limitativa, que connote salvedad, reserva o exclusión.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintisiete (27) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**

Referencia: **Expediente No. 7261.**
Actora: **Rosa Quintero Vda. de Buitrago.**
Autoridades Nacionales.

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, la señora ROSA QUINTERO viuda de BUITRAGO ha solicitado que previo pronunciamiento sobre el silencio administrativo, se declare la nulidad de la Resolución No. 6931 de diciembre 7 de 1981 por la cual la Caja Nacional de Previsión Social negó el reconocimiento de la pensión de jubilación y que, en consecuencia, se disponga su reconocimiento y pago.

Sustenta la demandante su pedimento en la afirmación de que, aunque previamente le fue reconocida pensión de jubilación por Resolución No. 1182 de 1980, ésta "es consecuencia de una relación estatutaria de la actora con el Departamento de Caldas, como funcionaria que ha sido de esta entidad y cuyas prestaciones se rigen por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, y las cuales son cubiertas por la Caja Nacional de Previsión como consecuencia del contrato firmado entre ésta y el Departamento de Caldas. . ." (Hechos f). folios 3 — 4. Y agrega:

"Por tanto, se pretende conseguir ambas pensiones, ya que sus orígenes son diferentes: una por Ley 114 de 1913, 'pensión-gracia', si así puede llamarse y la otra 'pensión prestación social', por Decreto 3136 de 1968 y 1048 de 1969, por vinculación directa con la entidad obligada". (folio 4).

Como normas violadas, invoca las contenidas en la Ley 114 de 1931, artículos 1o. y 3o.; Ley 116 de 1928, artículo 6o.; Ley 37 de 1933, artículo 3o.; Decreto 2285 de 1955, artículos 1o. y 2o., parágrafo; Decreto 224 de 1972, artículo 5o.; Ley 4a. de 1966, artículo 4o.; Decreto 1743 de 1966, artículo 5o. y Ley 5a. de 1969, artículo 2o.

La Fiscalía Quinta, al formular su vista reglamentaria, conceptúa que deben negarse las súplicas de la demanda por las razones que más adelante se comentan.

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 resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Consta en autos que la demandante prestó sus servicios docentes primeramente en la Normal Nacional de Señoritas de Manizales, como profesora de la Escuela Anexa, desde el 21 de febrero de 1946 hasta el 10 de agosto de 1952, (6 años, 5 meses, 17 días) y luego en otros establecimientos del Departamento de Caldas, durante 17 años, 11 meses, 26 días, desde el 5 de julio de 1961 hasta el 31 de marzo de 1979 (folios 38 a 39).

Fue motivo de la decisión desfavorable a la demandante en el acto acusado (Resolución 6931) el haber estimado equivocadamente —por supuesto— que la pensión de que venía disfrutando aquella, otorgada mediante Resolución No. 1182 de 1980, tenía carácter nacional, con lo cual se configuraba la situación de incompatibilidad contemplada en el artículo 4o., numeral 3o., de la Ley 114 de 1913.

En efecto, a tal carácter se alude en los Considerandos de la Resolución No. 6931 de 1981, en donde se transcribe un informe del Jefe de Registro de Pensiones, que es del siguiente tenor:

"Para: Jefe Pensiones Magisterio. De: Jefe Registro de Pensiones. REF: Quintero de Buitrago Rosa M. identificada con la C.C. No. 24.260.885 de Manizales. Informo a usted que figura bajo el código 647134-10-15 Jubilación Caldas (Carácter Nacional) Resolución No. 1182 de 1980, con una cuantía de $ 20.156.20. . ." (fl. 12).

Allí mismo se dice que "a folio 31 aparece copia de la Resolución No. 1182 de febrero 28 de 1982, expedida por esta entidad, en la que se concede pensión de jubilación a la Sra. Rosa Quintero vda. de Buitrago de conformidad con el Decreto 1848 de 1969".

En cambio, en el memorial por el cual la interesada interpuso los recursos de reposición y apelación contra el acto acusado, sostiene enfáticamente que aquella pensión es de carácter departamental, en los siguientes términos:

"En la parte motiva de dicha providencia se afirma que, de acuerdo con el informe del Jefe de Registro de Pensiones, la suscrita aparece como jubilada bajo el código 647134-10-15 Jubilación Caldas (Carácter Nacional). Esto es rigurosamente falso pues a mí se me decretó pensión de jubilación departamental, con base en el contrato suscrito entre esa entidad y el Departamento de Caldas . . .ustedes le dan carácter nacional a tal pensión por ser la Caja Nacional de Previsión la que, en cumplimiento de tal contrato, hace los pagos. . ." (folio 14).

Este mismo planteamiento se reitera dentro del proceso en el alegato de conclusión visible a folio 91 a 93. Allí se lee lo siguiente:

"Rosa Quintero de Buitrago está pensionada por la Caja Nacional de Previsión pero no por cuenta de la Nación sino del Departamento de Caldas, conforme contrato que obra en el mismo proceso. . . conforme las normas generales prestacionales del sector oficial, como son, entre otros, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969".

Luego se formula la siguiente conclusión:

"Conforme lo anterior, tenemos, entonces, que a la profesora le corresponden dos pensiones: la primera por cuenta de la entidad nominadora, es decir, por cuenta en este caso del Departamento de Caldas, ya reconocida por Resolución No. 1182 de 1980. La segunda, por cuenta directamente de la Nación, conforme la Ley 114 de 1913: la cual debe reconocer CAJANAL por habérsele adscrito a ésta dicho reconocimiento. . . (folios 91 a 92).

Por su parte, la Caja Nacional de Previsión, por intermedio de su apoderado, sostiene que, mediante Resolución No. 3764 de abril 1o. de 1983, (por la cual se decidieron los recursos interpuestos contra la Resolución 6931), "negó a la señora Rosa Quintero vda. de Buitrago el derecho a disfrutar de la 'pensión gracia' por considerar que solamente prestó al servicio del Departamento de Caldas en el magisterio un total de 17 años, 11 meses y 26 días, por el lapso comprendido entre el 5 de julio de 1961 hasta el 30 de junio de 1979. Esta providencia desestimó el período

comprendido entre el 21 de febrero de 1946 al 10 de agosto de 1962, por ser estos tiempos de carácter nacional" (folio 98).

Así consta efectivamente en los Considerandos de la citada resolución, visible en los folios finales del Cuaderno Administrativo, en la cual se decidió no reponer la resolución que se acusa en este proceso.

Es cierto también que, al computarse el tiempo de servicios que dio lugar al reconocimiento de la pensión mediante la Resolución No. 1182 de 1980, se tuvieron en cuenta para este efecto los servicios prestados en la Normal Nacional de Señoritas de Manizales (folios 54 a 57).

La Fiscalía expresa sus puntos de vista sobre estos aspectos en la siguiente forma:

"Al folio 54 del expediente principal se encuentra la Resolución No. 1182 de 28 de febrero de 1980, por la cual el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja, reconoce a la señora Rosa María Quintero vda. de Buitrago, pensión ordinaria de jubilación, quedando ésta a cargo de la Caja Nacional de Previsión, por servicios prestados a entidades del orden nacional, y del Departamento de Caldas, por el tiempo laborado en establecimientos del orden departamental.

"De la simple lectura de dicha resolución y de los demás documentos con los cuales se comprueban 24 años de servicios se deduce, que aunque efectivamente la pensión concedida es la ordinaria, los servicios no se prestaron exclusivamente al Departamento de Caldas, sino que para el reconocimiento de la prestación se tuvo en cuenta un lapso de 6 años, 5 meses y 20 días, servido a un establecimiento docente de carácter nacional y de enseñanza secundaria.

"La pensión que ahora se solicita, es la 'pensión gracia' que concede la Ley 114 de 1913, a los maestros de enseñanza primaria oficial, por servicios prestados exclusivamente a los departamentos.

"Por eso, de conformidad con el numeral 3o. del artículo 4o. de esta ley, para gozar de la gracia de la pensión, será preciso que el interesado compruebe 'que no ha recibido ni recibe actualmente, otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal concedidas por la Nación o por un departamento'.

"Obviamente que para el reconocimiento de la pensión nacional deben darse todos los supuestos que la ley exige como son: haber sido durante 20 años maestro de enseñanza primaria oficial y tener 50 años de edad.

"El requisito exigido en el numeral 3o. del artículo 4o., consistente en demostrar que no se recibe pensión o recompensa de carácter nacional, y la compatibilidad con la pensión departamental, están indicando claramente que esta pensión nacional se concede única y exclusivamente a los maestros de enseñanza primaria oficial, entendiéndose por tales aquéllos nombrados por los Gobernadores, que atienden la educaión en las escuelas creadas en los departamentos y municipios, orientadas y dirigidas por el Ministerio de Educación Nacional, afiliados por tanto a las Cajas de Previsión Departamental, y no a aquéllos que cumplen también labores docentes pero en establecimiento nacionales, de enseñanza media o secundaria.

"Si se admitiera que esos servicios son acumulables a los de primaria, se quebrantaría el numeral 3o. del artículo 4o. citado.

"En efecto, en esa eventualidad, la Caja Nacional de Previsión tendría a su cargo un doble pago: el de la cuarta parte correspondiente a la pensión ordinaria reconocida por la Caja de Previsión Departamental, y el pago completo de la pensión nacional que consagra la Ley 114 de 1913, por un mismo tiempo de servicios.

Este es precisamente el caso de la actora, quien estuvo vinculada por más de 6 años a la docencia nacional en la enseñanza superior.

"Acumulando este tiempo al laborado en el Departamento de Caldas en la enseñanza primaria y secundaria, obtuvo la pensión ordinaria, a cuyo pago contribuye la Caja Nacional de Previsión con la cuota correspondiente a los 6 años, 5 meses y 20 días servidos a la Nación; o sea, que sí recibe pensión del orden nacional.

"En este orden de ideas es preciso concluir que le asiste razón a la Caja Nacional de Previsión, cuando mediante los actos acusados se niega a reconocer a la señora Quintero vda. de Buitrago la prestación que solicita, pues su situación no encaja dentro de las previsiones de la Ley 114 de 1913".

Ostenta este planteamiento un evidente rigor dialéctico y por ello convence a primera vista. Sin embargo, si se rastrean cuidadosamente las premisas, el argumento resulta especioso, pues toma su fundamento en un supuesto que la ley no establece.

En efecto, expresa la Fiscalía:

"La pensión que ahora se solicita es la 'pensión gracia' que concede la Ley 114 de 1913 a los maestros de enseñanza primaria oficial *por servicios prestados exclusivamente a los departamentos*" (folio 105).

No contiene tal restricción la Ley 114 de 1913, que en su artículo 1o. dispone:

"Los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente ley".

Y en el artículo 4o. determina que:

"Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

1o. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

2o. Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.

3o. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un departamento.

4o. Que observe buena conducta.

5o. Que, si es mujer, está soltera o viuda.

6o. Que ha cumplido cincuenta años o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento".

Como se ve, la Ley 114 de 1913 no exige que los servicios docentes que dan lugar a la 'pensión gracia' hayan sido prestados exclusivamente en instituciones territoriales, como lo sostiene el concepto fiscal. El texto legal no hace distinción alguna en cuanto a los servicios mismos ni contiene expresión limitativa que connote salvedad, reserva o exclusión. No hay razón, por lo tanto, para que se agregue, por vía jurisprudencial, una limitación adicional a las contenidas en los seis numerales del artículo 4o. citado.

Es fácil de entender, en cambio, que el legislador, queriendo compensar en cierta forma o retribuir la callada y difícil labor que cumplen los maestros de enseñanza primaria, hubiera decidido tomarlos en cuenta en razón de su inmensa significación y de su escasa remuneración. Es al maestro a quien se retribuye pues no se trata de una prima de clima o algo similar que tenga relación con el lugar donde se prestan los servicios. Tal fue el espíritu que evidentemente animó al legislador en un principio.

Posteriormente, con mentalidad más amplia, dispuso el legislador que eran computables para esta pensión graciosa (llamada por eso 'pensión-gracia') los servicios prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista y no sólo para los maestros sino también para los empleados, profesores e inspectores de instrucción pública (Ley 116 de 1982, artículo 6o.). Finalmente, el artículo 3o. de la Ley 37 de 1933, refiriéndose a estas pensiones, ordenó en su inciso segundo hacerlas extensivas "a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria".

Recapitulando ahora la situación que se presenta en el *sub-lite*, encontramos lo siguiente:

1o. La demandante fue pensionada por cuenta del Departamento de Caldas mediante Resolución No. 1182 de febrero 28 de 1980, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social en virtud de un contrato celebrado con el citado departamento para suministrar, a nombre del mismo y por su cuenta, a los funcionarios del orden departamental las prestaciones asistenciales y económicas a que tenían derecho. Prueba idónea de este contrato obra en el expediente.

Este carácter departamental de la pensión que recibe la demandante fue expresamente reconocido por la Caja Nacional de Previsión, como puede verse en los Considerandos de la Resolución No. 03764 de abril 21 de 1983, por la cual decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 6931 de 1981, que es el acto acusado (folios finales del Cuaderno Administrativo).

Expresa la Institución:

"Que, estudiado cuidadosamente el expediente, se pudo establecer que efectivamente al momento de hacerse el estudio de la primera solicitud, dicha pensión se negó en base a que el Memorando de Registro de Pensiones nos certificaba que la Resolución No. 1182 de 1980 era una prestación de carácter nacional. Que, haciéndose un estudio de dicho acto administrativo, se estableció que efectivamente dicha pensión es de carácter departamental, por lo cual es procedente estudiar cuidadosamente el expediente para establecer si la señora Rosa Quintero vda. de Buitrago llena los requisitos para reconocerle la pensión nacional".

2o. La primera negativa de la Caja Nacional de Previsión Social a reconocer a la demandante la pensión 'gracia' obedeció al convencimiento de que ésta disfrutaba de una pensión de carácter nacional. El error aparece en el texto de la Resolución No. 6931 de diciembre 7 de 1981, contra la cual oportunamente se interpusieron los recursos legales.

Al decidir el recurso de reposición, la Caja rectificó este error, como acaba de verse en la transcripción de parte de los Considerandos de la Resolución No. 03764. Sin embargo, siguió considerando que la actora carecía de derecho a la pensión, aunque por razones diferentes. Dijo entonces la Caja:

"Considerando. . . Que los tiempos laborados en la Normal Nacional de Señoritas a partir del año 1946 a 1952 (folios 5 a 12) se desestiman por ser éstos de carácter nacional, estando afiliado a esta entidad y la 'pensión gracia' (Ley 114 de 1913) es una prestación que se reconoce sin que el peticionario se halle afiliado a esta entidad. . .

"Que, a pesar de que la señora QUINTERO vda. de BUITRAGO no devenga pensión de carácter nacional de conformidad con las normas antes citadas, no es procedente reconocer pensión de jubilación por no reunir el tiempo exigido que es 20 años al servicio del magisterio primaria oficial o primaria y secundaria" (folio 68 del Cuaderno Administrativo).

En resumen, los argumentos de la Caja Nacional de Previsión Social consisten en haber atribuido carácter nacional a la pensión reconocida por Resolución No. 1182 de 1980 (error que posteriormente rectificó) y el haber considerado que para la pensión solicitada la Ley 114 de 1913 exige que se trate de servicios prestados exclusivamente en instituciones docentes de carácter departamental, como igualmente lo entendió la distinguida colaboradora Fiscal de esta Corporación.

Despejadas como han quedado las dudas mencionadas frente al texto legal, es obvio que asiste la razón a la demandante y que, por consiguiente, debe invalidarse el acto acusado, a saber, la Resolución No. 6931 de diciembre 7 de 1981, para disponer, en sustitución, el reconocimiento de la pensión impetrada.

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:

1o. *Declárese* agotada la vía gubernativa por haberse producido el fenómeno del silencio administrativo de la Caja Nacional de Previsión Social al no pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra la resolución acusada.

2o. *Decrétase* la nulidad de la Resolución No. 6931 de diciembre 7 de 1981, expedida por la Sub-Dirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social.

3o. La Caja Nacional de Previsión Social deberá reconocer y pagar a la señora Rosa Quintero vda. de Buitrago, una vez ejecutoriada la presente sentencia y dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A., la pensión de que trata la Ley 114 de 1913, con los requisitos del artículo 4o.

4o. *Declárase* legalmente prescritas las mesadas pensionales anteriores al 17 de junio de 1979.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 17 de febrero de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker. Los consejeros: **Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello,** ausente.

Víctor M. Villaquirán, secretario.

DESAFECTACION DE PREDIOS.— Alcance de las normas que regulan la materia de la Desafectación de Predios. Oportunidad para intentar esta medida. Artículo 1o. Decreto 135 de 1976. Artículos 451 a 459 C.P.C. Interpretación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., marzo ocho (8) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**

Referencia: Expediente 2364 INCORA.
Actor: **Raimundo Sánchez.**

A. En demanda presentada a través de apoderado, por el señor RAIMUNDO SANCHEZ, el día 26 de octubre de 1977, se pide que por los trámites de un proceso ordinario contencioso administrativo, lo siguiente:

1. Son nulas las resoluciones números 137 de agosto 25 de 1976 y 130 del 3 de agosto de 1977, expedidas por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), por medio de las cuales se resolvió "negar la solicitud de desafectación del predio "SAN ANTONIO BAJO", ubicado en el municipio de Agua de Dios. Departamento de Cundinamarca.

2. Que a título de restablecimiento del derecho lesionado se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA), a transferirle el derecho de dominio sobre el predio "SAN ANTONIO BAJO" a mi mandante RAIMUNDO SANCHEZ, y a restituirsele real y materialmente.

El restablecimiento del derecho se solicita de la manera expresada, porque cuando se falle el presente negocio ya el INCORA habrá adquirido el dominio sobre el referido inmueble.

3. Que igualmente a título de restablecimiento del derecho, se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA) a pagar a mi mandante los perjuicios de orden material y moral que le fueron causados con la expedición de los actos acusados, cuya regulación se hará según los artículos 307 y 385 del C. P. C.

B. Como fundamento de hecho de las pretensiones se expuso:

1. Previo el trámite administrativo señalado en el artículo 61 de la Ley 135 de 1961 y en el Decreto 719 de 1968 para la adquisición de tierras de propiedad privada, y con fundamento en el artículo 59 Bis de la mencionada ley, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante las Resoluciones números 5639 y 303 del 14 de septiembre de 1970, expedidas por la Gerencia General y la Junta Directiva, decretó la expropiación del predio "SAN ANTONIO BAJO", ubicado en el municipio de Agua de Dios, de propiedad del señor RAIMUNDO SANCHEZ.

2. La adquisición del inmueble SAN ANTONIO BAJO se ordenó con la finalidad de convertir en propietarios a los señores JOSE A. VANEGAS, CRISOSTOMO DONCEL, JULIO F. AVILA, JOSE VICENTE SANCHEZ, ERASMO SANCHEZ y LUIS MANUEL AVILA, quienes dentro de la actuación administrativa correspondiente fueron calificados como arrendatarios del referido inmueble.

3. El señor RAIMUNDO SANCHEZ interpuso contra el acto administrativo de expropiación el recurso especial de consulta que consagran los estatutos agrarios, pero el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca se abstuvo de admitir el recurso, mediante providencia del 9 de junio de 1971 quedando de esta manera agotada en su totalidad la vía gubernativa que se inició con la resolución que ordenó adquirir el inmueble y en firme el acto administrativo de expropiación.

4. El INCORA inició el proceso de expropiación ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Girardot. Dicho juzgado, mediante providencia del 16 de octubre de 1972, dispuso lo siguiente: "Se adjudica al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, la finca expropiada en las condiciones pedidas en la demanda".

"Se decreta la cancelación del registro de la demanda y se ordena que simultáneamente se inscriba la presente sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Girardot".

5. Estando en curso el proceso de expropiación, se expidió la Ley 6a. de 1975, "por la cual se dictan normas sobre contratos de aparcería y otras formas de explotación de tierra". En el artículo 28 de dicha ley se exceptuó de la calificación de arrendados o dados en aparcería y para los fines de los artículos 55, ordinal 3o. y 59 Bis de la Ley 135 de 1961, "las tierras que se exploten en desarrollo de los contratos" regulados por aquella ley. De otra parte, en el artículo siguiente, consagró para los propietarios de predios rurales que celebraran los contratos de aparcería reglamentados por la referida Ley 6a. el derecho de obtener "la desafectación de los mismos o de la porción respectiva, en caso de que contase en el artículo 59 Bis de la Ley 136 de 1961, se encontraren en proceso de adquisición por el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA".

6. El artículo 1o. del Decreto 136 de 1976, reglamentario de la Ley 61. de 1975, dispuso que la oportunidad para solicitar la desafectación de las tierras en el proceso de expropiación se extendía hasta la ejecutoria de la providencia que decretare la adjudicación del bien al INCORA.

7. Estando todavía tramitándose el proceso de expropiación, el señor RAIMUNDO SANCHEZ, por medio de apoderado, solicitó al Incora, la revocatoria de las Resoluciones números 5639 y 303 antes citadas, por medio de las cuales se decretó la expropiación del predio "SAN ANTONIO BAJO" y que se autorizara el desistimiento de la acción expropiatoria que adelantaba esta entidad ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Girardot, en razón de haberse celebrado por mi mandante varios contratos de aparcería, con arreglo a las disposiciones de la Ley 6a. de 1975, de que los contratos de arrendamiento habían terminado en legal forma y que los arrendatarios habían restituído el inmueble a su propietario.

8. Por Resolución No. 136 del 25 de agosto de 1976, la Junta Directiva del INCORA resolvió negar la solicitud de desafectación del predio "SAN ANTONIO BAJO". La negativa a la desafectación se fundó en que según el INCORA, la terminación de los contratos de arrendamientos es un hecho irrevelante jurídicamente y que la oportunidad para solicitar la desafectación había precluido, por cuanto el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Girardot, mediante providencia del 16 de octubre de 1972 había adjudicado el bien al INCORA.

9. Con fecha 14 de septiembre de 1976, se notificó esta resolución al Doctor LIBORIO BELALCAZAR MORAN, apoderado del señor RAIMUNDO SANCHEZ, pero como se trataba de un acto administrativo que ponía fin al nuevo negocio o actuación administrativa, que se había iniciado con la solicitud de desafectación del predio "SAN

ANTONIO BAJO", que se presentó con fundamento en los artículos 28 y 29 de la Ley 6a de 1975 y 1o. del Decreto 135 de 1968, debía hacersele saber al apoderado del señor Sánchez, en el acto de la notificación, los recursos que contra este acto son procedentes, para que dicha notificación surtiera efectos jurídicos y resultara oponible el acto al particular afectado, conforme al artículo 12 del Decreto 2733 de 1959. En escrito de fecha 1o. de julio de 1977, el señor RAIMUNDO SANCHEZ, por medio de apoderado, se dio por notificado de la Resolución 137 de agosto 25 de 1976, e interpuso contra ella RECURSO DE REPOSICION, el cual fue resuelto negativamente mediante la Resolución No. 130 del 3 de agosto de 1977, que fue notificada el 22 de agosto de 1977.

11. En razón de haberse negado la desafectación del predio y continuado el proceso de expropiación, se le causaron en virtud de la entrega de la finca al INCORA perjuicios de orden moral y material. Los de orden moral consisten en el dolor y la pena que para mi mandante, una persona de avanzada edad, quien tuvo en posesión la finca desde hace más de cuarenta (40) años, representa verse desposeído de una propiedad que no sólo constituía una fuente de ingresos sino algo importante desde el punto de vista afectivo, debido al gran aprecio que el señor Sánchez tenía por una propiedad que durante mucho tiempo le permitió no sólo sostener a su familia sino proporcionarle muchas satisfacciones.

12. Los perjuicios de orden material, consisten en el lucro cesante, esto es la ganancia o utilidad que el señor Sánchez ha dejado de percibir en razón de la desposesión de su propiedad.

El señor Sánchez tenía arrendado a la señora ISMENIA SANCHEZ DE MUÑOZ, 22 hectáreas, por las cuales percibía la suma de $ 5.000 por cada cosecha de algodón que se realizara; como se hacían dos cosechas al año, por este concepto el señor Sánchez dejó de recibir la suma de $ 10.000 anuales. El resto de la finca era explotada directamente por el señor Sánchez, así: dos (2) hectáreas en maíz, y el resto, o sean, 48 hectáreas en ganadería de cría. En el predio se sostenían permanentemente un promedio de 100 reses entre vacas de cría, novillas, novillos y reproductores. Con motivo de la entrega de la finca al INCORA el señor Sánchez dejó de percibir utilidades por la venta de maíz, aproximadamente $ 6.000 anuales y por la venta de ganados y leche una suma anual superior a $ 400.000. Aparte que se vio obligado a vender a menos precio el ganado.

13. El proceso de expropiación aún no ha concluido, por cuanto el acta de la entrega del bien expropiado, que se realizó el día 21 de julio de 1977, no se registró junto con la sentencia de expropiación, como lo ordena el artículo 456, numeral 2) del C. P. C. ni se ha surtido el trámite que contempla el artículo 458 ibídem.

14. Los actos administrativos acusados fueron expedidos con violación de las normas de superior categoría que más adelante se señalan.

C. Considera el libelista como normas violadas los artículos 2o., 16 y 30 de la Constitución Nacional, 59 Bis de la Ley 135 de 1961, 28 y 29 de la Ley 6a. de 1975, 1o., 2o. y 3o. del Decreto 135 de 1976, artículo 12 de la Ley 153 de 1887, 451 a 458 del C. P. C., 1613, 1614, 1617 del C.C. y 21 del Decreto 2733 de 1959.

II

El Ministerio Público en su concepto de fondo, estimó que la sentencia debía ser adversa a las pretensiones de la demanda, entre otras por las siguientes consideraciones:

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, negó la solicitud de desafectación por considerarla extemporánea, toda vez que la sentencia que adjudicó el bien al Instituto se encontraba debidamente ejecutoriada.

El artículo 1o. del Decreto Reglamentario de la Ley 6a. de 1975, número 135, dispone lo siguiente: En cualquier etapa del trámite de adquisición de tierras, bien sea la puramente administrativa, o en lo contencioso administrativo y aún dentro del proceso de expropiación, antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decreta la adjudicación y aún en el caso de que hubiera habido entrega anticipada del inmueble, deberá procederse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, a la desafectación de las tierras cuya adquisición hubiese decretado para los fines contemplados por el artículo 59 Bis de la Ley 135 de 1961, cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo siguiente.

Para conocer el término dentro del cual el propietario de un predio afectado por el INCORA puede pedir su desafectación es necesario esclarecer qué quiso decir el gobierno en su Decreto Reglamentario, cuando autoriza la desafectación, aún dentro del proceso de expropiaión: "antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación. . .", providencia que no existe, ni es necesario proferirla dentro del proceso de expropiación de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil actual.

El proceso de expropiación según el antiguo Código Judicial se componía de dos etapas y dos sentencias: la primera, que se iniciaba con la demanda, su admisión y traslado al demandado, la apertura a pruebas y la sentencia decretando la expropiación. La segunda etapa se iniciaba con el avalúo que debía ordenar la primera sentencia; hecho y aprobado el avalúo y consignado el precio en el Juzgado, el Juez dictaba otra sentencia de adjudicación de bienes a favor del demandante, la que debía inscribirse en el libro o libros de registro correspondiente (artículo 854 y siguientes).

El nuevo Código de Procedimiento Civil, que inició su vigencia a partir del 1o. de julio de 1971, no contempla la segunda sentencia que establecía el Código derogado.

De conformidad con el artículo 456 ibídem, en firme el avalúo y hecha por el demandante la respectiva consignación, se procederá así:

1o. Se entregarán al demandante los bienes expropiados; en el acta de la diligencia se insertará la parte resolutiva de la sentencia y se dejará testimonio de haberse consignado el monto de la indemnización.

2o. Ejecutoriada la sentencia que decrete la expropiación, se registrará junto con el acta de entrega, para que sirvan de título de dominio al demandante, y se librarán al Registrador los Oficios de Cancelación.

3o. Cuando en el acto de la diligencia se oponga un tercero que alegue posesión material o derecho de retención sobre la cosa expropiada, la entrega siempre se efectuará; pero se advertirá al opositor que puede presentarse al proceso dentro de los diez dias siguientes a la terminación de la diligencia, a fin de que mediante incidente se decida si le asiste o no el derecho alegado.

Si el incidente se resuelve en favor del opositor; en el auto que lo decida se ordenará a los mismos peritos que avalúen la indemnización que le corresponde, la que se le pagará de la suma consignada por el demandante. El auto que resuelva el incidente es apelable en el efecto diferido.

Indica lo anterior, que son varias las etapas procedimentales que se deben cumplir para considerarse que el proceso de expropiación ha terminado, y que sólo cuando se han agotado en su totalidad, puede afirmarse que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria ha adquirido el dominio sobre el bien objeto de la expropiación.

Obsérvese cómo, de conformidad con el antiguo Código, la sentencia de adjudicación de bienes a favor del demandante, se dictaba cuando ya se había hecho el avalúo y se había aprobado; inclusive, cuando se había consignado el precio en el Juzgado, es decir, cuando había terminado todo debate que pudiera ocasionar un incidente de previo pronunciamiento.

En tales circunstancias, es necesario concluír que cuando el Decreto Reglamentario 135 de 1976, habla de "providencia que decrete la adjudicación", hay que entender que se trata del acta de la diligencia de entrega en la cual debe ir inserta la parte resolutiva de la sentencia que decreta la expropiación y que sirve de título de dominio al demandante. Hasta esa oportunidad puede pedirse la desafectación del predio, de conformidad con la Ley 6a. de 1976 y su Decreto Reglamentario No. 135 de 1976.

Una vez realizada dicha diligencia, ya no podrá el propietario de un predio afectado por el INCORA, pedir su desafectación.

Pero, ¿qué ocurre cuando, como en el presente caso, el Juzgado del Circuito profiere sentencia de expropiación y en la misma providencia, sin estar facultado para ello, decreta también la adjudicación del bien a favor del demandante?

Al respecto, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en la resolución que negó la reposición interpuesta por el interesado, resolvió la cuestión así: "Si bien el Código de Procedimiento Civil no señala que el Juez de conocimiento deba adjudicar el bien a la entidad demandante, es cierto que el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Girardot, el 16 de octubre de 1972, dictó una providencia en tal sentido contra la que no se interpuso recurso alguno, se encuentra debidamente ejecutoriada, y en consecuencia, existe en la vida jurídica. Entonces, es innegable que la oportunidad para solicitar la desafectación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1o. del Decreto 135 de 1976, ha precluído, como se afirmó en la resolución que se recurre, dado que la providencia que adjudicó el bien al Instituto existe y está debidamente ejecutoriada.

No sobra recordar que las providencias de los jueces son susceptibles de recursos y que es la rama jurisdiccional, la que los resuelve y es ante esta que debe dirigirse quien se considere lesionado en sus derechos. No puede por lo tanto, el Instituto desconocer la existencia de la sentencia del juez que conoce del proceso de expropiación del predio SAN ANTONIO BAJO, a que nos hemos referido . . . (folio 5, Cuaderno Principal).

En concepto de la Fiscalía, la conclusión del INCORA, es exacta, pues existiendo una sentencia judicial, ella no podía ser desconocida por estar ejecutoriada. Y aún cuando contra ella procedía el recurso de apelación (artículo 453 C. P. C.), el interesado no hizo uso de ese derecho. De allí que, si dejó ejecutoriar la sentencia con ese defecto, suya es la culpa y deberá sufrir las consecuencias de su negligencia.

Sabido es que las decisiones jurisdiccionales, debidamente ejecutoriadas, tienen el sello de verdad legal; por esta razón, no le es dable ni a las autoridades ni a los particulares, desconocerlas o ignorarlas.

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o. La solicitud de desafectación propuesta por el demandante, ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fue negada, como aparece consignada en las resoluciones acusadas, porque fue extemporánea, ya que se elevó después de vencido el plazo que el artículo 1o. del Decreto 135 de 1975 tiene previsto para tal fin, que es antes

de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación y que por sentencia del Juzgado 2o. Civil del Circuito de Girardot, al acceder a la demanda de expropiación del INCORA sobre el predio cuya desafectación se invocó, adjudicó a este Instituto la finca expropiada.

2o. Sin embargo, el demandante considera que la solicitud sí estaba dentro del término legal, por cuanto la sentencia que decretó la expropiación se excedió, al resolver, también, sobre la adjudicación del predio, por cuanto al tenor del nuevo ordenamiento procedimental, no es pertinenete, puesto que el artículo 456 del C. de P. C., en ningún momento consagra una decisión de este orden. Así, que la sentencia de expropiación, al momento de solicitarse la desafectación, no estaba inscrita en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente. Es decir, para el actor la etapa preclusiva, señalada en la ley, no estaba agotada, porque, además, el proceso de expropiación, aún no había concluido. Algo más, para el demandante existe la contradicción entre la ley y la norma reglamentaria, en cuanto la primera —Ley 6a. de 1975— habla de procesos en adjudicación, mientras que el Decreto 135 de 1976, dispone que antes que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación, para concluir que hay que hacerle producir a la ley voluntad preferencial, puesto que es un mandato superior.

3. Entonces, se impone un estudio de los alcances de las normas que regulan la materia de la desafectación de los predios, en particular, para saber si la oportunidad para intentar esa medida estaba o no precluída.

El artículo 59 de la Ley 135 de 1965, facultó al Incora para la expropiación de los fundos o porciones de éstos que en 31 de diciembre de 1961 eran explotados por medio de arrendamientos, aparcería u otro contrato de similar linaje, que se hizo extensivo para los explotados en 7 de diciembre de 1968, con las excepciones previstas en el inciso 2o. para los contratos de tenencias referidos, que hubiesen terminado por voluntad de las partes expresada en documento debidamente reconocido o mediante sentencia judicial proferida en juicio de lanzamiento o conciliación realizada en desarrollo de procedimiento administrativo. Precisamente, el alcance de la expropiación ordenada por la ley de reforma agraria tiene un contenido de utilidad o interes social, en procura, fundamentalmente de lograr de la tierra, su utilización racional.

Así mismo, por mandato del artículo 28 de la Ley 6a. de 1975, quedaron excluídos o al margen de la expropiación, a vía de excepción, las tierras explotadas mediante las formas de aparcería, regulados en la misma ley. Y con un más amplio propósito, el artículo 29 *ibídem*, dispuso que los propietarios de los predios rurales que celebren contratos de tenencia de la característica mencionada, podrán obtener la desafectación de los mismos o de la porción respectiva, en caso de que, con base en el artículo 56 bis de la Ley 135 de 1961, se encontraren en proceso de adquisición por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Evidente, pues, que los propietarios de los predios rurales, que integran realmente sus bienes a la actividad agraria del país, pueden gozar del beneficio de sacarlos de la afectación que puede surgir de la expropiación misma. Es un interés superior propio o acorde con un medio de economía rural, prevalentemente, como es el nuestro. Si quien incorpora su tierra a la producción agropecuaria, merece la protección y el respeto del Estado.

De acuerdo con el artículo 29 citado, la desafectación tiene un marco preciso de utilización: que acrediten los contratos de aparcería, en condiciones de explotación agrícola, siempre y cuando se encuentren todavía en proceso de adquisición de las tierras por parte del INCORA. O sea, una relación negocial, existente y demostrable

—los contratos de aparcería— y un ámbito temporal, preclusivo que se encuentre en proceso de adquisición del predio.

Se encuentra en proceso de adquisición según las voces del artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, cuando el INCORA adelanta, por cualesquiera de los medios idóneos, de negociación directo o expropiación, la incorporación de las tierras para el beneficio señalado anteriormente. Es decir, que no se haya cumplido la etapa en que pueda decirse que el bien ya no es materia de acto distinto que el de la destinación para terceros, mediante la utilización social del predio. Así que estará en proceso de adquisición cuando faltan actos que permitan destacar que aún el propietario, puede a través de contratos de aparcería, incorporar la actividad del hombre en pro de la utilización de la tierra. Y el artículo 1o. del Decreto 135 de 1975, trató de hacer las precisiones debidas sobre el ámbito temporal anotado, para los efectos de entender hasta qué momento puede ser desafectado un predio, cuando ordenó: "En cualquier etapa del trámite de adquisición de tierras, bien sea en la puramente administrativa o en la contencioso administrativa y aún dentro del proceso de expropiación, antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación y aún en el caso de que hubiere habido entrega anticipada del inmueble deberá procederse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA a la desafectación de las tierras cuya adquisición hubiese decretado para los fines contemplados por el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961, cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo siguiente.

En verdad, el artículo 1o. del Decreto 135 emplea expresiones que, en principio, no concuerdan con las reglas que, en materia del trámite de expropiación, trae el Código de Procedimiento Civil actual, por cuanto en ningún pasaje del texto adjetivo se menciona la adjudicación como resultado mediato o inmediato de la expropiación, como sí lo hacía el Código Judicial al señalar en el artículo 585, entre las etapas atinentes al juicio de expropiación la adjudicación de los bienes sujetos a ese trámite. El mandato del artículo 1o. del Decreto 135, refleja un criterio normativo, que le sirvió, precisamente al demandante para sostener que es contradictorio frente a lo estipulado en la Ley 6a. de 1975, porque aquél permite la desafectación siempre y cuando se solicite antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la expropiación mientras que la última, apenas se limita a decir que se podrá ejercer ese derecho de exclusión cuando se encontrare en proceso de adquisición. Empero, la contradicción a juicio de la Sala no existe. Es cierto que las normas que el Código de Procedimiento Civil señala para el proceso de expropiación —451 a 459—, no advierten, de manera específica, la decisión de adjudicación, pero también lo es que el artículo 454 expresamente dispone que "vencido el término de traslado el juez dictará sentencia, y si decreta la expropiación ordenará cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre los bienes", para dar a entender como es obvio, que la sentencia de expropiación es la que sirve de adjudicación del predio, puesto que se ha de ordenar la cancelación de los gravámenes, embargos e *inscripciones*, esto es el total desprendimiento de los derechos y afectaciones sobre el inmueble expropiado, que ha de culminar, dentro de todo el acto de enajenación, con el registro de la sentencia. No hay contradicción: lo que se opera es un fenómeno distinto de complementación ya que la ley tan solo habla de que la desafectación ha de promoverse cuando se encuentre en proceso de adquisición por el INCORA (artículo 29 de la Ley 6a. de 1975) y el decreto precisa cuál es ese momento: antes que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación que no puede ser otro adecuándose a las reglas de procedimiento que el de la sentencia de expropiación, que es el acto que traslada el dominio del bien expropiado. Así, pues, la ejecutoria de la sentencia constituye el título de adquisición, para agotar cualquier término de desafectación.

Sin embargo, el demandante estima que el proceso de adquisición culmina con el registro de la sentencia en la respectiva oficina, de tal manera que hasta tanto no se

realice este acto puede intentarse la desafectación. Y para ello, se apoya en el numeral 2 del artículo 456, en particular, porque la sentencia se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Agua de Dios (Cundinamarca), con posterioridad a la solicitud del demandante, ante el INCORA, de exclusión del predio.

La Sala no comparte esta apreciación, no obstante la observación que ha hecho sobre la falta de coherencia de vocablos empleados en las normas sustanciales y las procedimentales, porque ha de hacerle producir efectos, para el entendimiento del plazo, a la sentencia de expropiación y no al registro, puesto que absurdo sería que, hasta este momento de la actuación, dentro del proceso de expropiación, pueda pedirse la desafectación, lo que determinaría que la sentencia careciera de eficacia, y se enervaría, por tanto, sus efectos. Eso haría que todo el trámite resulte inocuo, y una sentencia perdiera sus alcances declarativos.

4. Pero para el caso *sub-lite* deben formularse otras reflexiones que conducen a sostener la legalidad del acto acusado.

a) La entrega del predio se hizo antes de que se demandara la desafectación. Lo primero ocurrió como consta en el expediente —folios 10 a 16—, cuaderno 1, el día 21 de julio de 1977, lo segundo se cumplió el 28 de octubre de 1977, —folios 20 a 24, cuaderno 1—. Esta circunstancia es importante, por cuanto colma el supuesto previsto del numeral 21 del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, en lo que atañe a los reparos formulados por el demandante.

b) La sentencia del Juez 2o. Civil del Circuito de Girardot, se profirió el día 16 de octubre de 1972. No se recurrió. Por el contrario, los plazos de ejecutoría transcurrieron sin formularse reparo. Hizo tránsito, por tanto, a cosa juzgada.

c) La sentencia, además de la expropiación, dispuso adjudicar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, el predio cuya desafectación se solicitó después, y que fuera negada en los actos acusados. Es decir; existe una decisión judicial, con la fuerza suficiente para entender que se produjo la adjudicación y, por tanto, se agotó, en ese momento, el término para intentarse la exclusión del inmueble materia de la expropiación. Que se sostenga que el Juez 2o. Civil del Circuito con evidente desconocimiento de las normas consagradas en el estatuto de procedimiento civil, dispuso la adjudicación, cuando ésta decisión no está acogida en el ordenamiento ritual vigente, es cierto. Pero ello no obsta para que se le haga producir los efectos a la declaración contenida en el fallo en cuanto así lo ordenó. Si las partes estaban frente a una decisión, equivocada o no, lo cierto es que está en firme, que no se puede desconocer. En otras palabras, el propietario afectado por una decisión judicial, que no atacó en su oportunidad, no puede pretender alcanzar, por la vía administrativa o por la contenciosa, la destrucción de sus efectos.

5o. La razón invocada, pues, por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, al decir que la desafectación se solicitó cuando el término estaba precluído, porque existía una sentencia que decretaba la adjudicación, es de plena aceptación. Además, tal como lo aprecia la Sala, la sentencia de expropiación, puede tener la fuerza suficiente, si está ejecutoriada, para determinar el plazo para que se intente la desafectación, en procura de armonizar los textos de la Ley 6a. de 1975 y su decreto reglamentario, con las normas del Código de Procedimiento Civil. Fluye de lo dicho, que los actos acusados no transgreden norma alguna. Y, por tanto, habrá de negarse las súplicas 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,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demana.

Cópiese y notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección, **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango**, No asistió.

Arturo Mora Villate, secretario.

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

CORPORACIONES FINANCIERAS.— Préstamos a sus funcionarios y gerentes. Los Decretos 2369 de 1960 y 2461 de 1980 se refieren a una aprobación previa, pues no tendría sentido una interpretación diferente, que hiciese valer actitudes de una Junta Directiva enfrentada a hechos cumplidos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., nueve (9) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 8956. Nulidad de las resoluciones 6770 de 1980 y 4950 de 1981 expedidas por la Superintendencia Bancaria.
Autoridades Nacionales.
Demandante: **Progreso Corporación Financiera S. A.**

Actuando por medio de apoderado judicial la sociedad "Progreso Corporación Financiera S.A.", demandó ante esta Corporación la nulidad de las resoluciones 6770 de 29 de diciembre de 1980 y 4950 de 2 de septiembre de 1981 que le impusieron una multa por $ 400.000 en aplicación a lo previsto por el artículo 5o. del Decreto 2369 de 1960.

Actos demandados:

Las resoluciones impugnadas establecieron una multa de $ 400.000 a la Sociedad Progreso Corporación Financiera S. A. "por conceder préstamos a funcionarios de la entidad sin el lleno de los requisitos legales". Consideran estas resoluciones que según el artículo 5o. ordinal 5o. del Decreto 2369 de 1960 establecía que "los créditos, préstamos y descuentos de cualquier clase de las Corporaciones Financieras a sus directores, gerentes, funcionarios y empleados, requerirán la aprobación unánime de la Junta Directiva, previo concepto del Revisor Fiscal. . ." y "Cualquier Corporación" . . .que viole las disposiciones del presente numeral incurrirá, por cada vez, en una multa impuesta por el Superintendente Bancario, igual al monto del crédito, préstamo o descuento". Como en el asunto de autos la Corporación otorgó préstamos de $ 100.000 a sus funcionarios Eduardo Rivera Giraldo, Mario Betancur Gómez, Gustavo Colmenares y Mariela Macías de Forero el 23 de octubre de 1979, sin que antes de otorgar tales préstamos la empresa actora hubiese obtenido la aprobación unánime de la Junta Directiva previo el dictamen del Revisor Fiscal.

Durante la vía gubernativa la sociedad actora arguyó que sí obtuvo aprobación unánime de la Junta Directiva de los créditos otorgados a sus funcionarios, aprobación que no fue previa sino posterior porque ésta ha sido la práctica corriente de la Corporación y que no se había obtenido el concepto previo del Revisor Fiscal porque este requisito fue derogado por el Decreto 2461 de 1980, norma que derogó expresamente el Decreto 2369 de 1960.

La Superintendencia denegó el recurso de reposición impetrado por la actora diciendo que la aprobación unánime de la Junta Directiva para el otorgamiento de los préstamos a sus funcionarios debe ser *previa* y no posterior.

Demanda:

Al acudir ante esta jurisdicción el apoderado de la actora invoca los siguientes argumentos:

"Razones de derecho"

"1o. Se sancionó a PROGRESO *invocando una norma legal inexistente*. En efecto, la Resolución 6770 de 1980, señaló la infracción, por parte de Progreso Corporación Financiera S.A. del numeral 5o. del artículo 5o. del Decreto 2369 de 1960, el cual había sido expresamente derogado por el Decreto 2461 del 14 de septiembre de 1960 que en su artículo 22 dispone que 'este decreto deroga los Decretos 2369 de 1960, 399 de 1975 y rige desde la fecha de su expedición".

"A la fecha de la Resolución 6770 de 1980, el Decreto 2369 carecía de eficacia jurídica y no podía producir efecto jurídico ninguno. La ineficacia jurídica de una norma derogada —inexistente— es un principio fundamental de derecho, consagrado en nuestra Carta Fundamental y desarrollado ampliamente por la Jurisprudencia en defensa de las personas, que no pueden ser sancionadas y castigadas con base en normas que han perdido su eficacia jurídica. En el Derecho Penal Administrativo este principio ha tenido unánime acogida como puede leerse en diferentes jurisprudencias. Así lo dice, por ejemplo la sentencia de mayo 24 de 1945, emanada del Consejo de Estado: "Una disposición derogada no es anulable porque no se puede anular *lo que no existe*. Para que el acto jurídico sea anulable precisa que tenga eficacia en el momento de pedirse y de pronunciarse la nulidad, lo cual no se verifica de derecho y el magistrado no puede pronunciarla de oficio. . . *la norma jurídica derogada al par que la norma jurídica nula, no tiene eficacia jurídica para nadie* en tanto que el acto jurídico anulable, por cualquiera de las causales legales, produce los efectos a que estaba enderezado mientras no es anulado.

"Una disposición derogada, por no producir ningún efecto, no puede violar ninguna otra. . ." (los subrayos son del apoderado). La Superintendencia Bancaria al sancionar a PROGRESO por la infracción a una norma jurídica inexistente violó, sin lugar a dudas las disposiciones legales dictadas por el legislador y por el constituyente en defensa de supremos derechos de las personas.

"2o. Derogado el Decreto 2369 de 1960 que exigía, para la aprobación de préstamos a funcionarios, la aprobación unánime de la Junta Directiva previo concepto del Revisor Fiscal, el Decreto 2461 de 1980, recogió la materia pero dentro de parámetros diferentes a los contenidos en el Decreto 2369 de 1960. En efecto la nueva norma mantiene la exigencia de la aprobación unánime de la Junta Directiva, eliminando el previo concepto del Revisor Fiscal y ya no delega al Superintendente la facultad de determinar los límites dentro de los cuales se pueden otorgar esta clase de créditos, sino por el contrario, establece que el total de ellos sólo podrá ascender al 100% del capital pagado y reserva legal a la Corporación.

"En el caso que nos ocupa, la nueva norma modificó sustancialmente los requisitos exigidos y por lo mismo la contravención que apareja su incumplimiento, manteniendo eso sí, el requisito de aprobación unánime de la Junta Directiva.

"La Superintendencia Bancaria consideró en su Resolución 4950 de 1981, que desató el Recurso de Reposición, que 'en lo referente a la necesidad de aprobación de la Junta Directiva para el otorgamiento de préstamos a funcionarios de la entidad es doctrina reiterada que dicha manifiestación *debe ser previa al otorgamiento del crédito*. Para sostener dicho criterio la Superintendencia cita un concepto relativo al numeral 7o. del artículo 86 de la Ley 45 de 1923 y la circular No. 13 de 1973 que hace referencia a los préstamos que los bancos pueden conceder a sus directores y representantes legales.

"Evidentemente, al fundamentar la Resolución 4950 de 1981 en la aplicación de normas dictadas para bancos y no para corporaciones financieras, que están regidas por disposiciones legales especiales la Superintedencia *creó, por vía analógica una contravención no contemplada en las normas legales*, violando el artículo 7o. del Código Penal que dice así:

"Artículo 7o. Exclusión de analogía. Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal.

"De la lectura de la Resolución No. 4950 de 1981 queda muy claro que la 'doctrina' de la Superintendencia Bancaria en el sentido de que la aprobación de la Junta Directiva debe ser previa, viola indirectamente el principio de tipicidad consagrado en los artículos 2o. y 3o. del Código Penal que determina expresamente que 'la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca, y la prohibición expresa del artículo 7o. del mismo código que excluye la posibilidad de interpretar por la vía analógica los principios de la ley penal.

"En consecuencia, ni la Superintendencia Bancaria ni ninguna otra entidad administrativa puede llegar en su interpretación de la ley más allá que la ley misma. En auto del 28 de junio de 1941, se dice que *la ley penal es ciertamente de aplicación restrictiva* y en auto del Honorable Consejo de Estado de junio 20 de 1962, XCIX, 384, se dice, refiriéndose a las disposiciones preliminares del Código Penal que, de acuerdo con esos principios, cuyo desconocimiento, sin duda, apareja la violación directa del expresado texto constitucional, *para que un hecho pueda entenderse como infracción penal, bien sea en orden a delito o contravención, preciso es que la ley le haya dado ese carácter*, conminándolo, dentro de la misma norma que lo disciplina con la respectiva sanción". (Los subrayados son del apoderado).

"En igual sentido estableció el artículo 1o. del Código Penal que 'nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible'. Y el Código Civil en el artículo 27 señala que 'cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu'.

"3o. Parece claro que la Superintendencia Bancaria, no podía como pretendió, mediante la aplicación analógica de sus doctrinas 'reiteradas' para cosas similares de los bancos, modificar a su arbitrio, la tipicidad de una contravención que surge de la inobservancia de una norma dictada expresamente para las corporaciones financieras si el Decreto 2369 de 1960 establecía en forma inequívoca el requisito de 'aprobación unánime de la Junta Directiva' para estas operaciones, era ese precisamente el requisito cuya inobservancia daba lugar a la contravención. Pretender, por vía de interpretación o de doctrina, hacer más gravosa la exigencia legal, requiriendo que esa aprobación sea además previa, excede las funciones y atribuciones de la Superintendencia. Si la intención de la norma hubiese sido que tal aprobación fuese previa, así lo habría señalado, como lo hizo con el concepto del Revisor Fiscal.

"Más aún, cuando en la nueva norma —el Decreto 2461 de 1980— se recogió la misma materia, tampoco se requirió que la aprobación de la Junta Directiva fuera previa, ya que el interés que la norma pretendía tutelar se lograba exigiendo a los administradores el acatamiento a los trámites que la misma junta estableciera internamente.

"Desaparecida la exigencia del 'concepto previo del Revisor Fiscal' mediante la derogatoria del Decreto 2369 de 1960, quedaba únicamente el requisito repetido en el Decreto 2461 de 1980, esto es 'la aprobación unánime de la Junta Directiva', el cual se cumplió como reconoce la misma Resolución 6770 de 1980 y según consta en las Actas Nos. 21 y 23 de enero y marzo de 1980 correspondientes a las reuniones ordinarias de la Junta Directiva de Progreso Corporación Financiera S.A. Según lo expuesto, la motivación de las Resoluciones 6770 de 1980 y 4950 de 1981 conlleva además, una defectuosa calificación de los hechos que les sirvieron de base, lo que implica violación de la regla de derecho invocada.

"Al darse aprobación a estas operaciones por la Junta Directiva en fecha posterior a su otorgamiento, se estaba dando aplicación a los términos ordinarios establecidos por la misma Junta Directiva la cual en diferentes oportunidades ha determinado el procedimiento para la tramitación de operaciones de crédito de la Corporación. Desde noviembre 29 de 1978, Acta No. 002, se autorizó a la Presidencia para aprobar créditos hasta $ 4 millones y US$ 100.000, límite que fue ampliado en repetidas oportunidades hasta mayo 13 de 1981 cuando en el Acta No. 039 de esa fecha se autorizó al Presidente para aprobar créditos hasta de $ 10 millones y US$ 200.000. Estas aprobaciones que efectúa la Presidencia por delegación expresa de la Junta, son posteriormente ratificadas por la misma Junta, como ocurrió con los créditos concedidos en octubre 23 de 1979 a cuatro funcionarios de la Corporación por un valor de $ 400.000 según consta en las actas arriba mencionadas".

Normas violadas y concepto de la violación

Considera el demandante que la Superintendencia desconoció las siguientes normas jurídicas superiores:

a) Los artículos 26 y 27 de la Constitución Política que consagra el sabio principio de la legalidad de las sanciones: *nullum crimen sine lege y nulla pena sine lege.*

b) El artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 al dar aplicación a una disposición ya derogada.

c) El Decreto 2461 de 1980, artículo 6o., numeral 2o., y parágrafo 2o. que derogó expresamente el Decreto 2369 de 1960 y que exige aprobación de la Junta Directiva, más no aprobación *previa.* Puede ser posterior.

d) El Código Penal en sus artículos 2o. y 3o. que establecen la tipicidad de las conductas punibles, y

e) El artículo 7o. ibídem que prohíbe la aplicación analógica de las normas penales.

Impugnación

Aun cuando la Superintendencia Bancaria se constituyó como parte impugnadora en este proceso su actuación fue reducida, limitándose a solicitar como prueba el envío de toda actuación administrativa que dio origen a los actos acusados, prueba que fue ordenada y practicada en el proceso.

Vista Fiscal

El señor fiscal tercero ante esta Corporación considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

"Las normas positivas aplicables

"El fundamento jurídico de la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria se contrae casi exclusivamente a dos normas:

"a) El ordinal 5o. del artículo 5o. del Decreto 2369 de 1969 que preceptúa:

"Artículo 5o. Las Corporaciones Financieras estarán sometidas a las siguientes limitaciones. . ."

"5o. Los créditos, descuentos y préstamos de cualquier clase de las corporaciones financieras a sus directores, gerentes, funcionarios y empleados, *requerirán la aprobación unánime de la Junta Directiva, previo concepto del Revisor Fiscal*".

Y la sanción aplicable para esta hipótesis punible es del siguiente tenor literal, dentro del aparte cuarto de este ordinal, así:

"Cualquier corporación financiera o su director, gerente funcionario o empleado que viole las disposiciones del presente numeral, incurrirá por cada vez, en una multa impuesta por el Superintendente Bancario, igual al monto del crédito, préstamo o descuento".

Debe observarse que la vigencia de las normas anteriormente transcritas rigió hasta el 16 de septiembre de 1980 en que fueron derogadas expresamente y en su totalidad por el Decreto 2461 de 1980 y en especial por su artículo 13 que preceptuó:

"Artículo 13. En el caso de infracciones cuya sanción no está prevista en normas especiales, el Superintendente Bancario podrá imponer previa solicitud de explicaciones, a la corporación, a sus directores o administradores al Revisor Fiscal o cualquier funcionario de la misma por violación de la ley, a sus estatutos o a cualquier otra norma que deban estar sometidos, multas sucesivas hasta por la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000) moneda legal, cada una.

"El Superintendente podrá además exigir la remoción inmediata del infractor y comunicará esta determinación a todas las entidades vigiladas".

Debe anotarse también que, como lo afirma la Resolución 4950, existe la Circular número 13 de 1973 cuyo artículo 4o. preceptuó:

"4o. Los directores y representantes legales de los bancos podrán hacer uso de los servicios bancarios que dichas entidades ofrecen al público y obtener créditos mayores de $ 500 tales establecimientos, con aprobación *previa* de la Junta Directiva, quien la emitirá por resolución adoptada sin contar con el voto del director correspondiente ". (Subraya la fiscalía).

"La constancia escrita no es otra cosa que el acta de la reunión respectiva.

"Sin embargo el Ministerio Público considera respecto de ésta circular que ella no sería aplicable a la entidad actora por cuanto esté dirigida a los *directores y representantes de los bancos* y el tratamiento legal de las corporaciones financieras es específico

de éstas entidades como puede observarse de las normas anteriormente transcritas previstas para sancionar a las corporaciones.

"Para el Ministerio Público la cuestión es simple, la hipótesis punitiva se tipificó el 23 de octubre de 1979 (préstamos a las directivas). Ver cita del apoderado folio 5, párrafo 1o.) y esta se sancionó el 13 de enero de 1981 día de notificación de la Resolución sancionatoria No. 6770 de 29 de diciembre de 1980, tiempo suficiente para que se generara una prescripción. Sin embargo ésta no fue solicitada en forma expresa dentro del proceso y por lo mismo la actora no puede gozar del beneficio de esta institución que debe ser aplicada en forma rogada y no oficiosa.

La indebida aplicación del Decreto 2369 de 1960

"En el momento de notificarse la sanción, (13 de enero de 1981) la tipificación del hecho, como transgresión de tipo correctivo financiero, había desaparecido en virtud del Decreto 2461 de 1981 si nos atenemos al tenor literal del artículo 22 que ordenó:

"*Artículo 22.* Este decreto deroga los Decretos 2369 de 1960 (Subraya la Fisalía), 399 de 1975 y rige desde la fecha de su expedición.

"Dado en Bogotá, D. E. a 16 de septiembre de 1980. (Ver Diario Oficial, lunes 29 de septiembre de 1980, página 765, primera columna).

"En estas circunstancias es lógico deducir que el fundamento legal (Decreto 2369 de 1960) que sustenta las resoluciones acusadas, en cuanto la razón de la sanción se montaba sobre la inobservancia de requisitos de aprobación para otorgar préstamos a directores, gerentes, funcionarios y empleados de las corporaciones financieras había desaparecido por la derogatoria expresa en 16 de septiembre de 1980 y la Superintendencia Bancaria al tipificar la hipótesis infractora y sancionarla en 29 de diciembre, 13 de enero y 2 de septiembre de 1981 excedía sus autorizaciones y su capacidad para imponer sanción con esos fundamentos. Como diría el Consejo de Estado Francés en estos casos, el acto administrativo *'carece de base legal'* y por lo mismo es anulable y desde luego no atendible, la afirmación de la Superintendencia Bancaria en la Resolución 4950 de 2 de septiembre, expresada en los siguientes términos:

". . . consideramos que la sanción a aplicar es la contenida en el numeral 5o., artículo 5o. del Decreto 239 de 1960 tal como lo contempla la resolución recurrida".

Tanto la tipicidad de la falta (primer aparte, ordinal 5o., Decreto 2369 de 1960) como la sanción que a ella se aplicaba (ver ordinal 5o. aparte 3o. del mismo decreto) desaparecieron del mundo jurídico y dieron lugar a nuevas hipótesis así:

"Para la tipicidad de la infracción, el parágrafo segundo del nuevo Decreto 2461 de 1980 preceptuó:

"Parágrafo segundo. Para la aprobación de las operaciones que se refieren los numerales 2o. y 30 del presente artículo se requerirá la decisión unánime de la Junta Directiva de la Corporación".

Y para el señalamiento de la sanción a las corporaciones, tipificadas dentro de la hipótesis transgresora del ordenamiento financiero, el mismo decreto estableció en forma genérica y no específica en el artículo 13:

"Artículo 13. En el caso de infracciones cuya sanción no está prevista en normas especiales, el Superintendente Bancario podrá imponer, previa solicitud de explica-

ciones, a la corporación, a sus directores o administradores, al Revisor Fiscal o cualquier funcionario de la misma por violaciones de la ley, a sus estatutos o a cualquier otra norma que deban estar sometidos, multas sucesivas hasta por la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000) moneda legal, cada una", lunes 29 de septiembre de 1980, página 764 columna 3.

"Por estar tipificada en forma precisa la transgresión y establecida la sanción para la misma, debía aplicarse estrictamente en esta materia de tipo administrativo correctivo de carácter financiero, el principio que campea en el Título III de la Constitución, del debido proceso, ínsito en su artículo 26 por cuanto fue el mismo administrador, gobierno, quien lo determinó al tenor del Decreto 2369 de 1960 al señalar la hipótesis, artículo 5o. ordinal 5o., y, la sanción a que esta correspondía, aparte 4o., numeral 5o. artículo 5o. Así lo hizo la Superintendencia al proferir sus actos pero cuando ya la norma había desaparecido del mundo jurídico, encontrándose entonces con que la hipótesis específica había sido modificada y también la cuantía de la sanción en virtud del nuevo decreto según el cual a términos de la misma resolución 4950 la situación es diferente a la que se presenta en el 2461, por cuanto en esta norma solo se establece sanción específica cuando la corporación exceda el límite del 100% de capital pagado y reserva legal establecido en el numeral 3o., del artículo 6o. del decreto.

"Ya este ministerio se ha pronunciado sobre la aplicabilidad para el Derecho Administrativo Correctivo de tipo financiero del Título III de la Constitución en el cual se establecen las garantías para los particulares y que son extensivas a todas las ramas del derecho en especial el penal y como corolario y de la misma familia el administrativo correctivo. Estando en juego por efecto de la *pena* o la sanción las garantías individuales, no le es posible al juez administrativo desconocer ni el debido proceso ni como en el caso *sub-júdice*, el principio de *nullum crimen sine lege*, y de *nulla pena sine lege*, ni el de la prescripción, perención y desaimiento de los actos del Estado, (ver los conceptos números 195 del proceso número 8702, Ponente doctor Bernardo Ortíz Amaya, y 214 del proceso número 8531, Ponente doctor Gustavo Humberto Rodríguez).

"Las conclusiones de la demanda son pues, atendibles desde el punto de vista de la violación de las normas superiores, porque la Superintendencia Bancaria en el momento de proferir los actos acusados no estaba autorizada por las normas en que los fundamentó puesto que éstas estaban derogadas por otro estatuto, y la circular en que se fundamentaba no podía referirse a las corporaciones sino a los bancos y porque si pretendía con la última resolución aplicar la sanción a la hipótesis del Decreto 2369 de 1960 ella misma confesaba que ésta era bien diferente.

"La conclusión del Ministerio Público es la de que las pretensiones del actor están llamadas a prosperar".

Consideraciones de la Sala:

La Sala se aparta del razonamiento del señor fiscal tercero en este asunto:

"Los elementos jurídicos y fácticos de la contienda son esencialmente cuatro: la corporación financiera actora en este proceso estaba sometida a un régimen determinado de prohibiciones y restricciones: el que corresponde al Decreto 2369 de 1960. En particular su artículo 5o., numeral 5o. establecía la necesidad de que los créditos otorgados a sus directores, gerentes, funcionarios y empleados, requerirían la aprobación unánime de la Junta Directiva y el concepto previo del revisor fiscal. En el mes de septiembre de 1980 el Gobierno dictó el Decreto 2461 de ese año, norma que derogó expresamente el Decreto 2369 de 1960 y dispuso en su artículo sexto que para otorgar créditos a sus directores, gerentes, funcionarios y empleados se requeriría aprobación unánime de la Junta Directiva. Como bien puede observarse tanto la norma de 1960

como la de 1980 han exigido la aprobación unánime de la Junta Directiva. Sin embargo, la actora otorgó préstamos a sus directores sin obtener la aprobación previa de la Junta Directiva. Para sustentar esta omisión consiguió una aprobación posterior, pero es natural que cuando la ley habla de la necesidad de obtener aprobación de la junta, se refiere a un requisito *previo*, anterior al acto, a fin de que éste sea plenamente válido y legal.

"Por esta razón, la Superintendencia Bancaria, el 29 de diciembre de 1980 impuso una sanción a esta empresa y aún cuando invocó una norma que había sido derogada expresamente es claro también que los préstamos se otorgaron a sus gerentes y funcionarios sin observar ni las formalidades que exigía la disposición derogada (aunque vigente al momento de la concesión del préstamo) ni las que exigía la norma que entró a regir a partir de septiembre de 1980.

"Es cierto que en materia de derecho administrativo policivo operan algunos principios fundamentales del derecho penal, pues bien es sabido que las penas se aplican a veces como resultado de la comisión de delitos y otras en el marco de las contravenciones. En materia contravencional lo mismo que en materia delictual existen dos reglas de incuestionable aplicación en todo estado de derecho: a) no hay contravención sin ley ni sanción sin ley, y b) la ley posterior siendo más favorable prevalece sobre la ley anterior. No obstante en el caso de autos estos principios no exoneran a la actora de responsabilidad ni le condenan la sanción. Tanto bajo el imperio de la ley anterior como bajo el impero de la posterior se exigía aprobación de la junta directiva. Si bien se suprimió el concepto previo del Revisor Fiscal, la falta se configura aun en ausencia de este requisito.

"Cabe insistir que aunque la corporación financiera sí obtuvo aprobación unánime de la Junta Directiva de los préstamos otorgados a sus funcionarios y gerentes, esta aprobación no puede considerarse como válida pues es elemental que los Decretos 2369 de 1960 y 2461 de 1980 se refieren a una aprobación previa pues no tendría sentido una interpretación diferente que hicese valer actitudes de una junta directiva enfrentada a hechos cumplidos. Por ello, tiene razón la Superintendencia en haber expedido circulares interpretativas donde se precisa que la aprobación unánime de créditos con funcionarios al servicio de las entidades financieras debe producirse con antelación a la operación y no con posterioridad a la misma decisión. Aunque estas circulares, tal como aparece en el expediente y como bien lo observa el señor fiscal no fueron dirigidas a las corporaciones financieras, sino a los bancos, su alcance es tan natural y obvio que esa misma interpretación debe aplicarse aún en ausencia de tales circulares.

"Por ello las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar".

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

FALLA

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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

PATENTE DE INVENCION.— Procedimiento que debe seguirse para efectos de la Admisión de la solicitud de patente (artículos 543 a 546 del Código de Comercio).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciseis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**

Proyectó: Abogado Asistente Doctor Carlos Urán.

Expediente: **No. 4200.**

Actor: **Stauffer Chemical Company.**

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción contemplada en la Ley 167 de 1941, la Sociedad Stauffer Chemical Company, por medio de apoderado, solicita la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 95 de 5 de abril de 1974 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y 655 de 26 de mayo de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico. Como restablecimiento del derecho solicita "el privilegio de patente para la denominada NUEVA APLICACION INDUSTRIAL DE TIOCARBAMATOS UTILES COMO HERBICIDAS.

En la correción de la demanda se incluye la petición de nulidad de la Resolución 083 de 9 de junio de 1976 de la misma División de Propiedad Industrial y pide, además, como restablecimiento del derecho, que se ordene a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio publicar el extracto de la mencionada solicitud de patente de Stauffer Chemical Company, una vez hecho lo cual deberá continuarse el trámite establecido por el artículo 548 del Código de Comercio (folio 219 vto.).

I. **Los actos demandados**

a) La Resolución No. 95 mencionada niega la solicitud de patente de invención formulada por la demandante. Para ello, después de reconocerse la personería al apoderado, "se le corrió traslado de 30 días para que se pronunciara acerca del concepto técnico No. 1114 de fecha 29 de agosto de 1972, en el cual se recomienda negar el privilegio solicitado". Esta resolución está basada en el artículo 538 del Código de Comercio, que expresamente prohibe conceder patente de invención para los medicamentos de uso vegetal.

b) La Resolución No. 083 de 9 de junio de 1976 decidió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, a la que confirma, toda vez que "el objeto de la solicitud no es susceptible de patentabilidad".

c) La Resolución No. 655 de mayo de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico desató el recurso de apelación interpuesto contra la primera, a la que confirma en todas sus partes. Esta resolución se fundamenta en el artículo 5o. de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, incorporado a nuestra legislación por el Decreto 1190 de 1978, que nuevamente introduce prohibiciones semejantes a las ya contenidas en el artículo 538 del Código de Comercio, y en todo caso la relativa a los medicamentos de uso vegetal.

II. **La demanda**

a) Como hechos el demandante narra los relativos al procedimiento que culminó con la expedición de las resoluciones acusadas, agregando que también contra la Resolución No. 95 fue interpuesto oportunamente el recurso de reposición.

b) Como disposiciones violadas el demandante cita las siguientes: el artículo 5o. de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 534 del Código de Comercio. En el escrito de corrección de demanda se agregaron las siguientes normas: artículos 40 de la Ley 153 de 1887, 536 y 548 del Código de Comercio.

c) El concepto de violación está basado en lo siguiente: la violación del artículo 5o. de la Decisión 85 se dio, según la demanda, porque sirvió de fundamento a la Resolución 655 acusada cuando no podía ser aplicable porque la solicitud de patente se presentó en el momento en que aún no regía dicha decisión. Por la misma razón se dio la violación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

En cuanto a la violación de las normas citadas del Código de Comercio, ésta se habría producido por lo siguiente: el artículo 534 por no haber sido aplicado, pues la solicitud cumple con sus exigencias; los artículos 536 y 537, también por no haber sido aplicados y, finalmente, el artículo 548 porque según él, si la solicitud reúne los requisitos de los artículos 543 a 546 del mismo Código, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio tiene obligación de ordenar la publicación de un extracto de la solicitud y continuar con el trámite indicado en dicho artículo. Dice la demanda que, en cambio, "No aparece ninguna indicación de la razón por la cual no se dio el trámite que establece la ley. En lugar de ello aparece simplemente a continuación de los documentos que provienen del solicitante o de su apoderado un concepto técnico distinguido con el número P-1114", concepto que la demandante no califica como técnico.

Como parte del concepto de violación se incluye también la falsa o errónea motivación al haberse fundamentado las resoluciones en un concepto que no es técnico, pues trata de asuntos jurídicos. Concluye así: "la extraña mixtura que resulta de confundir los requisitos intrínsecos de patentabilidad con las demás condiciones de carácter legal conduce a la falsa o errónea motivación que justifica este cargo de nulidad" (folio 222 vto.).

III. Alegato de las partes

La demandante insiste en su escrito de conclusión, el único presentado, en que en el caso concreto no se observó el procedimiento ordenado por el Código de Comercio.

IV. Concepto fiscal

El señor fiscal primero del Consejo de Estado conceptúa que "encuentra válidas las razones de la Administración para no haber accedido a las peticiones de la sociedad actora, por lo cual conceptúa que se deben negar las pretensiones de la demanda".

V. Consideraciones de la Sala

Los artículos 543 a 546 del Código de Comercio establecen el procedimiento que debe seguirse para efectos de la admisión de la solicitud de patente.

Así, el artículo 543 establece lo que debe contener la solicitud, el 544 dice lo que debe acompañarse a ella, el 545 exige que la descripción de la invención sea lo suficientemente clara y completa como para que "una persona versada en la materia pueda ejecutarla". Por último, el 546 prescribe que sólo puede concederse patente para una invención única o para un grupo de invenciones relacionadas en forma tal que constituye una unidad. Si falta alguno de los requisitos incluídos en los artículos antes señalados, se concederá un término de seis meses para completarlos, al cabo de los cuales, si ello no hubiere ocurrido, se considerará automáticamente abandonada la solicitud. (Artículo 547).

Pero si se reúnen los requisitos, según el artículo 548 se ordenará publicar un extracto de la solicitud, después de la cual en los 60 días siguientes "cualquier persona podrá presentar observaciones sobre el estado de la técnica que pueda afectar la novedad de la invención acompañando los documentos que respalden su afirmación". Vencido dicho término se elabora un informe preliminar motivado, que debe tener en cuenta las observaciones que se hayan formulado, informe que se hará conocer y que deberá expresar si previamente se ha presentado una solicitud o concedido en Colombia una patente para una invención equivalente. Sólo después de esto se le hace conocer al solicitante el informe preliminar, para que en los 30 días siguientes presente observaciones y documentos o redacte nuevamente las reivindicaciones. Vencido este término, se rendirá el informe definitivo, que culminará, si es el caso, con el otorgamiento del título de la patente en los términos de los artículos 549 y 550.

Se tiene entonces que si se reúnen las condiciones señaladas en los artículos 543 a 546 antes descritos, se debe ordenar la publicación de un extracto de la solicitud. En el caso *sub-júdice* sin embargo, no se respetó en esta parte el procedimiento.

En efecto, a folio 169 de la copia del expediente administrativo aportada al proceso se observa la última actuación del solicitante ante la División de Propiedad Industrial antes de que ésta iniciara el trámite respectivo. Pero en el mismo folio vuelto, se observa que no aparece por parte alguna la referencia a la publicación del extracto que debía haberse ordenado, ni el auto respectivo con la consideración pertinente, si es que no se llenaban los requisitos.

Aparece en cambio el contenido del concepto técnico No. P-1114 y un traslado al solicitante por un término de 30 días "para que se pronuncie al respecto". Dicho pronunciamiento es el contenido en los folios 171 y 172, después del cual aparece otro concepto, el No. P-0941, de la Oficina Técnica de Patentes, y finalmente en el folio 174 la Resolución 95 acusada.

Es claro entonces que se omitió la orden de publicación del extracto y que también se omitió el término de los 60 días siguientes en los cuales los terceros pueden presentar observaciones según lo prescribe el artículo 548, sólo después de lo cual se podía pensar en la elaboración del informe preliminar, constituído en el caso por los dos conceptos técnicos aludidos insertados desde el principio como antes se dijo.

Por lo tanto, tal omisión de lo prescrito por el artículo 548 del Código de Comercio es suficiente para que se ordene la nulidad de las resoluciones acusadas.

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, en desacuerdo con su colaborador fiscal,

FALLA:

1o. Se declara la nulidad de las Resoluciones Nos. 95 de 5 de abril de 1974 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y la No. 083 de 9 de junio de 1976 de la misma autoridad y, finalmente, la No. 655 de 26 de mayo de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico.

2o. Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio publicar el extracto de la solicitud de patente de Stauffer Chemical Company y continuar el trámite legal establecido.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve (9) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

EVALUACION DE PRUEBAS ACADEMICAS.— ACTOS ACADEMICOS.— Por sus características y modalidades escapan al control jurisdiccional contencioso administrativo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Dr. Samuel Buitrago H.**

Referencia: **Expediente No. 4555.**

Autoridades Nacionales.

Actor: **Hernán Rojas Orozco.**

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción y mediante apoderado judicial, el señor HERNAN ROJAS OROZCO pide que con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la decisión del Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia contenida en el literal b) del punto VI 'Asuntos de Preconsejo' del Acta número 37 de agosto 24 de 1983 en cuanto 'acoge la decisión del Consejo Directivo de la Facultad de Ingeniería en el sentido de ratificar la aplicación del artículo 3o. del Acuerdo 32 de 1979 al señor Rojas Orozco. Pierde el cupo".

"Segunda. Que es nula la decisión del Consejo de Decanos de la misma Universidad contenida en el numeral 9 del punto V 'Asuntos de Preconsejo' del Acta número 15 de junio 24 de 1983 en cuanto acoge el concepto de la Facultad de Ingeniería en el sentido de aplicar el artículo 3o. del Acuerdo 32 de 1979 al señor Hernán Rojas Orozco para perder su calidad de estudiante".

"Tercera. Que es nula la decisión contenida en el Acta número 08 de marzo 8 de 1983 del Consejo Directivo de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional en el punto ORDEN DEL DIA, ASUNTOS ESTUDIANTILES en cuanto establece que HERNAN ROJAS OROZCO, código 227877 . . . perdió el derecho a matrícula (Acuerdo 32 de 1979, artículo 3o.)".

"Cuarta. Que es igualmente nulo el artículo 2o. de la Resolución No. 180 de septiembre 14 de 1982 del Consejo Directivo de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Colombia, en cuanto ordena aplicar el artículo 3o. del Acuerdo 32 de 1979, por el cual pierden el derecho a la matrícula, los siguientes estudiantes de las diferentes carreras de la Facultad de Ingeniería":

"Quinta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, La Nación (Universidad Nacional de Colombia) debe ordenar la matrícula como alumno regular de la Facultad de Ingeniería, Departamento de Ingeniería Eléctrica, al señor HERNAN ROJAS OROZCO, en el semestre correspondiente y de acuerdo con su pénsum académico, con el fin de restablecer el derecho violado."

Para decidir acerca de la admisión de la demanda se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES:

Conforme el artículo 1o. del Decreto-Ley No. 82 de enero 22 de 1980, la Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento público de carácter docente e investigativo, autónomo, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propias, adscrito al Ministerio de Educación Nacional. Y según el artículo 3o. del mismo decreto, la autonomía que allí se consagra, es la capacidad jurídica y económica de la Universidad para organizarse, gobernarse y dictar las normas y reglamentos de carácter académico, docente, estudiantil y administrativo conforme a los cuales se realicen los fines que le son propios, dentro de la órbita constitucional y legal.

De tal manera que merced a esa autonomía, la Universidad Nacional cumple funciones tales como el señalamiento del calendario académico, planes de enseñanza e investigación, sistema de calificaciones, de exámenes y matrículas, títulos, grados y sanciones disciplinarias cuya aplicación le esté reservada por la ley o los reglamentos de la Universidad.

Ahora bien, cada una de las Facultades de la Universidad Nacional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto-Ley No. 82 de 1980, está dirigida por el Consejo Directivo y un Decano. El primero tiene entre sus funciones la de aplicar el reglamento estudiantil que rige para los estudiantes de pregrado de la Universidad, reglamento que consagra entre otras cosas, los derechos y deberes de los estudiantes, y todo lo relativo al régimen académico.

Conforme lo anterior, es claro que la Universidad Nacional como establecimiento público expide actos administrativos propiamente dichos, y también, según la preceptiva legal y reglamentaria que la gobierna, produce otros de tipo académico que por sus características y modalidades escapa al control jurisdiccional contencioso administrativo.

Y es que en verdad, no es técnico, ni jurídico, ni podría afirmarse con acierto, que una calificación obtenida en un examen por un estudiante de la Universidad, sea factible de demanda por la vía contenciosa; como tampoco una matrícula, o una sanción disciplinaria de carácter académico como la impuesta al actor en el caso presente en desarrollo de normas reglamentarias como las contenidas en los Acuerdos números 101 de 1977 y 32 de 1979 en cuanto hace al rendimiento en las asignaturas inscritas en un período académico. Además, es indiscutible que actos que tienen que ver exclusivamente con la autonomía académica, no lesionan derechos civiles ni administrativos. La Universidad adquiere con el estudiante el compromiso de educarlo, y éste el compromiso y la obligación de someterse a sus reglamentos. Las sanciones académicas hacen parte de la disciplina y se imponen cuando el estudiante falta a ella.

Es sabido que las acciones contencioso administrativas se orientan de modo fundamental a la protección de derechos civiles y administrativos que hayan sido violados o desconocidos por la Administración, y es claro que el estudiante que se matricula e

ingresa a la Universidad adquiere la obligación de someterse a sus reglamentos, pero no el derecho a que la Universidad lo tenga en su seno cualesquiera sean las circunstancias en que se coloque frente a ella. Por manera que si se anulara por esta jurisdicción una sanción disciplinaria de naturaleza académica impuesta a un estudiante, pues ciertamente que se estaría acabando con la autonomía académica de la Universidad y desconociendo su capacidad disciplinaria.

En el caso que hoy se somete a consideración de la Sala se observa en los propios actos acusados, que los hechos imputados al estudiante demandante son contra la disciplina interna de la Universidad en cuanto hace a evaluación de pruebas académicas en un período determinado. Y siendo ello así, surge con toda nitidez, que esos actos escapan al conocimiento del Consejo de Estado.

Y en tal virtud, por falta de JURISDICCION se NIEGA la admisión de la demanda presentada por conducto de apoderado por el señor Hernán Rojas Orozco.

El doctor Germán Buitrago Forero puede actuar en el presente asunto como apoderado judicial del señor Hernán Rojas Orozco en los términos del memorial poder conferido por aquél.

Cópiese, notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL, INTENDENCIAL, COMISARIAL, DISTRITAL Y MUNICIPAL.— Los Decretos Extraordinarios 2400, 3074 y 3135 de 1968, salvo algunas excepciones, no son aplicables en el orden departamental, intendencial, comisarial y distrital, ni municipal, porque la ley que revistió al Presidente de la República de las respectivas facultades, o sea la 65 de 1967, en lo atinente a ciertas materias no incluyó a las ENTIDADES TERRITORIALES y en cuanto a otras, el primer mandatario no las ejerció a pesar de tenerlas, con relación a ellas, a su organización y funcionamiento administrativos o a sus servidores. REGIMEN DE EXCEPCIONES.— 1) Sobre prestaciones sociales se benefician senadores y representantes por preverlo así el artículo 4o. de la Ley 5a. de 1969, que también lo extendió a los diputados y los del Decreto 3135 de 1968 que de conformidad con el artículo 32 del Decreto 546 de 1971, son aplicables a los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público "en cuanto no se opongan al texto y finalidad" de este último estatuto. 2) Sobre ingreso al servicio oficial. JUBILADOS DE LA RAMA LEGISLATIVA O DE LA RAMA JURISDICCIONAL.— Aplicación del Decreto 2400 de 1968, solo sobre reingreso al servicio. REAJUSTE PENSIONAL POR REINGRESO AL SERVICIO.— El artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 estableció el sistema que llama "de reajuste por reincorporación al servicio" en los casos a que se refiere el artículo 78 del mismo decreto, sin fundamento legal, es decir en sustitución del legislador, ordinario o extraordinario,

que es el único al cual la Constitución Nacional ha conferido en su artículo 76 (ordinal 9o. especialmente, en coordinación con el 62), facultad para dictar normas en materia de prestaciones sociales, sobre todo en cuanto a pensión de jubilación, para quienes desempeñen empleos públicos. El régimen prestacional de éstos es estrictamente legal. Cabe entonces respecto del citado artículo 79 aplicar la EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, que encuentra fundamento directo en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y 215 C. N. REAJUSTE DE PENSIONES DE JUBILACION A SENADORES Y REPRESENTANTES. Es aplicable el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961.

JERARQUIA NORMATIVA.— De conformidad con el artículo 240 del C. R. P. y M., que consagra el principio de la jerarquía de las reglas positivas de derecho, la de mayor categoría prevalece sobre la de rango inferior y debe por tanto, aplicarse de preferencia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintiuno (21) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: **Expediente No. 7307.**
Autoridades Nacionales.
Actor: **Joaquín Arboleda Valencia.**

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, el doctor Joaquín Arboleda Valencia, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código de lo Contencioso Administrativo, solicitó de esta Corporación la nulidad de las Resoluciones Nos. 4323 de 1979, 1647 de 1980 y 00484 de 1982, proferidas por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, las dos primeras y por la Dirección General de la misma, la última, en virtud de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de que disfruta el actor. Solicitó igualmente que por vía de restablecimiento del derecho se ordene a la mencionada entidad que reajuste dicha pensión y le pague los valores correspondientes.

Como hechos que sustentan la acción expone el actor los siguientes:

"1o.) JOAQUIN ARBOLEDA VALENCIA disfruta de pensión mensual vitalicia de jubilación que le decretó la Caja Nacional de Previsión Social por Resolución No. 0670 de 1975, desde el 15 de marzo de 1975 en que se retiró del servicio oficial.

"2o.) El mismo demandante fue elegido Diputado a la Asamblea Departamental del Cauca para el período de 1976 a 1978 y asistió a las sesiones ordinarias de 1976 y a las extraordinarias del mes de junio de 1977 y a las ordinarias del mismo año, en que venció el período para el cual fue elegido.

"3o.) Durante las sesiones de 1976 devengó la suma de $ 50.020 y por las de 1977 las siguientes: $ 10.000 ($ 5.000 de sueldo y $ 5.000 de gastos de representación) por las extraordinarias del mes de junio y por las ordinarias de octubre y noviembre, en cada uno de estos meses, $ 30.000 ($ 15.000 de sueldo y $ 15.000 de gastos de representación) y $ 30.000 de Prima de Navidad.

"4o. Con base en lo anterior, mi poderdante solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social que le reajuste su pensión de jubilación, al tenor de lo previsto en el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969.

"5o.) La Caja Nacional de Previsión Social, mediante las Resoluciones acusadas: 4323 de 26 de septiembre de 1979, 1647 de 13 de marzo de 1980, emanadas de la Subdirección de Prestaciones Económicas de aquella y 00484 de 25 de febrero de 1982 dictada por el Director General de la misma Institución, negaron el reajuste solicitado y con ellas se agotó la vía gubernativa.

"6o.) El último de estos actos fue notificado a mi representado el 15 de abril de 1982, según consta en la copia auténtica que acompaño.

Como disposiciones infringidas cita los artículos 1o. y 29 del Decreto 2400 de 1968, 7o., 78 y 79 del reglamentario 1848 de 1969, 3o. y 4o. de la Ley 5a. de 1969.

En torno a las anteriores disposiciones, el apoderado del demandante desarrolla el concepto de la violación, con el cual refuta la tesis de la Caja Nacional de Previsión que para negar el reajuste solicitado se fundamentó en que el actor violó las normas que prohiben a las personas retiradas del servicio oficial con derecho a pensión de jubilación, reintegrarse a él, a menos que se trate de ocupar las posiciones que indican los artículos 29 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, y 78 del reglamentario 1848 de 1969, entre las cuales no se encuentra la de diputado.

Tesis central de la demanda es la siguiente: Por mandato legal, quienes ejercen un cargo de elección popular (Congresistas y Diputados) gozan de las mismas prestaciones consagradas para los empleados públicos, incluyendo el reajuste previsto en el artículo 79 del decreto reglamentario; pero no están sujetos a la prohibición del artículo 78 del mismo decreto.

El mismo planteamiento hace el apoderado del actor en su alegato de conclusión. La Caja Nacional de Previsión designó apoderado para que la representara en el proceso, el cual reiteró la tesis de los actos acusados en el sentido de que el actor no tiene derecho a reajuste pensional por cuanto su reintegro al servicio constituyó una violación de la ley, cuya prohibición es aplicable a los diputados, pero no sus excepciones.

La señora Fiscal Quinto de la Corporación expresó su concepto de fondo en los siguientes términos:

"Se solicitó en la demanda, la nulidad de las Resoluciones Nos. 4323 de 26 de septiembre de 1979, 1647 de 18 de marzo de 1980 proferidas por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión y de la No. 00484 de la Dirección General de la misma entidad, mediante las cuales se negó al actor el derecho a reajustar o reliquidar la pensión por reintegro al servicio como Diputado a la Asamblea Departamental del Cauca durante el período 1976-1978.

"A nivel nacional, el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, prohibe a quienes se retiren con derecho a pensión de jubilación, reintegrarse 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, de Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de las misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios anteriores, siempre que el empleado no sobrepase la edad de los 65 años.

Posteriormente en el Decreto 1950 de 1973 y en el Decreto-Ley 1042 de 1978 se ampliaron los cargos que excepcionalmente pueden ocupar los jubilados.

"Como consecuencia de la excepción hecha, el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 contempló un mal llamado reajuste —porque en realidad se trata es de reliquidación— de las pensiones, por reincorporación al servicio en alguno de los cargos indicados, pero obviamente no se refirió a órdenes distintos del nacional ni a corporaciones de elección popular.

"Este beneficio no está contemplado en el Decreto 3135 de 1968 sino en su reglamentario y por tanto puede ponerse en duda su constitucionalidad y legalidad, pues a primera vista parece exceder el decreto-ley que reglamenta. Sin embargo, la Fiscalía no lo considera tampoco aplicable a este caso, pues en él nada se prevé acerca de reincorporación en cargos de elección popular y no sería viable la analogía.

"Indudablemente, en cuanto a cargos que pueden ocuparse por los pensionados en órdenes distintos del nacional, existe un vacío legal. ¿Quiere ello significar que no puede accederse a ninguno? No lo cree así la Fiscalía. Ocurre que mientras a nivel nacional existe una copiosa legislación en materia de prestaciones sociales y se producen por tanto innovaciones, los órdenes locales permanecen intactos y no se legisla en esta materia —que también a nivel local compete al Congreso o al Presidente de la República investido de facultades extraordinarias— a fin de lograr uniformidad.

"Ante esta realidad la Fiscalía entiende, que si el Decreto 2400 de 1968 s dictó exclusivamente para lo nacional, la prohibición de volver al servicio se refiere a cargos nacionales y no a los de otros órdenes, para los cuales nada se ha previsto expresamente.

"Aceptado el hecho de que los pensionados pueden reincorporarse a cargos del orden departamental y pueden ser miembros de corporaciones públicas de elección popular como las Asambleas Departamentales, debe admitirse también que tengan derecho a la revisión de su pensión cuando se retiren definitivamente del servicio, no por aplicación del artículo 79 del Decreto 1848 de 1979 que se refiere a los mismos del orden nacional, sino porque así lo prevé la Ley 171 de 1961 en su artículo 8o., estatuto que sí rige para todos los órdenes y no ha sufrido modificaciones en cuanto toca con lo departamental o municipal.

"El artículo 4o. mencionado, permite la revisión o reliquidación de la pensión siempre que la permanencia en los nuevos empleos sea de 3 años o más y se hará con base en el sueldo promedio devengado durante ese tiempo.

"Pero ocurre que el actor, para sustentar su pretendido derecho a la revisión de la pensión no invocó este artículo y parece que tampoco permaneció en el servicio 3 años, que es el mínimo contemplado en dicha ley para que nazca el derecho. Fue elegido Diputado a la Asamblea para el período 1976-1978 y sólo comprobó ante la Caja haber devengado dietas y gastos de representación durante los meses de junio, octubre y noviembre de 1977, ya que a comienzos de 1978 solicitó a esa entidad la revisión de la pensión.

"Como ello no es suficiente, ni lo sería aún con el período completo, para obtenerla, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando sean negadas las súplicas de la demanda".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Incurrió en error la Caja Nacional de Previsión al querer someter al actor a las normas que prohiben a los jubilados del sector oficial reintegrarse al servicio, puesto que ellas se aplican exclusivamente a los cargos de la Administración Pública Nacional.

Los Decretos Extraordinarios 2400, 3074 y 3135 de 1968, salvo algunas excepciones, no son aplicables en el orden departamental, intendencial, comisarial y distrital, ni municipal, porque la ley que revistió al Presidente de la República de las respectivas facultades, o sea la 65 de 1967, en lo atinente a ciertas materias no incluyó a las entidades territoriales y en cuanto a otras, el primer mandatario no las ejerció, a pesar de tenerlas, con relación a ellas, a su organización y funcionamiento administrativo o a sus servidores. Además, por lógica consecuencia, el Decreto 1848 de 1969 señala, en el artículo 7o., su campo de aplicación, restringido a los empleados oficiales de la Rama Administrativa, en lo nacional, así como limitó el de sus normas a los empleados públicos del mismo orden administrativo, el Decreto Reglamentario 1950 de 1973, en su artículo 1o.

Por lo dicho, el campo de aplicación de tales decretos no se extiende a las Ramas Legislativas y Jurisdiccional, salvo aquellos preceptos a los cuales remitan normas especiales, como es el caso de los que establecen el régimen prestacional, que beneficia a senadores y representantes por preverlo así el artículo 4o. de la Ley 5. de 1969, que también lo extendió a los diputados, es decir, a los miembros de corporaciones administrativas del orden departamental, como son las Asambleas, y los del Decreto 3135 de 1968 que de conformidad con el artículo 32 del Decreto 546 de 1971, son aplicables a los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, "en cuanto no se opongan al texto y finalidad" de este último estatuto.

Pero una cosa son las disposiciones que constituyen el régimen legal y reglamentario de las prestaciones sociales y otra las atinentes al ingreso al servicio oficial, las que establecen requisitos o condiciones para acceder a él, prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades. Cuando una norma ordena que se aplique a determinado sector del Poder Público o de la Rama Administrativa el régimen de prestaciones sociales establecido para otro, no está disponiendo que también se le aplique el sistema legal y reglamentario que rige para el segundo en materia de ingreso al servicio, aunque tenga relación con tales prestaciones.

De manera que si son aplicables a senadores, representantes y diputados, las normas del Decreto 3135 de 1968 y disposiciones que lo modifican, adicionan o reglamentan, en materia de prestaciones sociales, no lo es el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el 1o. del Decreto 3074 del mismo año, ni obviamente el 78 del reglamentario 1848 de 1969, que establecen, según reza el penúltimo de los citados preceptos, que "la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio". Por lo mismo, carece de aplicación respecto de senadores, representantes y diputados el régimen exceptivo consagrado en tales disposiciones; con relación a ellos no tiene sentido hablar de él.

Por lo demás, se trata de normas de carácter prohibitivo y, son por lo tanto, de interpretación y aplicación restringidas; no susceptibles de extensión analógica.

En síntesis, la prohibición contenida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y sus excepciones no son aplicables a los cargos de senadores y representantes, ni a los de la rama jurisdiccional y del ministerio público, como tampoco a los de las entidades territoriales, incluyendo el de diputado. Pero sí son aplicables la prohibición y las excepciones a quien se jubiló por servicios prestados en la Rama Legislativa o en la Jurisdiccional o a un departamento, intendencia, comisaría, municipio o al Distrito Especial de Bogotá y que pretenda ocupar un cargo en la Administración Pública Nacional.

Por consiguiente, el actor no violó la ley al ejercer el cargo de diputado a pesar de su condición de jubilado por servicios prestados en el sector público.

Quiere decir lo anterior que el actor tiene derecho a la revisión de su pensión de jubilación con fundamento en servicios prestados como diputado a la Asamblea Departamental del Cauca y de conformidad con el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969. No es ese el criterio de la Sala por las razones que se expondrán a continuación.

I. La distinguida Agente del Ministerio Público ha puesto en duda la constitucionalidad y legalidad de la disposición reglamentaria en la que fundamenta el actor su presunto derecho. El señor apoderado del demandante recuerda que el artículo 79 del decreto reglamentario fue demandado y que esta Sección, en sentencia del 21 de septiembre de 1971, negó la petición de nulidad.

Ciertamente. Pero mucho se puede decir acerca de la legalidad y constitucionalidad de dicha disposición, como también respecto del juicio que sobre ella se hizo en la citada providencia.

Previamente a los comentarios que habrá de hacer la Sala en torno a la legalidad y constitucionalidad del artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, precisa transcribir las disposiciones citadas o aludidas en la sentencia que denegó la anulación de dicho precepto y, en lo pertinente, el texto de esta providencia.

Dispone el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961:

"Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.

"La misma regla se aplicará al jubilado por una empresa particular, que haya sido o sea reincorporado por esta a su servicio o al de sus filiales o subsidiarias por el mínimo de tiempo indicado.

"Parágrafo. Cuando la reincorporación del pensionado por tres (3) años o más y su nuevo retiro hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la presente ley, la pensión revisada solo se causará a partir de dicha vigencia".

Por su parte el artículo 27 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 establece:

"Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

"No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.

"Parágrafo 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

"Parágrafo 2o. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre la edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto.

"Parágrafo 3o. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente se hallen retirados del servicio, con veinte (20) años de labor continua o discontinua, tendrán derecho cuando cumplan los 50 años de edad, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro".

Finalmente, el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 se expresa en los siguientes términos:

"Reajuste de la pensión de jubilación por reincorporación al servicio oficial. 1o. El pensionado que sea reincorporado a cualquiera de los empleos mencionados en el parágrafo del artículo 78 de este decreto, tiene derecho a que se le reajuste la pensión de jubilación, en la cuantía señalada en el artículo 73, a partir de la fecha en que se separe del nuevo empleo, desempeñado, mediante reliquidación que se hará con base en el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si éste fuere inferior a un (1) año".

La citada sentencia del 21 de septiembre de 1971, luego de transcribir el artículo 29 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, dice:

"Como puede verse, la ley prohibe el reintegro al servicio de los empleados administrativos jubilados, con las excepciones anotadas. Quiere ello significar que la Ley 171 de 1961 que admitió la posibilidad de reintegrar al servicio y en consecuencia la revisión de la pensión cuando el empleado permanezca por más de tres años en la nueva vinculación, se encuentra claramente modificada, en este aspecto, por sustracción de materia.

Sin embargo, como el Decreto 2400 de 1968 trae excepciones, parece que éstas ya no se rigen por la citada Ley 171. Se aplica entonces, para liquidar nuevamente la pensión el artículo 27 del Decreto 3135 del mismo año de 1968 y en consecuencia al estatuir el artículo 79, enjuiciado, que esta reliquidación se hará con base en el promedio de los sueldos y primas devengados en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el empleo, si fuere inferior a un año, no está sobrepasando la potestad reglamentaria.

A simple vista se puede comprobar que el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 no reglamenta el 27 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 ni se fundamenta en él, pues esta norma no trata, como tampoco ninguna otra de este último estatuto, lo relativo a "reajuste" o revisión de la pensión de jubilación por reingreso al servicio. El artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 regula exclusivamente lo concerniente a la adquisicón del derecho a la pensión de jubilación, y al monto de ésta, por cumplirse cierta edad y 20 años de servicio. No prescribe dicho precepto, como lo hace la norma reglamentaria, que se tome en cuenta "el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos. . . *.durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si éste fuere inferior a un (1) año* (Subraya la Sala), pues contempla sólo el caso de quien prestó servicios por espacio de veinte (20) años.

La regla contenida en el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 sobre revisión o "reajuste" con base en cualquier tiempo de servicio, que teóricamente puede

ser de un día, no está contenida en ninguna disposición legal. Ni expresa ni tácitamente se encuentra esa regla en ninguna disposición del decreto reglamentario. No está contenida en él ni siquiera como principio general o como regla tácita. Con ella nada de la legislación vigente desarrolla o hace explícito la citada disposición reglamentaria, ni siquiera el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, puesto que lo contradice, más exactamente, pretende modificarlo o subrogarlo.

Compárese el tantas veces citado artículo 79 con el artículo 11 del Decreto Extraordinario 0542 de 1977, que crea un régimen especial en beneficio de los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, pero sin incurrir en los excesos de la disposición primeramente citada. Dice así:

"El reintegro a un cargo de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, solo da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo.

También con el artículo 3o. del Decreto Legislativo 309 de 1958, que establece:

"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".

De suerte que ninguna disposición reglamentaría que señale el tiempo de permanencia en el servicio, con posterioridad al reintegro, para que proceda la revisión o "reajuste" de la pensión de jubilación, puede tener fundamento en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que exige trabajo durante veinte años para adquirir, si se cumple el requisito de la edad, el derecho a dicha prestación.

Por parte alguna aparece entonces el fundamento legal del artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y, como se verá más adelante, no tiene piso constitucional que abiertamente viola ese orden jurídico fundamental.

II. La conclusión de que para liquidar la pensión de jubilación nuevamente, por vía de revisión o "reajuste", no se aplica la Ley 171 de 1961 sino el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, se saca en la sentencia de un parecer, se deduce de algo de que no está seguro el juzgador: "parece" que las excepciones del Decreto 2400 de 1968 ya no se rigen por la Ley 171 de 1961, dice el fallo. ¿Por qué?

Porque, según la sentencia, como la Ley 171 de 1961 permitía "el reintegro al servicio de los empleados administrativos jubilados", lo que prohibe el Decreto 2400 de 1968, "*con las excepciones anotadas*", aquellas, en lo atinente a "revisión de la pensión cuando el empleado permanezca por más de tres años en la nueva vinculación, se encuentra claramente modificada, en ese aspecto, *por sustracción de materia* (subraya la Sala).

No puede hablarse de sustracción de materia (que no podría producir el fenómeno a que se refiere la sentencia), si la norma que, según se dice en ella, la sustrajo permite el reintegro al servicio de *todos los pensionados oficiales*, que desde luego reunan los requisitos legales, cuando la ley los exija, a los cargos que ese precepto señala por vía de excepción. Con más razón y con más énfasis hay que negar esa supuesta sustracción de materia si quedó al margen de dicha prohibición todo el vasto campo constituido por los empleados oficiales de los departamentos, intendencias, comisarías, Distrito Especial de Bogotá y municipios de Colombia, a los cuales no se aplica el artículo 29 del Decreto Extraordinario 2400 de 1963 y obviamente el 78 del Reglamentario 1848 de 1969. A

esos innumerables empleos tienen acceso todos los antiguos servidores del Estado, jubilados, aun los nacionales, como empleados públicos o trabajadores oficiales. Téngase en cuenta que la prohibición no es para clase o categoría alguna de jubilados sino con relación a los cargos de la Administración Pública Nacional, con las excepciones previstas en el mismo artículo 29 del Decreto 2400 de 1968. Y esa prohibición, lo mismo que sus excepciones, rigen, como ya se dijo, para todos los jubilados del sector público, pero solo, se repite, en el ámbito de la Administración Pública Nacional.

Difícil entender que haya habido sustracción de materia para la ley, con tan vasto dominio, y no para el decreto reglamentario, al cual, en ese aspecto, le quedó únicamente el campo restringido que determinan las excepciones del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y que es parte mínima del de aquella, conformado, como ya se dijo, también por todos los cargos del orden departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal.

Cabría preguntar, ¿si no quedó materia en cuanto a revisión de pensiones para la Ley 171 de 1961, cómo podía quedar para el decreto reglamentario, con un campo de aplicación mucho más reducido. O, en otros términos, ¿de dónde sacó el decreto su materia sino de parte, y la más pequeña del campo de aplicación de la ley?

No quedó, pues, modificado y mucho menos derogado el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961 por el simple hecho de que se redujo su campo de aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, que este fenómeno de naturaleza puramente cuantitativa no puede afectar la vigencia de una regla de derecho en el tiempo. Ella sigue rigiendo aunque con un campo de aplicación menos amplio o más reducido. Tampoco fue derogado, ni podía serlo, el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961 por una norma de carácter subalterno, como es el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, ni es ese, desde luego, el criterio de la sentencia.

III. No pretende la Sala quebrantar en su decisión ni con los fundamentos de ella la institución de la cosa juzgada, que no tiene el rigor de lo absoluto, pues si bien establece límites, tiene los suyos propios.

No habrá entonces de fundamentar su decisión tomando en consideración aquellos conceptos por los cuales, según el fallo del 21 de septiembre de 1971, el artículo 79 del Decreto 1848 no violó el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, y en consecuencia, el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional; pero cabe enjuiciarla por otros conceptos, pues siendo una providencia que no declaró la nulidad de la disposición acusada, el efecto de la cosa juzgada está limitado a la "causa petendi". La disposición que no viola por un concepto una norma de rango superior puede infringirla por otro u otros conceptos. Bien dijo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 26 de abril de 1976, cuyo ponente fue el doctor Humberto Mora Osejo: "De ahí que el efecto de la sentencia proferida mediante acción de nulidad, como la propuesta, aunque "orga omnes", esté limitado por las disposiciones invocadas y los conceptos de violación, que sea jurídicamente posible promover una nueva acción contra un acto, declarado válido en juicio anterior, si los fundamentos jurídicos son diferentes". Esta doctrina es válida en aquellos casos en que no se ha demandado de nuevo la nulidad del acto o precepto de carácter administrativo no anulado en juicio anterior, pero en que se controvierte su legalidad o su constitucionalidad.

Pero ni siquiera se fundamentará la decisión de la Sala en la infracción misma al artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, sino a normas constitucionales distintas del artículo 120 (ordinal 3o.) de la Carta. Y es incuestionable que una disposición que no viola un precepto de superior jerarquía puede violar otro u otros.

Ahora, la regla de que se tome como base "el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos. . . durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si fuere inferior a un (1) año" (Decreto Reglamentario 1848 de 1969, artículo 79), no es de origen legal, no está incluído en ninguna disposición de ese orden en materia de pensión de jubilación, ni para efectos de su liquidación ni de su reliquidación, en este último caso con fundamento en servicios prestados por un jubilado del sector público.

Entonces, el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 estableció el sistema que llama de "reajuste" por reincorporación al servicio en los casos a que se refiere el artículo 78 del mismo decreto, sin fundamento legal, es decir, en sustitución del legislador, ordinario o extraordinario, que es al único al cual la Constitución Nacional, ha conferido, en su artículo 76 (ordinal 9o. especialmente), en coordinación con el 62, facultad para dictar normas en materia de prestaciones sociales, sobre todo en cuanto a pensión de jubilación, para quienes desempeñen empleos públicos. El régimen prestacional de éstos es estrictamente legal.

Solo mediante una ley se podía establecer ese sistema de "reajuste" pensional por reintegro al servicio en beneficio de los jubilados que desempeñen los empleos comprendidos por las excepciones a que se ha hecho referencia y al contener una regla de exclusiva competencia del legislador, al regular una materia reservada a éste por la Constitución Nacional, el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 viola dicho estatuto fundamental en sus artículos 62 y 76 (ordinal 9o. y numeral 10).

Infringe, pues, la citada disposición reglamentaria preceptos constitucionales no invocados por el demandante en el proceso que terminó con la sentencia del 21 de septiembre de 1971 y no tenidos en cuenta, por lo tanto, en dicho fallo.

Cabe entonces respecto del citado artículo 79 la excepción de inconstitucionalidad, que encuentra fundamento directo en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, según el cual los actos reglamentarios tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución ni a las leyes, y analógicamente en el artículo 215 de la Carta, pues si esa excepción procede en caso de incompatibilidad entre aquella y la ley, con más razón es aplicable cuando la norma incompatible con una constitucional no es legal sino de inferior jerarquía.

IV. Pero fuera del marco de toda discusión o examen sobre la inconstitucionalidad con un precepto legal vigente, como es el artículo 4o. de la Ley 171 de 1951, prevalece este, conforme lo dispone el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, sobre la norma de inferior jerarquía.

Sin aceptar los equivocados razonamientos y conclusiones de la sentencia que se ha comentado, recuérdese que dicha providencia no dice que el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961 fue derogado, sino que parece que no tiene aplicación a los casos excepcionales contemplados en el artículo 78 del Decreto 1848 de 1969.

Tampoco se podría admitir que la norma reglamentaria constituya un régimen exceptivo respecto del general establecido en la Ley 171 de 1961, pues aquel no puede ser menos que de creación legal. No puede una disposición crear reglas especiales que constituyan excepciones a preceptos de rango superior.

En sentencia del 13 de julio de 1982 dijo la Sala:

"Pero obsérvese que las reglas anteriores son aplicables sólo cuando las disposiciones son de igual jerarquía.

"Jurídicamente no es posible hacer prevalecer una norma subalterna sobre la superior jerarquía porque la primera es especial o posterior; por ejemplo, la ley sobre la Constitución o el decreto reglamentario sobre la ley. Por eso dice el artículo 12 de la Ley 153 de 1887: "Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes . . ."

Por su parte, el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal dice en su inciso primero: "El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior".

"De suerte que en el caso de oposición entre dos normas, el principio que se debe aplicar en primer lugar es el de la jerarquía y únicamente cuando las disposiciones son de igual categoría tiene aplicación el relativo al carácter posterior o especial de una de ellas. Si resultan incompatibles una norma superior y otra subalterna, cualquiera que sea el grado de generalidad o de especialidad de una u otra, o la época en que fueron dictadas, la primera prevalece siempre sobre la segunda; ésta entre otras cosas, sería inconstitucional o ilegal, según el caso.

"De modo que no tienen cabida las reglas antes enunciadas cuando se enfrentan ley y Constitución, decreto reglamentario y ley.

"Un criterio distinto, que quebrantaría el principio de la jerarquía de las leyes, en sentido material, no solo es contrario a nuestro ordenamiento legal sino que desquicia las bases sobre las cuales se asienta la organización jurídica del país. Ese principio establece el marco de constitucionalidad y de legalidad de los órdenes normativos inferiores respecto de los superiores: la ley tiene que ajustarse a la Constitución y el decreto reglamentario a la ley. Así como la Constitución es el molde que no puede romper la ley, ésta es el marco que no puede transponer el decreto reglamentario. Cada orden normativo toma firmeza, validez jurídica en el de superior jerarquía; en él se apoya y dentro de él se encuadra.

"No pueden, pues, prevalecer las disposiciones del Decreto 1950 de 1973 sobre las del Decreto 2733 de 1959 porque el uno es reglamentario y el otro extraordinario, es decir, tiene la misma jerarquía de una ley en sentido formal, esto es, dictada por el Congreso Nacional; en cambio el primero es de carácter subalterno.

"Y no es posible siquiera afirmar que las normas del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 constituyen una excepción a la regla general contenida en el artículo 24 del Decreto Extraordinario 2733 de 1959 puesto que se estaría aceptando que mediante la disposición subordinada se puede modificar la de superior jerarquía ya que se sustraería del campo de aplicación de la última un caso, una relación o un conjunto de relaciones jurídicas que le corresponden.

"Finalmente, cualquier disposición de carácter exceptivo respecto de una de superior jerarquía tiene que ser autorizada por ésta o por otra de por lo menos igual categoría" (Expediente No. 5735. Actor: Luis Francisco Pineda Pineda. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

De todos modos, de conformidad con el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, que consagra el principio de la jerarquía de las reglas positivas de derecho, la de mayor categoría prevalece sobre la de rango inferior y debe, por lo tanto, aplicarse de preferencia.

V. Finalmente y sin que se quiera convertir esta consideración en un fundamento decisivo o importante para el fallo, cabe anotar lo siguiente:

Si el artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 no quebrantara la Constitución y la ley, hipótesis contraria a toda evidencia y planteada solo en gracia de discusión, no tendría aplicación en lo que respecta a la cuestión controvertida porque dicha norma establece, con pretensión de ley, el reajuste de la pensión de jubilación exclusivamente para el caso en que un jubilado se reincorpore a uno de los cargos mencionados, por vía de excepción, en el parágrafo del artículo 78 del mismo decreto. No previó su aplicación a otros casos de reintegro al servicio y siendo norma de carácter especial, exceptivo, no sería susceptible de extensión analógica sino de interpretación y aplicación restringidas.

Ciertamente el artículo 4o. de la Ley 5a. de 1969 dispuso que se aplicara a senadores, representantes y diputados el régimen de prestaciones sociales que rige en la Rama Administrativa. Pero esa norma remite al régimen general, no a los regímenes especiales o de carácter excepcional. Téngase en cuenta que ese precepto establece que tales miembros de corporaciones públicas "gozarán de la mismas prestaciones o indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6a. de 1945, y demás disposiciones que la adicionen o reformen". La regla del artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 no está contenida en ninguna norma que reforme o adicione a la Ley 6a. de 1945 y no tiene tales alcances una disposición de índole reglamentaria. Tendría aplicación esa disposición en cuanto fuera desarrollo de una norma legal aplicable a congresistas y diputados.

El régimen aplicable a senadores, representantes y diputados y a los servidores de la Rama Administrativa, tanto en lo nacional como en el orden de las entidades territoriales, en materia de revisión o "reajuste" de pensiones de jubilación, con base en servicios prestados por un jubilado oficial, cuando no exista incompatibilidad legal, es el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961.

VI. En conclusión, en virtud de las anteriores consideraciones, no puede la Sala acceder a las súplicas de la demanda, que tampoco podría haber decisión favorable a las pretensiones del actor si hubiera citado la norma aplicable, esto es, el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, pues éste exige a los jubilados oficiales que se reintegren al servicio, permanencia en él por un lápso mínimo de tres años continuos o discontinuos, para tener derecho a la revisión de su pensión de jubilación. Y el actor no alegó ni demostró que llenara ese requisito.

En mérito de lo anterior, 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 colaboradora,

FALLA:

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 24 de febrero de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente; **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., secretario.

SUSTITUCION PENSIONAL.— DOCENTES.— Normas que regulan la Pensión de Jubilación. Sustitución como la vitalicia para los empleados públicos. Dichos preceptos legales son aplicables a los docentes.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Expediente No. 6825.
Autoridades Nacionales.
Actor: **Caja Nacional de Previsión Social (Oliverio Forero).**

La CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, por conducto de apoderado, haciendo uso de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (antes de la reforma) solicitó del Consejo de Estado que, previos los trámites legales pertinentes, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1o. Es nula la Resolución No. 3625 de noviembre 25 de 1980 proferida por la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social mediante la cual se decide un recurso de apelación y se revoca la Resolución No. 5256 de junio 15 de 1979 emanada de la Sub-Dirección de Prestaciones Económicas y se sustituye la pensión de MARIA BONIFACIA SANDOVAL DE FORERO en favor de OLIVERIO FORERO, ya identificados.

"2o. Como consecuencia de la nulidad propuesta se aclare por esa Honorable Corporación, que la Caja Nacional de Previsión Social no está obligada a reconocer y pagar la sustitución pensional vitalicia al señor OLIVERIO FORERO".

Los hechos que sirven de fundamento a las peticiones anteriores, son los siguientes:

"1o. Por medio de la Resolución No. 1223 de mayo 28 de 1973, el Ministerio de Educación Nacional concedió a favor de la señora MARIA BONIFACIA SANDOVAL DE FORERO una pensión de jubilación por la suma de $ 1.462.50 mensuales, a partir del 15 de diciembre de 1969, en su carácter de personal docente.

"2o. La señora MARIA BONIFACIA SANDOVAL DE FORERO, falleció el 16 de octubre de 1977.

"3o. El señor OLIVERIO FORERO, su esposo, elevó solicitud de sustitución pensional a la Dirección de la Caja Nacional de Previsión en escrito de fecha junio 12 de 1978.

"4o. Mediante Resolución No. 5256 de junio 15 de 1979, la Sub-Dirección de Prestaciones Económicas negó la Sustitución Pensional solicitada.

"5o. El interesado por interpuesto apoderado sustentó el Recurso de Apelación mediante escrito presentado el 18 de septiembre de 1979.

"6o. La Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social, profirió la Resolución No. 3625 de noviembre 25 de 1980 por la cual se decidió el Recurso de Apelación y revocó la Resolución No. 5256 de junio 15 de 1979 que había negado la sustitución pensional, resolviendo concederla en forma vitalicia.

"7o. Efectuada la investigación administrativa correspondiente, se establece que la resolución mencionada con la cual se reconoce la sustitución, fue dictada con desconocimiento de las normas legales y de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, por lo cual es procedente entablar la demanda de nulidad contra dicho acto".

Las normas violadas y el concepto de la violación aparecen relacionados a folios 17 a 18 del informativo.

Tramitado el negocio en esta instancia, después de que se corrió en traslado a la señora Fiscal Quinta de la Corporación, éste funcionario en la vista que corre a folios 40 a 44 hizo un examen de las normas que han concedido tanto la pensión de jubilación-sustitución como la vitalicia para los empleados públicos y con argumentos que la Sala acoge por ser acertados, llegó a la conclusión que aquellos preceptos legales son aplicables a los docentes, pero se equivocó en cuanto concluye que el caso de estudio se rige por la Ley 44 de 1977, pues no advirtió que cuando falleció la causante (16 de octubre de 1977), el mencionado estatuto aún no había sido expedido y, por lo tanto, no podría dársele efecto retroactivo. Empero, como en la providencia enjuiciada, dictada por la Caja Nacional de Previsión, se aplican para conceder al cónyuge *supérstite* señor Oliverio Forero, las Leyes 434 de 1971, artículo 19 que solo concede la pensión-sustitución por cinco años y no en forma vitalicia y la Ley 33 de 1973 que específicamente otorga la referida prestación a la viuda y no al viudo, la Sala se permite transcribir el estudio que la Fiscalía ha efectuado de las normas que regulan el caso de estudio, para concluir que aquellas disposiciones que dicho funcionario cita, con todo y que son de carácter general, deben aplicarse a los docentes que se encuentren en la situación de autos aunque con prescindencia de la ya citada Ley 44 de 1977 que por haber sido expedida el 14 de diciembre de 1977, esto es con posterioridad al fallecimiento de la causante, hecho que tuvo lugar el 16 de octubre del mismo año, no puede hacerse extensiva al caso de estudio. Luego es por esta razón y no por las expuestas en la demanda, por las cuales la Sala considera que el señor Oliverio Forero no tiene derecho a disfrutar de la pensión-sustitución de carácter vitalicio ordenada en la Resolución enjuiciada la cual deberá anularse por ser contraria a derecho, como en efecto se resolverá así en la parte normativa de esta providencia.

Conforme, pues, con lo expresado atrás, se procede a transcribir en aquellos apartes que son pertinentes, el concepto de la señora Fiscal Quinta de la Corporación:

"Ciertamente, aun cuando la actora fue pensionada por servicios prestados a la docencia, y la Ley 64 de 1947, junto con su decreto reglamentario regularon lo concerniente a sustitución pensional, concediendo tal derecho a la viuda del educador por dos años, cree la Fiscalía que habiéndose modificado las normas generales al respecto, para hacer más favorable la situación de los beneficiarios de la sustitución, no tienen por qué considerarse 'congelados', por decirlo así, los derechos de los beneficiarios en el caso de los docentes.

"Si precisamente la legislación especial ha obedecido al deseo de favorecerlos en algunos aspectos, por ejemplo el relacionado con la compatibilidad entre pensión y sueldo, resultaría contradictorio afirmar que las normas relacionadas con la sustitución de pensiones, permanecen vigentes y estáticas concediendo el derecho solamente por dos años, cuando en el caso de la generalidad de los empleados públicos ya está consagrada en forma vitalicia.

"Estima la Fiscalía, que al no haber sido actualizadas las disposiciones de 1947, pueden acogerse los beneficiarios de los docentes, a las normas generales más favorables, porque la legislación especial solo se justifica para favorecer a un grupo de servidores públicos, en razón de la índole de las labores que desempeñan, mas no para perjudicarlos excluyéndoles de un régimen general más benéfico.

"El artículo 7o. del Decreto 224 de 1972 se refirió a la sustitución pensional en el caso de muerte de un docente que aún no hubiera cumplido el requisito de la edad exigida para la obtención de la pensión, pero que hubiera trabajado 18 años, concediéndolo al cónyuge y a los hijos menores, mientras aquél no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor no llegue a la mayor edad, por un tiempo de 5 años.

"Esto en razón de que ya para esa época la sustitución pensional, según las normas generales —Decreto 434 de 1971— era de 5 años.

"Para este Despacho resulta contrario a la lógica pretender, que si la ley quiso en ese caso específico reconocer el derecho a la sustitución cuando aún no se habían cumplido los requisitos legales para disfrutar la pensión al ocurrir la muerte, lo estuviera negando o sometiéndolo a las normas de 1947, menos favorables, porque el derecho a la pensión se había consolidado y el docente fallecido lo estaba disfrutando.

"Debe entonces admitirse, que para esta última hipótesis, son aplicables las disposiciones generales más favorables que las anteriores expedidas en 1947.

"Estas son: el artículo 19 del Decreto 434 de 1971 que reza:

"Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los 5 años subsiguientes.

"Sin duda alguna el artículo transcrito consagró el derecho a la sustitución pensional por 5 años, en favor del cónyuge sobreviviente y sus hijos menores.

"Posteriormente fue modificado por la Ley 33 de 1973 que lo hizo vitalicio pero solamente para las viudas.

"Se creó entonces un vacío legal en cuanto a los viudos, interpretándose en el sentido de que éstos conservaban el derecho a la sustitución por 5 años, es decir, que el artículo 19 del Decreto 434 de 1971 continuaba vigente para los viudos y se modificaba para las viudas.

"Se expidió luego la Ley 12 de 1975 la cual en su artículo 1o. contempló nuevamente el derecho a la sustitución pensional para el cónyuge *supérstite*, o la compañera permanente de un trabajador particular o del sector público y sus hijos menores o inválidos, en el evento de que éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica exigida para gozar de la pensión, pero hubiere completado el tiempo de servicio necesario.

"No cabe duda de que la intención del legislador fue la de extender este beneficio al cónyuge *supérstite*, pues si lo concedía en condiciones precarias, es decir, sin que se hubiera cumplido el requisito de la edad, con mayor razón debía regir la misma regla cuando la pensión se había causado y disfrutado antes de la muerte del causante.

"Sin embargo, para evitar dudas, se expidió la Ley 4a. de 1976, la cual en su artículo 8o. hacía vitalicia la pensión para quienes tuvieran derecho causado o hubieran disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 434 de 1971, es decir, el cónyuge sobreviviente y no sólo la viuda.

"Este artículo fue declarado inexequible por la Honorable Corte Suprema de Justicia en lo tocante a empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por cuanto la iniciativa del proyecto no había sido del Gobierno sino del Legislador.

"Pero queriéndose una vez más subsanar el vacío, se expidió la Ley 44 de 1977, cuyo artículo 1o. repitió el precepto contenido en el 8o. de la Ley 4a. de 1977, pues de acuerdo con ésta la pensión de jubilación que venía siendo sustituida por cinco años, se tornó en vitalicia, de acuerdo con el criterio de esta Sección".

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 en parte, con el concepto fiscal,

FALLA:

ANULASE en todas sus partes la Resolución No. 3625 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social con fecha 25 de noviembre de 1980 de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 9 de marzo de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA.— SUPERBANCARIA.— A través de esta función las empresas privadas se sujetan a una permanente vigilancia en busca de tres propósitos: 1o. Control de Tutela. 2o. La defensa del orden público, económico y 3o. Evitar los abusos del Derecho.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: **Radicación 9350.** Nulidad de las circulares 13 de 5 de febrero de 1981 y 22 de 29 de marzo de 1982, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

Demandante: **Darío Laguado Monsalve.**

El ciudadano Darío Laguado Monsalve en ejercicio de la acción pública solicitó la nulidad de las circulares 13 y 22 de 5 de febrero de 1981 y 29 de marzo de 1982 respectivamente originarias de la Superintendencia Bancaria.

La primera de estas circulares fue dirigida a los presidentes, gerentes y revisores fiscales de las compañías de seguros y reaseguros y contiene un compendio de instruc-

ciones encaminadas a "introducir mayor claridad y uniformidad en el manejo y control de la contabilidad". La circular 22 se dirigió a las mismas personas como una ampliación de la anterior.

Normas violadas

"Considera el actor que los artículos 20, 55, 76 (numerales 1o. y 2o.), 79, 81, 86, 14, 15, 26 y 135 de la Constitución Nacional, pues opina que con las instrucciones dadas el Superintendente se ha abrogado indebidamente funciones que corresponden principalmente al Congreso. Inciso 1o. de la Ley 57 de 1931, artículos 1, 5 y 6 del Decreto 125 de 1976, artículos 27 y 31 de la Ley 105 de 1927, artículos 47 de la Ley 45 de 1923, artículos 48, 50, 51, 52, 53, 57, 59 y 2033 del Código de Comercio, artículos 3o. de la Ley 153 de 1887 y artículo 1602 del Código Civil, artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal, y 83 y 86 del Código Contencioso Administrativo. Considera el actor que en estas leyes no se faculta para dar instrucciones sobre el manejo contable de las compañías aseguradoras.

Parte impugnadora:

La Superintendencia Bancaria, por medio de apoderado se constituyó en parte impugnadora para oponerse a la pretensión de la demanda, destacando que el Decreto 655 de 1925 se encuentra vigente y que las circulares 13 y 22 no son reglamentarias del Código de Comercio sino fruto de la facultad de inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia sobre los establecimientos de seguros y reaseguros. Para el ejercicio de esa facultad resulta necesario determinar reglas contables para el debido control de los métodos y sistemas de contabilidad de las compañías vigiladas. Las normas legales que consagran la obligación de la Superintendencia Bancaria de ejercer la inspección y vigilancia sobre las compañías aseguradoras, establecen también por disposición expresa y por remisión a la Ley 45 de 1923, la potestad de reglar la contabilidad de tales empresas. (Ley 105 de 1927 y Decreto 655 de 1925).

Vista Fiscal:

La señora Fiscal Sexto ante esta Corporación considera igualmente que deben desestimarse las súplicas de la demanda.

He aquí los más importantes apartes de la vista fiscal:

"Para la Fiscalía no hay duda de que la inspección y vigilancia sobre las compañías de seguros que constitucionalmente corresponde al Presidente de la República, se encuentra delegada en la Superintendencia Bancaria y que ésta se ejerce en los términos de la Ley 45 de 1923. Así lo dispusieron los artículos 55 de la Ley 68 de 1924, 16 del Decreto 655 de 1925, 1o. y 27 de la Ley 105 de 1927 y así lo reiteró el artículo 1o. del Decreto Legislativo 125 de 1976.

"Coincidimos con la parte impugnadora en cuanto a la vigencia del artículo 16 del Decreto 655 de 1925, toda vez que como también lo anotó la señora apoderada, éste reglamentó el artículo 55 de la Ley 68 de 1924, que al contrario de lo que afirma el accionante, no fue derogado por la Ley 105 de 1927.

"En efecto, el artículo 55 de la citada Ley 68 no se abrogó expresa ni tácitamente, pues no se mencionó dentro de las disposiciones derogadas ni la materia de que trata fue regulada en forma íntegra por la Ley 105 y no contiene norma contraria a las estipulaciones de la nueva ley, antes bien, puede decirse que fue reproducido por ella y conforme lo dispone el artículo 72 del Código Civil, "la

derogatoria tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

"Con base en esta premisa, veamos si la Superintendencia Bancaria al impartir instrucciones relativas al manejo de la contabilidad de las compañías de seguros, excedió sus facultades.

"El artículo 47 de la Ley 45 de 1923 establece:

". . . el Superintendente dictará las reglas generales que deben seguir los bancos en su contabilidad, teniendo ellos la correspondiente libertad en sus métodos accesorios, siempre que estén dentro de dichas reglas generales y permitan apreciar fácilmente su verdadera situación".

"Y el artículo 87 de la misma ley:

"Todo establecimiento bancario conformará sus métodos de contabilidad y sus constancias a las órdenes que al respecto le haya dado el Superintendente, de acuerdo con el artículo 47 de esta ley. . .".

"Las disposiciones citadas no perdieron vigencia, como lo sostiene el accionante, con la expedición del Código de Comercio, pues quedaron incluídas en la excepción que el mismo Código hizo en su artículo 2033 y, además, prevalecen sobre sus prescripciones, como claramente se deduce del texto del artículo 2024 que dispone para las sociedades cuya vigilancia compete a la Superintendencia Bancaria, la obligatoriedad de las estipulaciones del Código, en cuanto *no pugnen* con las normas imperativas de carácter especial.

"Por otra parte, no puede confundirse la facultad de reglar la contabilidad de la entidad vigilada, atribuída a la Superintendencia Bancaria por la Ley 45 de 1923, con la potestad reglamentaria a que se refiere el numeral 3o del artículo 120 de la Constitución Nacional, en virtud de la cual el Gobierno Nacional puede reglamentar las disposiciones del Código de Comercio, tal como lo señala el propio estatuto en su artículo 2035.

"Las dos facultades son bien distintas; mientras la primera deviene de una habilitación que el legislativo hace al ejecutivo para facilitarle el cumplimiento de la función policiva que le corresponde, la segunda es el ejercicio de la potestad constitucional propia del ejecutivo de asegurar la cumplida ejecución de las leyes.

"Sobre este tema se ha pronunciado la jurisprudencia en los siguientes términos: "En ningún caso pueden confundirse con la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente, por el contrario, se trata de una función de policía administrativa atribuída por la ley a la Superintendencia Bancaria para que ejerza el control sobre los establecimientos de crédito".

"Cabe recordar que el origen de la inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia Bancaria está en los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional, que facultan al Presidente de la República no solo para inspeccionar sino para intervenir las actividades allí mencionadas y también en el numeral 7o. del mismo artículo 120, que le confiere potestades de suprema autoridad de policía administrativa.

"El ejercicio de tales facultades por parte de la Superintendencia Bancaria como también lo ha sostenido la jurisprudencia, implica una fiscalización permanente de los

negocios y actividades de los entes vigilados a través de visitas, informes, órdenes, sanciones e incluso la toma de posesión y liquidación, como para el caso de las compañías de seguros lo disponen los artículos 7o. y 27 de la Ley 105 de 1927, y para tal fiscalización es indispensable que pueda la Superintendencia impartir instrucciones obligatorias en materia tan importante como el manejo de la información contable que es la que en definitiva dará a conocer en forma completa y fidedigna el estado general de los negocios del ente vigilado.

"En este orden de ideas, en sentir de la Fiscalía la Superintendencia Bancaria al expedir las circulares acusadas, actuó en ejercicio de sus facultades y en consecuencia, no prospera el primer cargo de violación.

"En relación con la falta de promulgación de los actos cuya nulidad se impetra, debemos anotar que las circulares no son otra cosa que instrucciones dadas en forma personal por la Superintendencia a las entidades sometidas a su vigilancia y por consiguiente para vincular a éstas no se necesita publicidad diferente a la simple comunicación. Pero aún cuando ello no fuera así, un acto no es nulo por falta de promulgación, por cuanto ésta es requisito necesario para su aplicación y vigencia pero no para su validez pues en ninguna disposición legal se ha consagrado esta causal, extrínseca al acto, como motivo de nulidad.

"Por las razones expuestas, considera el Ministerio Público que la transgresión de las disposiciones citadas por el demandante, no tuvo ocurrencia y por ello solicita a la Honorable Sala DENIEGUE las súplicas de la demanda".

Decisión:

Tiene incuestionable importancia la opinión expresada por la señora fiscal. La Sala la acoge y la hace suya.

Una de las tareas centrales del poder público moderno es la que ejerce a través de la llamada policía administrativa económica. A través de esta función las empresas privadas se sujetan a una permanente vigilancia en busca de tres propósitos: 1) una tutela del derecho de terceros, lo que Renato Alessi denomina potestad tuitiva control de tutela; 2) la defensa del orden público económico por aquello de que el interés general prevalece siempre sobre el interés particular; y 3) finalmente evitar los abusos del derecho, vale decir, someter el derecho individual a un adecuado ejercicio.

Muchas son las formas como se ejerce esa función policiva: la más funcional en el Estado moderno, la revisión permanente y continua de los estados financieros de las empresas vigiladas.

La ley ha consagrado por esto poderes especiales a la Superintendencia Bancaria para que pueda realizar esa forma de control, tratándose de compañías de seguros:

1o. Los establecimientos de seguros y las compañías reaseguradoras están sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria: la Ley 105 de 1927 y las demás normas legales que regulan el tema han consagrado no solo que la Superintendencia Bancaria ejerce clara función de inspección y vigilancia de los establecimientos de seguros y reaseguros sino también que esta función se ejerce con arreglo a la Ley 45 de 1923.

2o. El artículo 47 de la Ley 45 de 1923 consagra una facultad expresa para que el Superintendente dicte las reglas generales que deben seguir las entidades sometidas a su vigilancia en materia contable.

3o. Finalmente, los argumentos de la señora fiscal y de la parte impugnadora sobre la vigencia de las normas que otorgan a la Superintendencia Bancaria la facultad señalada son incontestables.

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:

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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

DIVISAS.— POSESION.— Por principio es sancionable la posesión de divisas, a no ser que tal posesión esté encuadrada en una de las situaciones reguladas por el Estatuto Cambiario que lo permitan, caso en el cual subsiste aún la obligación de negociarlas en el Banco de la República según lo señalado por el artículo 4o. Por ende, el literal c) del artículo 5o. del Estatuto Cambiario no puede alegarse como fundamento para la posesión y/o negociación con dólares.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Roberto Suárez Franco.**
(Con la colaboración del doctor Carlos Urán).
Referencia: 3820.
Demandante: **Alfonso Bocanegra García.**

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción, por medio de apoderado, el señor Alfonso Bocanegra García, solicita la declaratoria de nulidad de las resoluciones números 169 de 2 de abril de 1980, 670 de 23 de julio de 1981 y 816 de 9 de septiembre de 1981, dictadas por la Superintendencia de Control de Cambios; como consecuencia pide se le restablezca en su derecho, ordenando el reintegro de las sumas que le fueron impuestas como multas, además del valor de los intereses que las mismas han debido producir desde la fecha en que fueron percibidos.

I. Los actos demandados

1o. La Resolución 169 de 1980 fue dictada por el Superintendente de Control de Cambios, en uso de las facultades concedidas por los Decretos-Leyes 444 de 1967 y 624 de 1974. Por medio de ella se impone una multa al demandante a favor del tesoro

nacional, por la suma de $ 2.206.030.80 equivalente al 60% del monto de la infracción cambiaria comprobada en la suma de US$ 86.450, equivalentes a $ 3.676.718 según el cambio del momento.

La resolución está motivada sobre la comprobación de los hechos consistentes en haber sorprendido al demandante con la suma de dólares antes mencionada en su poder, producto de un pago que, según se afirma, correspondía a la venta de un ganado y de un vehículo automotor. Como fundamento legal la resolución antes mencionada cita las normas pertinentes del Estatuto Cambiario, y del Código de Comercio.

2o. La Resolución 670 de 23 de julio de 1981 dictada por el mismo Superintendente decidió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, a la que confirma en todas sus partes.

3o. Por último, la Resolución 816 de 9 de septiembre de 1981 ordena que el Banco de la República expida cheque a favor del tesoro nacional por el monto de la sanción impuesta por la primera resolución y se le entregue el resto en su equivalente en pesos al demandante.

II. La demanda

1o. Como hechos refiere en esencia los siguientes: el demandante era acreedor del señor Manuel Cruz por la venta que en 1979 le había hecho de unos ganados y un vehículo automotor. Para pagarle, por intermedio de su esposa el deudor le canceló en dólares el valor correspondiente, los que sumaron la cantidad de US$ 86.450 acabando de recibirlos fue interceptado por agentes de la División de Información de la Policía Judicial —DIPEC— quienes le hallaron la suma mencionada. Esto ocurrió el 18 de mayo de 1979. Por auto de 28 de mayo siguiente la Superintendencia de Control de Cambios abrió investigación administrativa, oyó al demandante y se recibieron testimonios juramentados de quienes lo acompañaban en el momento de los hechos, ordenó luego cerrar la investigación, dar traslado de los cargos, todo lo cual fue apreciado por medio de las resoluciones acusadas.

2o. El concepto de violación en lo pertinente está presentado en la siguiente forma:

"Los actos acusados, en su conjunto, han incurrido en causales de nulidad que se concretan en inconstitucionalidad, ilegalidad, abuso y desviación de poder.

"Las infracciones se agrupan en dos categorías: infracciones directas al principio de legalidad e infracciones indirectas al mismo, una y otras consisten en inconstitucionalidad, abuso y desviación de poder, que enuncio a continuación" (folio 34).

Del concepto de violación referido a la infracción a la Constitución y la ley se deriva lo siguiente:

a) Para la imposición de las sanciones la Superintendencia debe observar un procedimiento; este fue desconocido resultando violada la Resolución 118 de 1977, en su artículo 1o. que dispone en su numeral a) que las personas naturales y jurídicas que presten servicios o vendan bienes al por menor están autorizadas para recibir divisas; también el artículo 4o. de la misma que establece un plazo de 5 días, luego de recibidas las divisas, para proceder a venderlas en el Banco de la República, oportunidad que no le fue concedida al demandante.

b) En cuanto a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional se dice que esta se produjo porque "en materia punitiva la ley permisiva o favorable se aplicará de

preferencia a la restrictiva o desfavorable" y en el caso sometido la sanción imponible no era la del artículo 221 del Estatuto Cambiario que permite multa de hasta el 200% de la operación comprobada, sino la más leve del artículo 16 de la Resolución 118 de 1977. Por tanto, dice la demanda, "al imponérsele una sanción de la magnitud sin duda exagerada como es la que se contiene en los actos acusados, el principio constitucional citado sufrió quebranto", sostiene que la sanción debió ser mas leve a la contenida en el artículo 16 de la resolución citada, porque el demandante recibió unas divisas pero no se negoció con estas, conducta esta que es la sancionada por el artículo 221 del Estatuto Cambiario.

c) En tercer lugar alude a la violación del artículo 222 del Estatuto Cambiario en armonía con el Código Penal y de Procedimiento Penal pues lo sancionado no está previsto "como materia punible en estatuto alguno". También "se violó el principio de la indivisibilidad de la confesión consagrado en el artículo 609 del Estatuto Penal ya que tenía que haberse deducido que "las circunstancias de tiempo y de causa le impidieron dejar pasar el plazo para vender los dólares al Banco de la República". Se refiere también la demanda a la violación del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal porque se habrían utilizado preguntas capciosas y sugestivas en el interrogatorio practicado, razón que ratifica la violación ya mencionada del artículo 26 de la Constitución Nacional.

d) En cuarto lugar, según la demanda, se violó el artículo 34 de la Constitución Nacional porque la multa impuesta asume caracteres de confiscación, pena que prohíbe la Carta. En tales condiciones, dice, "invoco el principio de inconstitucionalidad del artículo 215". Por tanto, agrega, "los funcionarios que expidieron los actos acusados incurrieron en abuso de poder y su evidencia también el desvío de poder pues solo se buscó 'el perjuicio injustificado del actor'."

III. Alegato de las partes

El Superintendente de Control de Cambios, en su alegato de conclusión, enfatiza la idea de que a la luz del artículo 874 del Código de Comercio, el pago por obligaciones contraídas debe hacerse en moneda legal colombiana, idea que se ratifica obviamente en el Estatuto Cambiario por medio de su artículo 249. Concluye así: "Lo contrario, es decir, afirmar que es una conducta legalmente permitida a los particulares la entrega de divisas como pago de obligaciones contraídas en el país entre residentes en Colombia, y sobre bienes situados en el territorio nacional, sería desconocer los mecanismos y la finalidad misma del Control Cambiario que tiene precisamente como uno de los pilares la limitación en la posesión, manejo y circulación de monedas extranjeras en manos de particulares residentes en el país" (folio 110).

Por su parte el apoderado del demandante insiste en los argumentos de la demanda, especialmente en la idea de que en el caso *sub-júdice* no hubo negociación de divisas; lo máximo que se le podría atribuir al demandante sería "una tentativa de contravención, una contravención imperfecta, la cual, de conformidad con la doctrina y con la legislación correspondiente no era sancionable". Por ello, dice que no se aplicó en la investigación practicada el principio del Derecho Penal "in dubio pro-reo".

IV. Concepto Fiscal

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado opina que se trata de una tentativa de infracción "y como tratándose de contravenciones no existe la tentativa o la frustración, ha de convenirse que no hubo infracción a ninguna de las normas que se citan como violadas". Por ello conceptúa que se debe declarar la nulidad solicitada.

Consideraciones de la Sala

En el caso de autos es menester partir de un hecho indiscutible puesto que está ratificado por el propio demandante y sobre el cual no existe controversia dentro del proceso: el demandante recibió la cantidad de dólares mencionados en los hechos de la demanda y fue encontrado en posesión de ellos. Su procedencia tampoco aparece discutida; entonces tales hecho son los que tienen que ser enfrentados al Estatuto Cambiario para deducir si es pertinente la sanción.

En el artículo 249 del Estatuto Cambiario se consagra expresamente que las obligaciones en moneda extranjera que no correspondan a operaciones de cambio exterior se pagarán en moneda legal colombiana, que, como se sabe, es el peso y no el dólar. Esto quiere decir que no es legal el pago de cualquier obligación, en dólares u otramoneda extranjera, aun de las obligaciones contraídas en moneda distinta al peso colombiano.

Pero al mismo tiempo, esta concepción del artículo 249 citado, no es más que una expresión de la idea fundamental del Estatuto de Control de Cambios consistente en la restricción en el manejo, posesión y negociación de divisas de acuerdo con los objetivos fijados en el artículo 1o. de dicho Estatuto, uno de los cuales se refiere al "aprovechamiento adecuado de las divisas disponibles". En tal sentido, el mismo artículo 4o., señala expresamente que "sólo podrán adquirirse divisas para los fines económicos o socialmente útiles definidos como tales en este estatuto y previa la expedición de la respectiva licencia de cambio".

Pues bien, de acuerdo con las normas antes mencionadas, tenidas en cuenta como fundamento de las resoluciones acusadas, se deduce que la posesión de divisas es, por principio, una realidad que para no ser sancionable tiene que encajar perfectamente dentro de una de las disposiciones que señalan las causas o motivos por los cuales excepcionalmente se pueden introducir o poseer transitoriamente divisas en el país.

El artículo 4o. citado, señala que esos ingresos en moneda extranjera "se venderán al Banco de la República o se canjearán en esta Institución por Certificados de Cambio, según el caso"; obviamente está aludiendo a las divisas que pueden ser introducidas legalmente al país, porque las demás, por principio, ya son constitutivas de sanción al no existir legalmente en el país libre circulación de divisas, pues de haberla sobraría toda reglamentación como la contenida en el Decreto-Ley 444 de 1967.

El artículo 5o. de este Estatuto determina las situaciones en que se puede dar el ingreso de divisas, con destino a negociarlas en el Banco de la República; es decir, establece cuáles son las actividades u operaciones que permiten el ingreso de divisas y la consiguiente obligación de negociarlas.

Dentro de las enumeradas en este artículo mencionado en el literal c), parece permitir que entre nacionales se dé la libre circulación de divisas y el pago de obligaciones por medio de ellas, pues alude a los ingresos de divisas "que se originen en actividades desarrolladas en Colombia o en bienes situados en el territorio nacional". Pero, claro está, si la moneda nacional es el peso, este literal se está refiriendo a los casos en que una actividad desarrollada en Colombia o la venta de un bien situado en el territorio nacional, debe ser pagado en divisas por provenir dicho pago de quien no siendo nacional tenga derecho a poseerlas; o en los casos en que dicho pago provenga de una entidad localizada en el exterior y se tenga como contraprestada de servicios de un nacional, Colombia los solicita para comprarle un bien. Por lo tanto no puede recurrirse a este literal para tratar de demostrar que él permite el pago y por tanto la posesión de divisas por actividades realizadas entre nacionales del país y los que sólo pueden tener el peso por moneda legal.

En síntesis, por principio es sancionable la posesión de divisas, a no ser que tal posesión esté encuadrada en una de las situaciones reguladas por el Estatuto Cambiario que lo permitan, caso en el cual, subsiste aún la obligación de negociarlas en el Banco de la República según lo señalado por el artículo 4o. Por ende, el literal c) del artículo 5o. del Estatuto Cambiario no puede alegarse como fundamento para la posesión y/o negociación con dólares.

En el caso *sub-júdice* ocurrió todo lo contrario. En efecto, no es posible encuadrar el hecho sancionado que, como se dijo antes es incontrovertible como hecho, en ninguna de las permisiones propias del Estatuto Cambiario y sobre tal base fue sobre la cual el Superintendente Bancario dictó los actos acusados.

Se insiste en que la infracción se cometió desde el momento en que se poseían las divisas sin justificación alguna a la luz de la reglamentación del Estatuto Cambiario. Por ello no cabe la argumentación expuesta en la demanda, según la cual la Resolución 118 de 1977 concede un término de 5 días para proceder a negociar las divisas en el Banco de la República y que entonces al no habérsele concedido dicho término al demandante, no se configuró la infracción sancionable. Sucede que tales términos es para quienes posean las divisas legalmente, es decir, para quienes las posean para los fines económica o socialmente útiles previstos en la definición del Estatuto Cambiario, previa expedición de la licencia de cambio, y de acuerdo con lo estipulado expresamente por el artículo 4o. del mismo.

Por tal motivo no puede prosperar el cargo contra los actos acusados por violación de la Resolución 118 de 1977, ni por violación de normas del Código Penal y de Procedimiento Penal (artículo 609 en combinación con el artículo 222 del Estatuto Cambiario), cargo este consistente en que no se dejó transcurrir el plazo para vender las divisas, y por tanto no se apreciaron correctamente las circunstancias de tiempo y de causa en la confesión hecha por el demandante.

En cuanto al cargo por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional consistente en no haber aplicado la pena menor del artículo 16 de la Resolución 118 de 1977, tampoco puede prosperar porque la Administración es quien, de acuerdo con el artículo 220 del Decreto 444 de 1967, tiene derecho a apreciar la gravedad de la infracción y a situarla dentro de los topes del artículo 221 del Estatuto que autoriza una sanción de hasta un 200%. Al haberla ubicado en un 60% de la infracción comprobada, la administración se ajustó a la ley.

Finalmente la violación presunta del artículo 34 de la Constitución Nacional no prospera porque en ningún momento se demostró por medio de la Declaración Oficial de Renta la capacidad económica del demandante como para poder afirmar que la multa es confiscatoria.

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:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Sesión del día 30 de marzo de 1984.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

FUNCIONARIOS ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL.— BONIFICACION ESPECIAL.— Reconocimiento y pago.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**

Referencia: **Expediente No. 11.185.**

Autoridades Nacionales.

Actor: **Edilberto Beltrán Rozo.**

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el señor EDILBERTO BELTRAN ROZO, solicita que, previa declaración de silencio administrativo, "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 útimo año de servicio. Para el efecto, se declare por el Honorable Tribunal, la nulidad parcial de la Resolución No. 2225 de diciembre 11 de 1973.

Sostiene el demandante que fue pensionado por CAPRECOM por medio de la Resolución 2225 de diciembre 11 de 1973, como trabajador de la Administración Postal Nacional pero sin incluir la primera creada por ésta última entidad con fecha 1o. de septiembre de 1967 (hechos de la demanda, folio 6).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de enero 20 de 1984, acogió las súplicas de la demanda, por lo que el proceso ha venido en consulta y procede proveer lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

De conformidad con la parte considerativa de la Resolución 2225 de diciembre 11 de 1973, que es el acto impugnado, el señor Edilberto Beltrán Rozo, prestó servicios en el Ministerio de Comunicaciones de agosto 11 de 1948 a marzo 31 de 1964 y en la Administración Postal Nacional de abril 1o. de 1964 a octubre 31 de 1973 (folio 2). También expresa la citada resolución que "durante el último año de servicios el interesado devengó una suma total de $ 30.966.23 moneda corriente, incluidos: sueldo, prima de navidad, semestral y bonificación especial.

Hay constancia en autos de que, mediante Resolución DG-R-No. 2805 de diciembre 21 de 1973 de la Administración Postal Nacional, el demandante es retirado del servicio por haber cumplido el tiempo reglamentario para disfrutar de la pensión de jubilación y que, por la misma Resolución, se le reconoce, la suma de $ 6.813.oo, por concepto de bonificación especial equivalente a tres meses de salario completo. (folio 5).

Esa "Bonificación Especial" fue creada por la Junta Administrativa de la Administración Postal Nacional en su sesión de septiembre 1o. de 1967 según consta en el acta No. 35 de esa misma fecha (folio 30).

Allí se expresa:

"La Junta Administradora, habida cuenta de la exposición hecha por el señor Director General, procedió a autorizarlo para reconocer a cada uno de los empleados de

la Administración Postal Nacional que hayan sido llamados a calificar servicios, por haber cumplido la edad y tiempo para jubilación, tres meses de bonificación, con base en el último sueldo devengado y una vez deje de prestar servicios a la Administración Postal Nacional" (folio 30).

A folio 28 obra la comunicación de junio 30 de 1968, dirigida por el Jefe de la División de Registro y Control de Personal al Tribunal Administrativo de Cudinamarca para anunciar el envío de fotocopia del Acta No. 25 de 1967 y constancia del pago de la prima de retiro. En el documento que se refiere a esta última expresa la Administración Postal Nacional:

"El Jefe de la División de Registro y Control de Personal hace constar que el señor Edilberto Beltrán Rozo, identificado con C.C. No. 290.404 de Junín, ex-funcionario de este Instituto, recibió la suma de $ 6.813.oo moneda corriente.

El anterior pago reconocido mediante Resolución No. 2805 del 21 de diciembre de 1973. . ."

Resulta claro que los empleados de la Administración Postal Nacional que se retiren de la entidad para disfrutar de pensión de jubilación, reciben una "bonificación especial", conforme lo dispuso la Junta Administradora en la sesión de que da cuenta el Acta No. 35 de septiembre 1o. de 1967. Esta es, evidentemente, la certificada por el Jefe de la División de Registro y Control de Personal en el documento que se acaba de transcribir.

No es sensato concebir que quienes, para disfrutar de la pensión de jubilación, se retiren de la Administración Postal Nacional, reciben, además de la "bonificación especial" creada para ellos por la Junta Administradora de la entidad en septiembre 1o. de 1967, la "prima de retiro" creada por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones para sus empleados mediante Resolución No. 1633 de junio 14 de 1967. Lo contrario significaría que, mientras los pensionados de *Telecom* reciben la Prima de Retiro, equivalente a tres meses de salario, los de Adpostal recibirían esa Prima de Retiro y adicionalmente la "bonificación especial", o sea, el valor correspondiente a seis meses de salario.

Así pues, debe entenderse en sana lógica que la suma de $ 6.813.oo reconocida al actor al retirarse de la Administración Postal Nacional, como lo certifica el Jefe de la División de Registro y Control de Personal, corresponde necesariamente a la "bonificación especial", instituida para tales empleados por la Junta Administradora de dicha entidad. Por otra parte, así lo expresa la constancia de folio 5.

Ahora bien, como la Resolución acusada (No. 2225 de diciembre 11 de 1973) declara haberse incluido en la liquidación de la pensión de jubilación la "bonificación especial" y no hay constancia en autos de que el actor hubiera recibido alguna otra prima que debiera incluirse igualmente, forzoso es concluir que el acto acusado se ajusta a Derecho y consiguientemente deberá revocarse la sentencia consultada.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia consultada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha enero 20 de 1984, y en su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 30 de marzo de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., secretario.

SENTENCIA PENAL.— La decisión penal constituye prueba fehaciente en relación con lo que ella misma define. Aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal. Requisitos.

EMBARGO.— Naturaleza. Definición. Doctrina.

CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO.— Entrega de Certificados CAT al momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café. Equivalencia (Decreto 444 de 1967. Artículo 166). Naturaleza. ¿Quién hace la entrega?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintisiete (27) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: **Radicación 7254. Nulidad de los oficios SGJ-16790 del 21 de diciembre de 1979 y SGJ-3334 del 17 de marzo de 1980.**

Demandante: Carlos E. Valenzuela Navarro.

Actuando por medio de apoderado el ciudadano Carlos E. Valenzuela Navarro, presentó ante esta Corporación demanda de nulidad contra los oficios SGJ-16790 de 21 de diciembre y SGJ-3334 de 17 de marzo de 1980 proferidos por el abogado Subgerente del Banco de la República y que como consecuencia de dicha nulidad se ordene a esa entidad que entregue y pague los Certificados de Abono Tributario (CAT) a que se refieren los mencionados oficios. Se solicita además el pago de los intereses legales a que haya lugar.

Fundamentos de la demanda

El actor presenta cuatro cargos:

a) *Incumplimiento de una providencia judicial ejecutoriada:* considera el demandante que de conformidad con sentencia del 24 de noviembre de 1978 emanada del Juzgado Segundo Superior de Barranquilla y confirmada por el Tribunal Superior de ese mismo Distrito Judicial se absolvió al señor Carlos Enrique Valenzuela Navarro de los delitos de falsedad y estafa por los que fue llamado a juicio al presumirse que él

había sido el autor de una falsificación de documentos públicos con ocasión de exportaciones fácticas. También ordenó el mismo Juzgado Segundo Superior el desembargo de los Certificados de Abono Tributario que habían sido embargados por razón del mismo proceso. Alega el actor que el decreto de desembargo implica la orden de entrega de dos títulos al sindicado absuelto. Al denegarse tal entrega por el abogado subgerente en el caso de autos se está desconociendo, en su sentir, una providencia judicial.

b) *Incompetencia del Banco de la República para determinar si las documentaciones presentadas por los particulares se ajustaban a las disposiciones legales:* Observa el actor que es la Superintendencia de Control de Cambios la que tiene esta competencia y que los oficios del subgerente abogado del Banco de la República desconocen este punto y por tanto están viciados de nulidad.

c) *Desconocimiento de una situación jurídica individual*: El demandante considera que el Banco de la República desconoció liquidaciones practicadas en favor de su poderdante, liquidaciones que fueron desconocidas sin el consentimiento expreso y escrito suyo.

d) *Violación del debido proceso*: Dice el actor que el Banco de la República violó el debido proceso porque no abrió investigación alguna ni practicó pruebas que pudieran ser controvertidas y se remitió simplemente a pruebas practicadas dentro del proceso penal y no trasladadas conforme al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

En derecho el actor cita como normas violadas las siguientes: artículo 331 y 185 del Código de Procedimiento Civil, 179, 208 y 109 del Código de Procedimiento Penal, 1o. 13 y 23 del Decreto 624 de 1974, 217 del Decreto 444 de 1967, 115 del Código Penal, 24 del Decreto 2733 de 1959 y 26 de la Constitución Nacional.

Impugnación de la demanda

El Banco de la República se constituyó en parte impugnadora en el proceso e hizo las siguientes observaciones:

1o. Detrás del proceso hay unos hechos claros: el señor Valenzuela Navarro en el ánimo de obtener unos Certificados de Abono Tributario presentó al Banco de la República una documentación que resultó falsa. El Banco al recibir la documentación inició dos actuaciones: una a través de la Superintendencia de Control de Cambios y otra a través de la justicia penal.

La Superintendencia de Control de Cambios objetó la entrega de los Certificados de Abono Tributario por encontrar que la documentación era falsa. No impuso sanciones porque consideró que había operado el fenómeno de la prescripción.

La Justicia Penal por su parte, consideró que el delito de falsedad sí se había cometido pero consideró que las pruebas sobre la responsabilidad del señor Valenzuela Navarro no eran definitivas.

Ante este hecho el Banco de la República denegó la entrega de los Certificados de Abono Tributario considerando que no se debían entregar tales certificados cuando era claro que no había habido una exportación real y destacando que lo ilícito no genera derecho.

2o. A ello cabe añadir:

a) Que el Banco de la República sí tiene competencia para emitir y entregar Certificados de Abono Tributario; ello se deduce del texto expreso del artículo 12 del Decreto-Ley 688 de 1967.

b) Que para que el Banco de la República pueda entregar los Certificados de Abono Tributario al exportador deben cumplirse ciertos requisitos que existen en forma clara y expresa en el régimen cambiario de nuestro país. Que se realicen las exportaciones, que se trate de exportaciones no excluídas por el artículo 166 del Decreto 444 de 1967 y que se opere el reintegro de las divisas favorecidas con este estímulo.

c) Para controlar el debido cumplimiento del estatuto cambiario el Banco de la República ha exigido la presentación de algunos documentos: quinta copia del registro de exportación, manifiesto de exportación, conocimiento de embarque, etc.

d) Que en el caso de autos esta documentación era falsa y que el fallo penal no desconoce en modo alguno la falsedad de la documentación presentada por el señor Valenzuela Navarro para obtener la entrega de unos Certificados de Abono Tributario. Al contrario el fallo penal reconoce que hubo falsedad documental pero absuelve al señor Valenzuela por cuanto considera insuficiente la prueba sobre su responsabilidad penal.

e) Con especial énfasis considera el impugnador que la decisión penal no puede servir de base a la decisión administrativa sobre la entrega de los Certificados de Abono Tributario, ni en su sentir la orden de desembargo emanada del juzgado penal puede servir de base para concluír que el Banco debía entregar los referidos Certificados.

3o. Finalmente dice el impugnador:

"Por último, reitero mi petición de que el Honorable Consejo declare la caducidad de la acción contencioso administrativa incoada por el demandante.

"En efecto, dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que la acción de nulidad con restablecimiento del derecho prescribe, salvo disposición legal en contrario, en cuatro meses contados desde la publicación, notificación o ejecución del acto.

"El señor Valenzuela Navarro se notificó de la providencia demandada, el día nueve (9) de abril de 1980, y presentó demanda el día nueve (9) de agosto del mismo año; es decir un día después de vencido el término que le concedía la ley para acudir ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto, de acuerdo con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de meses y años deben computarse conforme al calendario, o sea, los meses terminan el día 28, 29 el 30 ó 31, según el número de días que traiga el respectivo mes, y no el primer día del mes siguiente, de la misma manera como el año termina el 31 de diciembre, y no el primer día del año que sigue.

Pruebas:

Operan en el expediente los siguientes elementos probatorios:

1o. Con su demanda el actor acompañó copia auténtica de los oficios acusados. También aparece copia auténtica de la Resolución 564 emanada de la Superintendencia de Control de Cambios que declaró prescrita la acción del Estado y de otra resolución sin número de la misma Superintendencia de fecha 21 de noviembre de 1974.

2o. Aparece además copia auténtica de los siguientes documentos públicos:

a) Sentencia del 24 de noviembre de 1978 del Juzgado Segundo Superior de Barranquilla que absolvió al procesado Carlos Enrique Valenzuela Navarro de los cargos formulados en el auto de llamamiento a juicio y de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de abril 5 de 1979 que confirmó la sentencia del juzgado.

b) Auto del 1o. de noviembre de 1979 del Juzgado Segundo Superior de Barranquilla que decreta el desembargo de Certificados de Abono Tributario por valor de $ 1.221.857.oo.

c) Manifiesto de exportación número 7382 de 26 de septiembre de 1974 en cuyo respaldo aparece la siguiente inscripción: "los suscritos Administrador de la Aduana y Jefe de la Sección de Exportación certifican que revisado detenidamente el archivo de manifiesto de exportación correspondiente a la presente vigencia, se comprueba que el manifiesto número 7382 de septiembre 26 de 1974 no es auténtico". Firmado, Ciro Fonseca Camargo, Administrador Aduana —encargado—, Guillermo Fontalvo T., Jefe Sección Exportación y Cabotaje (fecha de la nota, diciembre 13 de 1974). Idéntico asunto se observa en los manifiestos de exportación números 7383 de septiembre 26 de 1974 y 7235 de septiembre 21 de 1974. (folio 209).

d) Numerosas cartas y oficios de funcionarios del Banco de la República que en buena parte constituyen antecedentes administrativos de este proceso.

3o. Caben destacar también los siguientes documentos privados:

a) Conocimiento de embarque número 1 correspondiente al registro de exportación 10135 del 26 de septiembre de 1974 por US$ 93.100 y al manifiesto de exportación número 7383 atrás reseñado, emitido por ALMADUANA. Al respaldo de este documento se dice:

"En relación con la certificación de la autenticidad del presente Conocimiento Marítimo, solicitada a nosotros por la Superintendencia Bancaria, en comunicación de fecha 5 de los corrientes,

CERTIFICAMOS:

"1o. Que somos Agentes Marítimos de la Motonave "EMMA", de bandera dominicana, con matrícula número 1965 de Santo Domingo, República Dominicana.

"2o. Que aunque en el presente Conocimiento Marítimo no se precisa la fecha de salida, en el mes de septiembre de 1974, el día 26 de septiembre despachamos la Motonave "EMMA", con destino exclusivamente a San Juan, Puerto Rico, y que en ninguna época hemos despachado dicha motonave a "Puerto Limón", Costa Rica, como dice este Conocimiento.

"3o. Que los sellos que aparecen estampados en el Conocimiento como nuestros, no son los que nosotros utilizamos, y que en consecuencia, son absolutamente falsos.

"4o. Que las firmas que aparecen en los dos sellos, no corresponden a ningún empleado nuestro y por tanto son también absolutamente falsas.

"5o. Que el cargamento que dice amparar el presente Conocimiento Marítimo, no fue embarcado en la Motonave "EMMA", y que por tanto no está relacionado en el Sobordo Oficial que presentamos a la Aduana de Barranquilla, acompañado de los Conocimientos Marítimos auténticos, ni tampoco aparece registrado en las planillas oficiales de chequeo de cargamentos embarcados, expedidas y firmadas por los chequeadores de la Aduana y del Terminal Marítimo, y

"6o. Que jamás hemos tenido relaciones comerciales ni conocemos personalmente a la persona o firma que aparece como embarcador.

"Para constancia, firmamos el presente Certificado, en Barranquilla, a los seis (6) días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974). (Hay un sello que dice: ALMADUANA, Arturo M. Carvajales Cía. Ltda. Arturo M. Carvajales, Gerente).

La firma del señor Carvajales quien suscribe la anterior constancia fue reconocida en este proceso. Por ello el documento debe tenerse por auténtico.

b) Análoga situación se da en relación con los conocimientos de embarque números 2 y 5 visibles a folios 207 y 208 del expediente.

4o. Se practicó inspección contable y se constató igualmente la documentación relacionada con el asunto de autos. Fue auxiliada esta diligencia por perito contable designado por auto de sala unitaria.

5o. Existen otros documentos y papeles allegados debidamente al proceso que completan los elementos de juicio en este caso.

Vista fiscal

En un excelente estudio dice así la señora fiscal sexto ante esta Corporación:

Consideraciones de la Fiscalía

"En primer lugar la Fiscalía opina que no procede la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte impugnadora, toda vez que el señor Valenzuela Navarro fue notificado de la decisión que agotó la vía gubernativa el 9 de abril de 1980 según puede verificarse al folio 6 del expediente, por lo cual podía hacer uso de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción hasta el 9 de agosto del mismo año, al tenor de lo dispuesto por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo y de conformidad con los artículos 59 del Código de Régimen Político y Municipal y 67, inciso segundo, del Código Civil, que disponen como reglas para el cómputo de plazos, que por mes se entiende los del calendario común y que el primero y último día de un plazo de meses deberán tener un mismo número en los respectivos meses.

"Procede por consiguiente, que nos ocupemos en el fondo de las pretensiones de la demanda, para lo cual seguiremos el orden en que resumimos el concepto de la violación.

Incumplimiento de providencia judicial

"Se refiere el accionante a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior de Barranquilla el 24 de noviembre de 1978, confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, mediante la cual se absolvió al procesado CARLOS ENRIQUE VALENZUELA NAVARRO, de los cargos por los delitos de falsedad y estafa por los que fue llamado a juicio, y al auto dictado por el mismo Juzgado el 1o. de junio de 1979 para decretar el desembargo de los Certificados de Abono Tributario que por valor de $ 1.221.357.oo, habían sido embargados por razón del mismo proceso penal.

"Copias de los proveídos en mención aparecen a los folios 118 a 145 del expediente debidamente autenticadas y como fácilmente puede observarse, la única actuación que en relación con su ejecución correspondía al Banco de la República, era el desembargo de los Certificados que estaban en su poder.

"Se alega que el decreto de desembargo implica la orden de entrega de los títulos al sindicado absuelto, argumento que consideramos inadmisible, pues repugna a la

equidad y por consiguiente al derecho, deducir del mandamiento judicial una orden que facilitaría la consumación del provecho ilícito que por motivos ajenos al interesado no alcanzó a consolidarse, cuando en la misma providencia que puso fin a la actuación el Tribunal expresó:

"Se sabe que las exportaciones fueron ficticias y que por medio de ellas el procesado o quienes lo asesoraron, percibieron un provecho ilícito, pero no se sabe a ciencia cierta qué medios materiales emplearon para simular las exportaciones", reafirmando la conclusión a que llegó el *a-quo* al calificar la conducta del procesado CARLOS ENRIQUE VALENZUELA NAVARRO, como inmoral, ilícita, perturbadora de la existencia social y atentatoria contra las condiciones de existencia de la sociedad.

"La pretensión del demandante se base en condiciones muy diferentes al derecho a obtener el privilegio fiscal de los CAT; no controvierte en forma alguna que el medio para obtenerlos fue la simulación de exportaciones; simplemente pide que se de al fallo absolutorio unos efectos contrarios al principio general de derecho que enseña que nadie puede enriquecerse sin causa jurídica en perjuicio de otro.

Incompetencia del Banco de la República y del Abogado Subgerente

"Arguye el accionante que la competencia para determinar si las documentaciones que presenten los particulares se ajustaban a las disposiciones legales correspondían a la Prefectura de Control de Cambios, hoy Superintendencia de Control de Cambios, no al Banco de la República; pero en caso de que éste fuera competente, lo sería su representante legal no el Abogado Subgerente y finalmente que aunque la tuviera no podía hacer uso de ella por haber prescrito la acción de conformidad con el artículo 115 del Código Penal, como lo reconoció la Resolución 564 de 10 de junio de 1978.

"Estima la Fiscalía que el actor confunde la actividad punitiva del ejecutivo con la función de decidir sobre las peticiones que presenten los particulares. La primera en materia de control de cambios corresponde en virtud de lo dispuesto por el Decreto 444 de 1967 y 624 de 1974 a la Prefectura de Control de Cambios, hoy Superintendencia de Control de Cambios, y la segunda, en tratándose de entrega de Certificados de Abono Tributario, al Banco de la República por disposición del artículo 166 del Decreto 444 de 1967. La acción punitiva prescribe, si no existe norma especial, conforme al artículo 115 del Código Penal, la facultad de decidir, no está sometida a prescripción alguna.

"En el caso que nos ocupa la situación es bastante clara. La Superintendencia de Control de Cambios adelantó investigación contra el señor CARLOS ENRIQUE VALENZUELA NAVARRO, por infracciones a las normas cambiarias y según aparece consignado en los considerandos de la Resolución 564 de 10 de julio de 1978, comprobó plenamente que las exportaciones en virtud de las cuales el señor VALENZUELA NAVARRO y otro, obtuvieron el beneficio de los CAT, no se efectuaron. El hecho era violatorio de las disposiciones cambiarias pero como a la fecha había transcurrido el término de prescripción que señala el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, así debía declararse y ordenarse la cesación del procedimiento. A igual conclusión sobre las exportaciones llegó el Banco de la República en el oficio SGJ 16790 acusado, después de analizar la no autenticidad de los documentos presentados por el peticionario de los CAT. En consecuencia el Banco de la República decidió no entregar los Certificados en acto suscrito por quien conforme a certificación que obra al folio 24 del expediente tenía la representación legal de la Entidad. Así, la competencia para sancionar fue ejercida por la Superintendencia y la facultad de decidir sobre la entrega, por el Banco de la República, mediante providencias distintas pero coincidentes en cuanto a la inexistencia de las exportaciones que motivaron la solicitud de Certificados de Abono Tributario, o sea en la no sujeción de la documentación a las normas legales.

Desconocimiento de una situación jurídica individual

"Afirma el libelo que el Banco de la República desconoció las liquidaciones practicadas al demandante, sin el consentimiento expreso y escrito de aquél.

"No se allegó, sin embargo, la liquidación que se dice desconocida para comprobar que se trata de un acto perfecto y debidamente notificado y por lo tanto creador de situación jurídica individual o reconocedor de un derecho de igual categoría. Por otra parte, el hecho de que los Certificados son documentos al portador y nunca salieron de la esfera de dominio del Banco, nos lleva a deducir que no alcanzaron a ser de propiedad del demandante, pues la transferencia de un título al portador solo se efectúa con su entrega.

"Pero aún en el evento que se estimara consolidada la situación jurídica o reconocido el derecho en cabeza del accionante, debemos concluír que tal situación o reconocimiento no están amparados con el principio de la inmutabilidad del acto administrativo, como quiera que se trataría de un acto ilegítimo provocado mediante engaño que por consiguiente no protegería derechos adquiridos con justo título.

"La Corte Suprema de Justicia al resolver la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, concluyó que los supuestos de irrevocabilidad del artículo 24 quedan reducidos a la *cuestión de mérito* que plantearía la disconformidad del acto con el interés público, no a los casos de ilegalidad sobre la cual se pronunció en los siguientes términos:

"Si *ab initio* el acto administrativo está manifiestamente viciado de ilegalidad (o si, obviamente lo está de inconstitucionalidad), v. y gr.; porque haya sido provocado mediante maniobras fraudulentas del interesado, o emitido por error, fuerza o dolo, o porque ostente el carácter de inexistente, tal acto en ningún momento ha podido generar situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos, porque para que éstos nazcan se necesita un justo título, y un acto ilegal o inconstitucional no lo es, luego de él no se deriva ningún derecho ni procede ninguna situación jurídica que amerite protección del ordenamiento".

"En tal caso *el deber* (subraya la fiscalía) a cargo de la administración de corregir un error manifiesto suyo, o de enmendar una situación aberrante y a todas luces antijurídica, como consecuencia de haber expedido un acto que aduce de ilegitimidad grave, flagrante, y por ende ostensible, no puede estar condicionado al beneplácito de quien diciéndose titular de los beneficios del acto írrito, no ha podido hacer derivar de éste ninguna situación jurídica concreta, ni derecho alguno de carácter subjetivo.

Violación del debido proceso

"Dice el demandante que el Banco de la República violó el debido proceso porque no abrió investigación alguna, ni practicó pruebas que pudieran ser controvertidas y que simplemente se remitió a pruebas practicadas dentro del proceso penal y no trasladadas conforme al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

"Las anteriores aseveraciones se encuentran desvirtuadas en el expediente. En efecto, de la lectura del oficio 16790 demandado se puede verificar que el Banco de la República no motivó su decisión en las pruebas aportadas al proceso penal, sino en los manifiestos de exportación presentados con la solicitud (cuya ausencia en el sumario precisamente impidió la condena) y en los conocimientos marítimos correspondientes, tachados como no auténticos por la Aduana y de absolutamente falsos por el Gerente de ALMADUANA, respectivamente.

"Estas pruebas no fueron controvertidas por el señor VALENZUELA NAVARRO, en la vía gubernativa ni ante esta jurisdicción y obran, remitidas por el Banco a los folios 186 a 188 y 209 y siguientes del expediente, junto con sus constancias de inautenticidad.

"La mención que hace el Banco de la sentencia absolutoria era en nuestro sentir pertinente, para resaltar que la autenticidad de los documentos no constituía materia de cosa juzgada, como sí lo hubiera sido en el evento de que en la sentencia se hubiera declarado que éstos no eran apócrifos.

"Por las razones anotadas, la Fiscalía opina que la actuación administrativa atacada se encuentra conforme a derecho y en consecuencia que deben denegarse las súplicas de la demanda. Así lo solicita a la Honorable Sala.

Decisión

La Sala acoge y hace suyos los puntos de vista de la señora fiscal.

En efecto:

1o. **Efectos de las decisiones de la justicia penal:**

En este asunto existen dos decisiones del Juzgado Superior de Barranquilla que amerita estudiar: a) la decisión en el proceso penal que determinó la absolución del procesado VALENZUELA NAVARRO y b) la que está contenida en el auto que ordenó el desembargo de los Certificados de Abono Tributario.

Sobre la primera cabe observar:

Es natural que la sentencia penal haga tránsito a cosa juzgada y que como claramente lo dice el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal el procesado no pueda someterse a nuevo proceso por el mismo hecho. Ello quiere decir que la decisión penal constituye prueba fehaciente en relación con lo que ella misma define: bien que el hecho ilícito no ocurrió o bien que habiendo ocurrido el hecho ilícito, éste no puede atribuírse al autor o que habiendo ocurrido el hecho y aún la autoría no puede atribuíse responsabilidad penal al procesado. En el caso de autos los elementos en que se funda la sentencia penal son contundentes, se considera que la falsedad documentaria sí ocurrió pero se pone en duda la responsabilidad del procesado. Para que sea aplicable el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal invocado por el actor se requieren las tradicionales condiciones de la cosa juzgada: identidad de objeto, identidad de sujetos e identidad de causa. En el asunto de autos no se trata de desconocer la decisión del juez penal que se refirió a la responsabilidad penal del procesado sino definir el derecho que tiene un ciudadano a recibir Certificados de Abono Tributario.

Además, es claro que tal derecho no se da pues no hubo exportación real como claramente se infiere del texto de las notas visibles tanto en los manifiestos de exportación como en los conocimientos de embarque y como lo reconoce la propia sentencia del juez penal cuando dice:

"Al practicarse la inspección judicial en las oficinas de la Aduana de Barranquilla, se constató por las fotocopias auténticas de los manifiestos de exportación, de igual numeración a los presentados por el procesado al Banco de la República, que se trataba de mercancías distintas, exportadas por personas diferentes a otros destinatarios.

Estas pruebas son plenas y no fueron controvertidas por el actor ni en la vía gubernativa ni en la jurisdiccional.

Tuvo motivos distintos el juzgado superior para absolver al sindicado pero tales motivos no hubiesen permitido legítimamente al Banco de la República para entregar los CAT solicitados por el señor Valenzuela ante evidencias tan contundentes.

En relación con el auto que ordenó el desembargo cabe acoger los siguientes comentarios de la parte impugnadora:

"Por último, consideramos cuál es la naturaleza del embargo.

"En el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas puede leerse: . . . 'Normalmente, empero, por embargo se entiende la ocupación, aprehensión o retención de bienes, hecha por orden de juez o tribunal competente, por razón de deuda o delito, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de diversos órdenes que haya contraído una persona'."

El Diccionario de la Lengua publicado por la Real Academia Española lo define así:

"Retención, traba o secuestro de bienes por mandamiento de juez o autoridad competente".

"Los Códigos de Procedimiento Penal y Civil de Colombia tratan frecuentemente del embargo de bienes, distinguiéndolo del secuestro, pero no lo definen.

"El doctor Hernando Morales (obra citada, parte especial, páginas 219 y 220) dice que es una medida procesal que asegura la indisponibilidad del bien materia del proceso y que por su medio se colocan los bienes fuera del comercio.

Con base en lo expuesto puede afirmarse:

"El embargo priva a quien tiene el bien en su poder, a cualquier título, de la posibilidad de movilizarlo, de entregarlo. Decretar o levantar un embargo no implica calificación sobre la propiedad del bien embargado, ni orden de disponer del mismo. Lo que deba hacerse con el bien dependerá de circunstancias distintas de las providencias que lo establezcan o le pongan término. Ocurrido esto último, quien tenga el bien en su poder estará en libertad de disponer de él con arreglo a las leyes aplicables.

"En el caso de los CAT materia del presente estudio, el juzgado, como era su deber, se limitó a embargar y, luego, a desembargar, sin ordenar nada sobre entrega, como se ve por las providencias aquí transcritas.

"De lo anteriormente expuesto se concluye forzosamente que el Banco no solo estaba en libertad sino en el deber de negar la solicitud de entrega del demandante".

Es obvio que tiene razón el impugnador en este comentario pues una cosa es el embargo y el desembargo, otra la entrega de un bien sobre el cual no se tiene el más mínimo derecho. Su entrega, como bien lo observa la señora fiscal, hubiese significado, antes bien, generar un enriquecimiento ilícito.

La sala concuerda pues con la parte impuganadora que el Banco *no podía* entregar los CAT, pues no se cumplían los requisitos del estatuto cambiario para su entrega.

2o. **Falta de competencia del Banco**

El Estatuto Cambiario es claro cuando dice:

"Artículo 166. Modificado por el artículo 12 del Decreto 688 de 1967, así: Al momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, el Banco de la República hará entrega al exportador de Certificados de Abono Tributario en cuantía equivalente, en moneda legal colombiana, a un 15 por ciento del valor total del reintegro. Dichos títulos serán recibidos a la par por las oficinas recaudadoras de impuestos para el pago de los tributos sobre la renta y complementarios, aduanas y ventas, una vez cumplido el término que señale el Gobierno, el cual inicialmente será de un año. Este período se reducirá progresivamente hasta su eliminación total cuando la situación fiscal y monetaria lo permita.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará a las exportaciones embarcadas con posterioridad a la fecha de este decreto.

"Los Certificados de Abono Tributario cuya emisión se autoriza en el presente artículo, serán documentos al portador, libremente negociables y estarán exentos de toda clase de impuestos".

Es claro que quien debe hacer la entrega de los CAT es el Banco de la República y a él corresponde, por tanto, calificar la situación para decidir si hay o no derecho a la entrega de los Certificados de Abono Tributario.

3o. **Reconocimiento de una situación jurídica individual**

También coincide la sala en este aspecto con la señora fiscal. En ningún caso se perfeccionó la entrega de los certificados y las liquidaciones practicadas tal como lo asevera la señora agente del Ministerio Público, son apenas provisionales. No se da en este caso un derecho adquirido, ni tampoco de una situación jurídica consolidada protegida por el principio de la inmutabilidad.

4o. **Violación del debido proceso**

En ningún caso se basó el Banco de la República en utilizar la prueba penal sin el trámite previo. Las pruebas aportadas al proceso son válidas en sí mismas tal como se ha anotado atrás.

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:

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.

Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn. Los consejeros: **Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

BALDIOS.— ADJUDICACION.— REVOCACION.— Competencia del INCORA para revisar el acervo probatorio tenido en cuenta para la adjudicación, siempre que se haga dentro de los dos años siguientes al acto adjudicatorio y para revocar tal acto si encuentra inexactitudes o falsedad en dichas pruebas, por autorización expresa y legal.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**

Referencia: **Expediente No. 3956.**

Actor: **Rodolfo Pérez Zambrano.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de enero 26 de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción adelantado por Rodolfo Pérez Zambrano y Miguel González Muñoz, contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

El recurso ha sido tramitado conforme a la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado y se decide por medio de esta providencia.

1o. **La sentencia apelada**

La sentencia del *a-quo* denegó la totalidad de las súplicas del libelo con las siguientes fundamentales consideraciones:

"La presente contención está encaminada a dilucidar si el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" tenía facultad para revocar una resolución de adjudicación de un bien inmueble baldío cuando se comprobare dentro de los dos años siguientes a su publicación o notificación del acto de adjudicación que éste era de propiedad de un particular.

"De las pruebas allegadas al juicio se anotan las siguientes:

"1o. Al folio 1o. del cuaderno de antecedentes (No. 4) se encuentra un memorial de la señora FRANCIA RUTH CRUZ DE RIVEROS dirigido al INCORA por medio del cual solicita a dicha entidad "anular las escrituras, asignadas a RODOLFO PEREZ ZAMBRANO, con el nombre de El Laurel, y la de MIGUEL GONZALES ZAMBRANO, con el nombre Las Violetas, por ser inmuebles de su propiedad y ser herederos de Angela Moreno Cruz, propietaria de los inmuebles mencionados.

"2o. Por auto de octubre 19 de 1979 la Subgerencia Jurídica del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria ordenó agregar los expedientes que dieron origen a la expedición de titulación de baldíos Nos. 737-73b y remitir el expediente a la Dirección Regional del Proyecto Cundinamarca No. 2 de Girardot con el fin de que se adelante el Trámite de Revisión de los inmuebles señalados anteriormente.

"3o. En la Dirección Regional antes mencionada se tramitó la revisión que se encuentra a los folios 47 y siguientes del Cuaderno No. 4

"4o. Al folio 56 del primer cuaderno de antecedentes (No. 4) se encuentra la Resolución del Gerente General del INCORA No. 10717 de fecha 17 de agosto de 1967 por la

cual el INCORA adjudicó definitivamente a Angélica Moreno de Cruz, con cédula de ciudadanía No. 20.163.993 de Bogotá el terreno denominado 'El Lago', en el Municipio de Arbeláez, con una extensión de 200 hectáreas.

"5o. Por Resolución No. 13372 de 24 de septiembre de 1980 del Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria o acto acusado en el presente proceso, se revocaron las Resoluciones No. 737 y 730 de agosto 30 de 1978 por medio de las cuales se adjudicaron los predios El Laurel y Las Violetas, ubicados en Arbeláez Cundinamarca, a los señores Rodolfo Pérez Zambrano y Miguel González Muñoz.

"6o. Al folio 70 del cuaderno de antecedentes (No. 4) aparece una diligencia de inspección judicial donde se afirma que "al momento de la diligencia no se encontró al señor Miguel González quien figura como titular de la misma. Se observó que teniendo en cuenta los planos Nos. 8-180-399 y 026.892 y de acuerdo al recorrido hecho, así como sus linderos y sus colindantes que los predios El Lago y Las Violetas para efectos del presente trámite es el mismo, vale decir que 'nos encontramos frente a un mismo predio con dos títulos diferentes'. Y en las conclusiones se afirma "de lo anterior se desprende que los predios rurales denominados El Lago, hoy Las Violetas, para efectos del presente trámite administrativo, es el mismo y tiene dos títulos diferentes que son:

"a) Resolución No. 10716 del 17 de agosto de 1967, emanada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria a nombre de Angélica Moreno de Cruz.

"b) Resolución No. 738 del 30 de agosto de 1978, emanada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a nombre de Miguel Antonio González M., 'que los predios rurales denominados Providencia hoy El Laurel, para efectos del presente trámite administrativo' es el mismo y tiene dos títulos diferentes que son:

"a) Resolución No. 623 de febrero 15 de 1967, emanada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a nombre de Angélica Moreno de Cruz".

"b) Resolución No. 737 del 30 de agosto de 1978, emanada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a nombre de Rodolfo Pérez Zambrano".

"Se hace la aclaración que el predio El Laurel, en la actualidad ha sufrido una desmembración, por venta hecha por el señor Rodolfo Pérez Zambrano al señor Miguel A. González M., de 64.000 hectáreas inscrita al folio de matrícula inmobiliaria No. 290-0008530 del 16 de noviembre de 1978. . .'."

Hechas las anteriores anotaciones, la Sala entra a estudiar las tachas de ilegalidad o inconstitucionalidad aducidas por el actor al acto acusado".

Primer cargo

Dice el apoderado: "El INCORA no puede tener facultad constitucional y legal para administrar justicia y resolver, en consecuencia, previo un procedimiento administrativo quién tiene mejor derecho a un inmueble.

"El Decreto 359 de 1974 de marzo 7 reglamentó parcialmente el Capítulo VIII de la Ley 135 de 1961 con las modificaciones de la Ley 4a. de 1973 y dictó el procedimiento de adjudicación de baldíos. Los predios El Laurel y Las Violetas, ubicados en el municipio de Arbeláez, departamento de Cundinamarca, fueron adjudicados como consta en autos en el año de 1967 a la señora Angélica Moreno de Cruz y posteriormente en agosto de 1978 los mismos inmuebles fueron adjudicados a los actores en este proceso.

"Las normas sobre adjudicación de baldíos vigente en 1967 eran los Decretos 198 y 1413 de 1943, Ley 97 de 1945 y Decreto 547 de 1947. También se regía por las siguientes normas: artículo 3o., de la Ley 135 de 1961 ordinal 2o. que enseña: "Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria: a) Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de esta ley. Compete igualmente al Instituto, a nombre del Estado, ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas, lo mismo que adelantar las diligencias y dictar las resoluciones sobre extinción del derecho de dominio privado de que trata el artículo 6o. de la Ley 200 de 1936"; por el artículo 38 ibídem que enseña: 'Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. . . El Instituto podrá verificar, con citación del adjudicatario, dentro de los dos años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencia de inspección ocular, y en general de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. Si hallare inexactitud y falsedad en tales documentos o diligencias revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo'. Este inciso fue subrogado por la Ley 4a. de 1973, artículo 16 que dice: 'El Instituto podrá verificar, con citación del adjudicatario, dentro de los dos años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencia de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. Si hallare inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo'.

"Luego de acuerdo con las normas citadas, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria sí tiene la facultad legal para proferir actos administrativos como el acusado.

"Respecto de lo sostenido por el actor en cuanto a la falta de competencia del INCORA para administrar justicia y resolver en consecuencia cuestiones sobre inmuebles, vemos que la Corte Suprema de Justicia en providencia de fecha diciembre 11 de 1964 citada en la obra 'Legislación Agraria Colombiana' del autor Adolfo Triana Artoveza (página 21) se sostuvo: 'No puede extrañar que una entidad que hace parte del Estado mismo, tenga facultad para obrar a nombre de aquél en el ejercicio de las funciones a que se refiere el inciso segundo de la parte a) del artículo 3o. de la ley. Hay que observar que el Instituto actúa en esta materia a nombre del Estado, no lo hace como titular de derechos sino a nombre del verdadero titular y no se ve razón alguna para que si una persona natural, debidamente autorizada por la ley, pueda ejercitar determinadas funciones a nombre del Estado, no lo pueda hacer una persona jurídica. . . y parte de la misma Nación, solo porque goce de personería jurídica. . . y tenga patrimonio propio. Esto no atenta en modo alguno contra la constitución trinitaria de la Nación. En realidad, como lo dice el Procurador, la ley no ha introducido en la organización del Estado colombiano un nuevo agente del poder público; se ha limitado a crear un establecimiento público descentralizado, dependiente del poder ejecutivo central de manera que en forma alguna ha aumentado a una de las tres ramas del poder una de sus atribuciones constitucionales.

"Por lo tanto, si el Instituto de la Reforma Agraria podía adjudicarle a los actores, por medio de los actos administrativos proferidos por él, bienes inmuebles y estas cuestiones fueron admitidas por los demandantes, con igual razón puede rectificar y cancelar una adjudicación por reconocer que ese inmueble es de propiedad de otra persona, lo que no es sino el desarrollo del aforismo del derecho romano según el cual *nomo plus transferre potest quam habet* (nadie puede transmitir más derecho del que tiene)". Por lo tanto, no prospera el primer cargo.

Segundo cargo

"Sostiene el apoderado de los actores "que la facultad de revocación que le otorga la ley al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria es para revisar que se han cumplido los requisitos de ley para la adjudicación de un bien como baldío y que no se ha faltado a la verdad en las diligencias y documentos que sirven de fundamento a la adjudicación, mas no para resolver el derecho de propiedad.

"El artículo 16 del Decreto 389 de 1974 que ya se transcribió establece la posibilidad de la revocación de la adjudicación y, el artículo 17 establece el trámite que se debe surtir ante la administración cuando se presenta este evento. En el cuaderno No. 4 a folios 47 y siguientes se encuentra la actuación llevada a cabo por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, analizada ésta se estima que el INCORA en el trámite de la revocación lo cumplió cabalmente de conformidad con lo ordenado en los artículos 16 y 17 del Decreto 389 de 1974.

"En cuanto a la facultad que tenía el Instituto para revocar la adjudicación de bienes baldíos en el presente caso tenemos que, el artículo 16 del Decreto atrás mencionado establece las causales entre las cuales cabe perfectamente la mencionada en el acto acusado referente a que los inmuebles adjudicados ya habían salido del patrimonio del Estado, luego eran de propiedad privada. Al haberse presentado en la segunda adjudicación del INCORA la circunstancia anotada anteriormente, existe una gran inexactitud tanto en las pruebas, en los documentos como en los inmuebles catalogados como baldíos por el Instituto, en la etapa que se siguió ante la administración, ya que de acuerdo con el concepto fiscal, baldíos son "los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño. . ." (artículo 44). Como en el presente caso los predios a que hace alusión el acto acusado no eran de propiedad del Estado, todo trámite de adjudicación en favor de los mismos, resulta improcedente".

Por lo anteriormente expuesto, no prospera tampoco este cargo.

Tercer cargo

Considera el señor apoderado de los actores que el INCORA al aceptar la solicitud de revocación del acto de adjudicación formulada por terceros que alegaban derechos de propiedad sobre el bien, se hizo con violación del artículo 10 del Decreto 389 de 1974 que establece perentoriamente que, vencida la fijación en lista por 10 días, precluye la oportunidad para oponerse a la adjudicación.

En el Decreto 389 de 1974 se presentan dos hipótesis relacionadas con la adjudicación de un baldío. Una es la contemplada en el artículo 12 y otra la señalada por el artículo 16 en concordancia con el artículo 38 inciso 2o. de la Ley 135 de 1961.

La primera, o sea, la revisión previa de la adjudicación como su nombre lo indica, se presenta cuando una persona se opone antes de la adjudicación de un baldío por tener más derecho que el peticionario. Este procedimiento es distinto del contemplado en el artículo 15 ibídem que se refiere a la revocación de una adjudicación ya hecha, donde por inexactitudes no se puede llevar a cabo. El primer caso contemplado en el artículo 12 lo resuelven los jueces de la justicia ordinaria ya que cuando este evento sucede, lo que hace la administración es suspender el trámite de adjudicación hasta que se resuelva la controversia ante la justicia civil. En el segundo caso tampoco se trata de dirimir directamente un conflicto civil sino del poder que tiene la administración para revocar sus propios actos cuando a ello hubiere lugar. En el caso de autos tenía plena competencia el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA para revocar las adjudicaciones a los comandos por cuanto los bienes "adjudicados" eran

de propiedad privada, del patrimonio exclusivo de particulares y gobernados por las reglas del derecho privado y no baldíos, o sea, bienes de dominio público, sujetos al régimen de derecho público y a control de la administración.

Por estar totalmente de acuerdo con la fiscalía colaboradora, se transcribe lo que sostuvo en este punto:

". . . Al respecto hay que denotar, que cuando la Ley 4a. de 1973 y el Decreto Reglamentario 389 de 1974 facultan al INCORA para revisar los trámites de adjudicación de baldíos, no señalan límite alguno en lo tocante a la fuente que informe sobre tal irregularidad y, es apenas obvio, que en lo general sean los interesados en los predios anormalmente adjudicados, quienes lo hagan en conocimiento de la entidad adjudicante. No por ello puede afirmarse que si es el interesado quien da aviso oportuno de irregularidades, ello pueda considerarse como una 'oposición a la adjudicación', de acuerdo al artículo 10 del Decreto 389 de 1974, la cual solo puede hacerse dentro del lapso comprendido entre la admisión de la solicitud de adjudicación hasta el vencimiento del término de fijación en lista, ya que eso es otro trámite previo y distinto a la adjudicación, en cambio lo que ocurre posteriormente a la adjudicación del baldío, se regula por un lapso de dos años durante los cuales el Instituto al saber de cualquier anomalía o simplemente por exceso de celo en su trabajo, puede revisar los trámites de adjudicación.

"Como es apenas lógico de una entidad de tanto trámite burocrático y de documentación, no puede esperarse que inicie de oficio revisión de todos sus actos, por lo cual, como bien lo anota el apoderado de la entidad demandada, la mayoría de dichas revisiones se inician por información interesada; lo cual no resta validez legal a tales revisiones, ya que las normas que autorizan no exigen ninguna fuente específica de información.

"De otra parte es preciso estableer, que el acto acusado, no ha hecho, ni pretende con su contenido, hacer ninguna definición sobre derechos de propiedad, ya que simplemente se limita, en ejercicio de una facultad legal, a pesar que, unos terrenos que fueron adjudicados a los actores, como baldíos, lo fueron anormalmente, ya que dichos predios, exactamente los mismos pero con distinta denominación, habían sido adjudicados varios años antes a persona diferente y, por ende, ya no eran baldíos, y como quiera que la adjudicación hecha a los actores Pérez Zambrano y González Muñoz, se fundamentó en probenzas no verídicas, el INCORA se limitó a revocar la adjudicación de los predios El Laurel y Las Violetas por no poder considerarlos como baldíos, pero sin que ello implique que se hubiere pronunciado sobre derechos de propiedad".

Por lo tanto, por este aspecto no prospera este último cargo.

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, los actores no lograron desvirtuar la presunción de legalidad que ampara la resolución acusada, por lo tanto se despacharía desfavorablemente las súplicas de la demanda (folios 113 a 120).

II. El alegato de apelante

Dice el apelante:

"I. Fundamentos de la sentencia recurrida. El *a-quo* para no acceder a las pretensiones de la demanda, se expresa así en relación con los tres cargos formulados contra los actos acusados:

"a) En relación con la facultad constitucional y legal del Instituto Colombiano de Reforma Agraria de administrar justicia y como consecuencia de ello, resolver previo

un procedimiento administrativo en cabeza de quien está el derecho de propiedad sobre un bien inmueble, expresa que no encuentra probado el cargo de abuso de poder o falta o vicio de incompetencia que se formula contra los actos acusados, 'porque si el INCORA podía adjudicar a los actores, por medio de actos administrativos proferidos por él, bienes inmuebles y estas cuestiones fueron admitidas por los demandantes, con igual razón podía rectificar y cancelar una adjudicación por reconocer que ese inmueble es de propiedad de otra persona, lo que no es sino el desarrollo del aforismo del derecho romano según el cual 'nemo plus transferre potes quam haber' (nadie puede transmitir más derecho del que tiene)".

"Igualmente respecto de este cargo trae en apoyo de su argumentación, la providencia de diciembre 11 de 1964 dictada por la Corte Suprema de Justicia, en torno a la constitucionalidad del literal a) del artículo 3o. de la Ley 135 de 1961, que le otorgó al INCORA la facultad de ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías.

"b) Respecto al cargo que se hace en la demanda a los actos acusados de ilegalidad, por considerarse que la facultad de revisión y de revocación de actos de titulación o adjudicación de baldíos, es para analizar si los requisitos establecidos en la ley para la adjudicación se han cumplido y no se ha faltado a la verdad en las diligencias y demás documentos, mas no para resolver sobre derecho de propiedad sobre inmuebles, el *a-quo* expresa que el artículo 76 del Decreto 389 de 1974 establece entre las causales de revocación, la de que los bienes adjudicados ya hubieren salido del patrimonio del Estado, es decir, que ya eran de propiedad privada, regidos por el derecho privado, lo que quiere decir, o implica, que dentro de ella cabe la causal mencionada en los actos acusados, ya que al presentarse la segunda adjudicación había una gran inexactitud tanto en las pruebas, como en los documentos y en los inmuebles catalogados como baldíos por el Instituto, en la etapa administrativa.

"c) Finalmente, por lo que hace a la supuesta violación del artículo 10 del Decreto 389 de 1974, alegada en la demanda, el juez de primera instancia sostiene que el cargo no puede prosperar, porque este procedimiento es diferente al de los artículos 12 y 16 del mismo decreto: el primero, o sea el previsto para los casos de oposición formulada a la adjudicación por terceros, dentro del término de fijación en lista, si es el que decide la justicia ordinaria; por el contrario, el segundo no es para resolver un conflicto civil, sino que se trata es de ejercer el poder que tiene la administración para revocar sus propios actos cuando a ello hubiere lugar, facultad de revocación que tenía en el caso de autos, porque se estaba en presencia de un caso de 'adjudicación' de bienes que eran de propiedad privada y no baldíos.

"II. **Fundamentos del recurso de apelación.** En el mismo orden de ideas me referiré a los argumentos con los cuales el Tribunal de instancia desecha los cargos de nulidad formulados en la demanda contra los actos acusados, así:

"a) He sostenido, que el INCORA no podía sin desconocer los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 55 y 58 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 147 y 164 ibídem, bajo el pretexto del ejercicio de la facultad de revocación que le otorga la Ley 135 de 1961 en materia de baldíos, que es para dilucidar aspectos diferentes, convertirse en juez o tribunal civil de la República para dilucidar, previo un trámite administrativo, sobre la naturaleza de baldío o bien de propiedad privada que pueda tener un inmueble, pues es claro que hay una jurisdicción establecida para ello que es la ordinaria civil y un procedimiento judicial que es el del juicio ordinario civil, todo lo cual surge no solo de las precitadas normas constitucionales sobre organización política del Estado colombiano, sino del mismo artículo 10 del Decreto 389 de 1974, que ordena que esa controversia que surge cuando hay oposición a la adjudicación del

baldío por un tercero que alega propiedad privada sobre él, se decida por los jueces ordinarios civiles, suspendiéndose la diligencia administrativa de adjudicación mientras aquellos deciden sobre el particular.

"Esa argumentación, fundamentada en las normas constitucionales y legales, que dejo a consideración del ilustre criterio de la Honorable Corporación, considero que no puede ser desvirtuada con el argumento expuesto por el *a-quo*, según el cual si el INCORA podía adjudicar, también podía rectificar y cancelar el título de adjudicación, porque sería lo mismo que aceptar, por ejemplo, que un registrador de instrumentos públicos pudiera cancelar la inscripción en el registro de un título traslaticio o constitutivo de dominio, en razón de que él mismo fue el que hizo la inscripción.

"Tampoco puede ser desvirtuada con la argumentación de que la Corte Suprema de Justicia declaró constitucional el aparte a) del artículo 3o. de la Ley 135 de 1961, porque basta con leer la citada providencia para encontrar que la citada norma se refiere a la facultad del Incora, como órgano del Estado que administra los baldíos en nombre de la Nación, para '*ejercer las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías*', subrayo, vale decir, las acciones policivas o civiles por ocupación de hecho de esos bienes del dominio público, y no a la facultad de convertirse en juez de ella misma para condenar a un particular a reintegrar o desocupar un bien de dicha naturaleza. En efecto, es bien sabido que una entidad de derecho público a quien se le haya privado de la posesión de un bien fiscal, debe iniciar contra el ocupante de hecho o el poseedor, la acción policiva civil o la acción civil que corresponda, ante un funcionario investido de jurisdicción para conocer de la controversia, que será el inspector de policía en el primer caso, o el juez civil en el segundo evento, pero en manera alguna administrarse justicia a sí misma.

"De modo que la cita de la providencia de la Corte no puede servir de fundamento para desvirtuar el cargo.

"Dejo, pues, al ilustrado criterio de la Honorable Sala de Decisión y del distinguido consejero ponente, la confrontación de las dos tesis y los argumentos que las respaldan, para ver si es del caso revocar la sentencia y acceder a las súplicas de la demanda, o por el contrario, confirmar la providencia del *a-quo*, en cuanto a este primer cargo.

"b) El segundo cargo que se ha formulado contra el acto acusado, como es apenas lógico, es una consecuencia del primero. En efecto, si solo a los jueces civiles ordinarios correspondía definir la controversia sobre la naturaleza de baldío o bien del dominio privado del inmueble adjudicado, según el anterior planteamiento, pues no cabe llegar a otra conclusión diferente a la de que la facultad de revisión que otorga la Ley 135 de 1961 al INCORA, en materia de baldíos, no es para decidir sobre dicha naturaleza jurídica del inmueble, sino para ver si la ley agraria que prevé el procedimiento administrativo para que el bien baldío pueda ser adjudicado y en consecuencia regularmente salga del patrimonio estatal, se ha observado, se ha cumplido en su totalidad, vale decir, para ver si el acto administrativo de adjudicación no estuvo viciado de nulidad. Entonces, mediante el ejercicio de esa facultad de revisión, solamente podrá el INCORA estudiar, por ejemplo, aspectos como los siguientes: que la extensión adjudicada se hizo dentro del máximo previsto por la ley (450 hectáreas por lo general); que intervino desde el comienzo el Procurador Agrario o agente del Ministerio Público; que se dio publicidad a la solicitud conforme lo ordena la ley; que se practicó la diligencia de inspección ocular sobre el inmueble; que se citó a los colindantes y al Ministerio Público para concurrir a esa diligencia; que hubo dictamen pericial, en los casos en que se exige, etc., y en manera alguna, repito, para dilucidar sobre el derecho de propiedad pública o privada del inmueble adjudicado cuya naturaleza no garantiza el Estado,

como bien lo dice la ley agraria y generalmente se hace constar en la resolución de adjudicación, por lo cual las partes o terceros afectados quedan en libertad de acudir a los jueces civiles.

"Llegar a una conclusión diferente a la sostenida por la parte actora, sería desconocer la organización institucional de la República y la competencia de la rama jurisdiccional del poder público, concretamente la ordinaria, para decidir sobre esta clase de controversias relacionadas con el derecho de dominio.

"En consecuencia, considero que se quebrantó directamente la ley agraria (artículo 38 de la Ley 135 de 1961, artículo 16 de la Ley 4a. de 1973, concordante con su Decreto Reglamentario 389 de 1974), por indebida aplicación, e interpretación errónea, e indirectamente las normas constitucionales invocadas en el libelo.

"c) Consecuencia de los dos anteriores cargos, es la violación igualmente del artículo 10 del Decreto 389 de 1974, sobre oportunidad para que un tercero que alegue derecho de dominio sobre el inmueble se oponga a la adjudicación, oposición que debe ser definida pr el juez civil del circuito, que igualmente refuerza los argumentos de los dos primeros cargos.

"No se trata de procedimientos diferentes, como lo expresa el *a-quo*: uno definible por los jueces civiles, otro definible por la propia administración pública, pero ambos sobre el mismo aspecto, o sea, determinar la naturaleza jurídica del bien inmueble. Se trata, como se ha dicho, de un procedimiento que se surte ante los jueces civiles para definir si el bien es de un particular o por el contrario, del dominio público, que es eminentemente jurisdiccional, y otro, el administrativo que se surte ante la administración en ejercicio de la facultad de revisión, y en subsidio ante los jueces administrativos, pero para definir si la adjudicación se hizo con la observancia de las normas administrativas que la gobiernan (publicidad, intervención del Ministerio Público, inspección ocular, extensión máxima adjudicable, etc.) más no la naturaleza jurídica del inmueble (bien privado o bien del dominio público) que solo puede ser determinado, previo un juicio ordinario, por el juez civil.

"Por todo lo brevemente expuesto, en la demanda se llega a las siguientes conclusiones: 1o. El INCORA no tiene facultad constitucional y legal para administrar justicia y resolver, en consecuencia, previo un procedimiento administrativo, quién tiene mejor derecho sobre el bien inmueble; 2o. La facultad de revocación que la ley le otorga al INCORA es para revisar que se han cumplido los requisitos de ley para la adjudicación de un bien como baldío, más no para resolver sobre derecho de propiedad, competencia reservada a los jueces civiles, previo un procedimiento jurisdiccional en donde las partes tengan amplia oportunidad de controvertir y probar su derecho, y 3o. Aceptar una solicitud de revocación formulada por terceros que alegan derecho de propiedad sobre el inmueble, no solo quebranta el artículo 10 del Decreto 389 de 1974, que establece perentoriamente que vencida la fijación en lista del negocio en la etapa administrativa, precluye la oportunidad para oponerse a la adjudicación, sino que invade zonas de competencia reservadas por la Constitución y la ley al juez civil, quien es el único autorizado para conocer de controversias sobre derecho de propiedad. En consecuencia, considero que es del caso decretar la nulidad del acto acusado, para en su lugar, acceder a la súplica de la demanda relacionada con el restablecimiento del derecho.

Finalmente, permítaseme, Honorable Consejero sustanciador, para disipar la duda sobre una supuesta conducta dolosa, por la inexacta, como la califica el tribunal de instancia, cuando se refiere al segundo cargo de nulidad de parte de mi representado Miguel González Muñoz, consistente según aquél en haber afirmado, sostenido y

demostrado ante el INCORA que el bien solicitado en adjudicación era baldío, cuando no lo era, presentar a simple título informativo el contrato o convenio celebrado entre el citado Miguel González Muñoz, uno de los demandantes en este proceso, y el señor Alfonso Faraón Cruz Moreno, solicitante de la revocación de adjudicación ante el INCORA y parte opositora en este proceso, en relación con la compraventa de las mejoras existentes en el predio 'El Lago' por parte de González a Cruz Moreno, en donde éste expresamente dejó constancia de que lo que vendía eran las mejoras, porque el predio alinderado en donde estas se encuentran, ha sido considerado por los vecinos y de hecho lo son como baldíos, con la expectativa a que lo adjudique el Instituto de la Reforma Agraria, a título de cultivos, no obstante lo cual, al intervenir en este juicio, no tiene inconveniente en sostener lo contrario, es decir, que el precio que poseía y que transfirió junto con las mejoras al demandante González Muñoz, era de propiedad de su señora madre y lo es hoy de él y de su hermana como sucesores y herederos.

"Lo anterior, repito, con el propósito de demostrar que quien ha obrado de mala fe, no ha sido precisamente el demandante González Muñoz, sino por el contrario una de las personas que provocó la decisión de revocación de la adjudicación, y en orden a buscar la salvaguardia de los derechos de mi representado, pues por experiencia puedo afirmar que en ocasiones la suerte final de un proceso jurisdiccional, está íntimamente relacionada con la buena o mala imagen que tenga el asunto y que se le pretenda presentar al fallador para inclinar la balanza de la justicia en determinado sentido" (folios 133 a 136).

III. El concepto fiscal

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal Segundo de la Corporación dice en su concepto de fondo:

"Esta agencia del Ministerio Público comparte en su integridad la sentencia apelada y encuentra oportuno agregar a la argumentación del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, lo siguiente:

"Teniendo en cuenta el Decreto 389 de marzo 8 de 1974, por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo VII de la Ley 136 de 1961, con las modificaciones que le introdujo la Ley 4a. de 1973 y se dictan el procedimiento para la adjudicación de baldíos, son dos las oportunidades que tienen las personas que crean tener un mejor derecho a un predio rural sobre el cual se está efectuando por el INCORA el procedimiento ordenado para proceder a la adjudicación de un baldío. Podrán en primer término formular oposiciones a la adjudicación, acompañando al escrito respectivo la prueba en que funda su pretensión, dentro de los diez días siguientes a la práctica de la inspección judicial, durante el cual el negocio se fijará en lista (artículo 10 Decreto 389 de 1974).

"Vencido este término, precluye la oportunidad para oponerse a la adjudicación dentro del procedimiento que señala el Decreto 389. Pero, posteriormente y una vez producida la resolución de adjudicación por el INCORA, pueden demandar su nulidad a tenor del artículo 14 del citado decreto, ante el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo por los procuradores agrarios o cualquiera otra persona dentro del término de dos años contados a partir de su publicación, o de su notificación, cuando aquellas no deban ser publicadas.

"Esto con respecto a los interesados, los procuradores agrarios o cualquiera otra persona dentro del término señalado en la norma.

"Ahora, en cuanto al INCORA, según el artículo 16 de la tantas veces citada norma 'podrá verificar con citación del adjudicatario dentro de los dos años siguientes a la

publicación de la resolución de adjudicación en el Diario Oficial o a su notificación cuando no requiera ser publicada, la exactitud de los documentos, diligencias de inspección ocular y en general de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación'. Si hallare inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación de su registro en la oficina correspondiente.

"Fue precisamente este último procedimiento, el que utilizó el Instituto para revocar las resoluciones por medio de las cuales había adjudicado los predios El Laurel y Las Violetas a los demandantes señores Adolfo Pérez Zambrano y Miguel González Muñoz.

"El hecho de que personas interesadas, como lo son efectivamente los sucesores de la señora Angélica Moreno de Cruz, hubieran acudido ante el Instituto para demostrar que los predios adjudicados a los actores ya habían sido adjudicados, con otros nombres, mediante resoluciones anteriores como lo son las números 623 de febrero 15 y 10716 de agosto 17 de 1967, justifica el procedimiento del INCORA, toda vez que como quedó visto anteriormente, además, estaba facultado por normas legales.

"Según se afirma en la demanda, capítulo 'concepto de la violación', el problema jurídico controvertido, se reduce a establecer la competencia constitucional y legal del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para revocar una resolución de adjudicación de un predio como bien baldío, cuando dentro de los dos años siguientes a la publicación de la resolución en el Diario Oficial o a su notificación, se le demuestre por un tercero que el bien no era baldío sino particular, por haber salido del patrimonio nacional con anterioridad a la adjudicación.

Tenemos entonces que dicho problema ha quedado resuelto en forma satisfactoria y debe mantenerse la resolución del INCORA, demostrada como quedó su competencia y, es más, la efectividad de la norma, toda vez que el INCORA solo tiene facultad para adjudicar como baldíos aquellos bienes que efectivamente lo sea, y quedó demostrado que los bienes rurales adjudicados por medio de la resolución acusada, habían salido de la propiedad del Estado y en el momento de expedirse el acto acusado tales predios eran de propiedad privada.

"Lo anterior es suficiente para que esta agencia del Ministerio Público solicite a la Honorable Sala, confirme en todas sus partes la sentencia apelada" (folios 138 a 139).

IV. Consideraciones de la Sala

a) La Sala comparte, en su integridad, los argumentos expuestos por el *a-quo* en la sentencia recurrida y los expuestos en esta segunda instancia por la Fiscalía Segunda de la Corporación.

b) No pueden confundirse tres situaciones completamente distintas: 1) el término preclusivo que concede el artículo 10 del Decreto 389 de 1974, a los interesados, para formular oposición a la adjudicación de un terreno baldío, dentro del respectivo procedimiento; 2) la posibilidad para que los interesados o el Ministerio Público, dentro de los dos años siguientes a la notificación o publicación del acto de adjudicación, demanden la nulidad, ante la jurisdicción contencioso administrativa, del acto de adjudicación, conforme a los artículos 38 y 42 de la Ley 135 de 1961, con la modificación de la Ley 4a. de 1973, y Art. 16 del Decreto 389 de 1974; y 3) la facultad concedida al INCORA para revisar oficiosamente o a voluntad de parte interesada, la documentación y restantes pruebas en que se basó el acto de adjudicación, para revocar éste si encuentra *inexactitud* o *falsedad* en los mismos, dentro de los dos años siguientes a la notificación o publicación del acto de adjudicación, como lo prevén los artículos 38 de la Ley 135 de 1961 (modificado por la Ley 4a. de 1973), segundo inciso y 16 del Decreto 389 de 1974.

c) Es, pues, clara la competencia del INCORA para revisar el acervo probatorio tenido en cuenta para la adjudicación, siempre que se haga dentro de los dos años siguientes al acto adjudicatorio y para revocar tal acto si encuentra inexactitudes o falsedad en dichas pruebas, por autorización expresa y legal, según se vio.

d) Contestadas en esa forma las razones del apelante y encontrándose, por lo demás, ceñida a derecho, en el fondo, la decisión recurrida, se impone su confirmación.

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 a que se refiere esta providencia.

Segundo. Devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Eduardo Suescún Monroy, Presidente de Sala., **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández.**

Arturo Mora Villate, secretario.

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

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE COOPERATIVAS.— Funciones de vigilancia y control (Decreto 611 de 1974). Imposición de sanciones. Prácticas de investigaciones y establecimiento de responsabilidades (literal d) del artículo 20 ibídem). Inspección y vigilancia sobre los FONDOS DE EMPLEADOS.

FONDOS DE EMPLEADOS.— Concepto. Finalidad. Autoridad máxima de los Fondos (Asamblea de Asociados. Reiteración jurisprudencial). Inspección y vigilancia que sobre ellas se ejerce. FONDO DE EMPLEADOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.— Fines.— Funciones de la Junta Directiva.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**
Proyecto: **Abogado Asistente, Doctor Carlos Urán.**
Referencia: **Expediente No. 3437.**
Actor: **Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, el Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de apoderado, solicita la nulidad de las Resoluciones 153 del 4 de febrero y 621 del 27 de marzo de 1980, dictadas por el Superintendente Nacional de Cooperativas, y la No. 2389 de 19 de mayo de 1980 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales tales entidades decidieron la congelación de los fondos y la clausura temporal de las operaciones de la demandante. Como consecuencia de la nulidad pedida, se solicita el restablecimiento del derecho lesionado, cuya cuantía estima en suma no inferior a diez millones de pesos.

I. LOS ACTOS ACUSADOS

Los actos acusados son los siguientes, como ya se indicó:

"1o. La Resolución 153 del 4 de febrero de 1980 fue expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas, 'en uso de sus atribuciones legales'. Por medio de ella se congelan los fondos y se clausura temporalmente la totalidad de las operaciones hasta por el término de 180 días al Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se dice además, en el artículo 2o., que durante dicho término el Fondo sólo podrá desarrollar actividades tendientes a la recuperación de la cartera a cargo de sus socios y elaborar un programa completo de restauración que permita, mediante la celebración de una asamblea general autorizada por la Superintendencia, el levantamiento de la sanción y la reanudación de las actividades sociales. La Superintendencia Nacional continuaría ejerciendo la vigilancia en el Fondo para obtener el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la resolución comentada y el restablecimiento de las responsabilidades a cargo de los administradores.

La motivación principal de esta resolución consiste en que en las diferentes visitas de carácter general practicadas a la demandante por funcionarios de la Superintendencia, se comprobaron irregularidades con relación a los objetivos del Fondo fijados mediante los Acuerdos 008 y 009 de 13 de octubre de 1978, dictados ambos por la Junta Directiva del mismo. El segundo de los acuerdos mencionados fija las condiciones que permiten a los asociados del Fondo la obtención de créditos, y la Superintendencia comprobó que dichas condiciones no fueron observadas cuando la Junta Directiva del Fondo otorgó al Sindicato de Trabajadores un préstamo extraordinario en cuantía de $ 35.000.000, además con exoneración del pago de intereses, todo con notorio perjuicio de los programas de bienestar social de los trabajadores. La Superintendencia agrega que la Contraloría General de la Nación practicó visita de carácter fiscal a la entidad y denunció penalmente a los administradores del Fondo ante un Juzgado de Instrucción Criminal.

2o. La Resolución 621 de 27 de marzo de 1980 decide desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la primera y concede subsidiariamente el recurso de apelación para ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

3o. Por último, la Resolución 2389 de 19 de mayo de 1980 dictada por el Ministerio de Trabajo confirma la primera de las resoluciones acusadas y declara agotada la vía gubernativa.

II. LA DEMANDA

A. Los hechos

Como hechos de la demanda menciona el actor lo relativo a la expedición y al contenido de las resoluciones acusadas e involucra en este capítulo algunos aspectos

que tendrían más que ver con el concepto mismo de la violación, como los referidos a la inexistencia de disposiciones legales que determinen cuáles son los hechos que dan lugar a la imposición de sanciones como la congelación de fondos y clausura temporal o definitiva de actividades de los Fondos o exclusión del registro de los mismos. Así mismo, se refiere a la carencia de competencia de la Superintendencia Nacional para imponer la sanción controvertida y señala además que no es cierto que los recursos que el Ministerio entregó al Fondo se hayan hecho con destino a programas específicos y por medio de algún contrato, y que por otra parte, si alguno existiera con el Sindicato del Ministerio de Hacienda, éste no tendría por qué obligar al Fondo.

B. **Normas violadas y concepto de violación**

Como normas violadas la demanda señala las siguientes: los artículos 26 de la Constitución Nacional; 1o., 2o. y 18 del Decreto 611 de 1974; el 6o. del Decreto 130 de 1976; 633 a 652 del Código Civil; 66 del Código Contencioso Administrativo, y 61 a 104 del Código Nacional de Policía.

El concepto de violación de las referidas normas se expresa en la demanda de la siguiente manera, que se sintetiza:

a) En cuanto al artículo 26 de la Constitución Nacional, fue violado porque no existiendo norma legal que tipifique las infracciones en que puedan incurrir los Fondos, la Superintendencia carece de medios normativos para juzgar y sancionar las presuntas infracciones, y porque el Fondo no tuvo conocimiento de los cargos que se le hacían y, por lo tanto, no pudo presentar descargos ni solicitar la práctica de pruebas.

b) En cuanto a las normas de los Decretos 611 de 1974 y 130 de 1976, la violación estaría dada porque, según la demanda, estos decretos no le dan competencia a la Superintendencia para controlar el manejo de los recursos que provienen de entidades públicas y que han sido aportados a corporaciones privadas con algún propósito. Por otra parte la inexistencia de legislación permite afirmar que no hay normas que determinen expresamente las conductas que dan lugar a la congelación de fondos, a la suspensión de actividades ni a la imposición de multas y los artículos 1o. y 2o. del Decreto 611 de 1974 no facultan a la Superintendencia para imponer tales sanciones.

c) En cuanto a la violación de las normas del Código Civil se dice que siendo el Fondo una Corporación de participación mixta, los auxilios o aportes entregados por el Ministerio de Hacienda pasaron a formar parte de un patrimonio independiente de una persona jurídica, sin ánimo de lucro y sometida al derecho privado. Por ello, a menos de mediar un contrato, ninguna injerencia tiene el Ministerio en el manejo de los fondos entregados.

d) La violación del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo estaría dada por la carencia de motivación respecto a la calificación de la naturaleza de las presuntas infracciones cometidas por el Fondo, es decir, si fueron leves o graves, ni tampoco hay valoración de las pruebas que permitan llegar a la sanción impuesta. En una palabra, "se aplicó un criterio subjetivo, discrecional, parecido al de la verdad sabida y la buena fe guardada".

III. ALEGATOS DE LAS PARTES

En su escrito de conclusión la actora insiste en los argumentos de la demanda y hace ver que los acuerdos de la Junta Directiva del Fondo que la Superintendencia tiene como violados, podían ser modificados por otros acuerdos de la misma Junta Directiva y que eso fue lo que ocurrió mediante las decisiones que la Superintendencia consideró como suficientes para dar lugar a las sanciones impuestas.

IV. CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Primero del Consejo de Estado, después de reproducir extensamente el contenido de las resoluciones de la Superintendencia (hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas) sobre la forma como las directivas del Fondo conocieron el contenido de los cargos derivados de las visitas practicadas , concluye diciendo que en efecto hubo violación del derecho de defensa y del debido proceso, por lo cual solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiendo llegado el momento procesal para proferir fallo y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a hacerlo previas las siguientes consideraciones:

"1o. Como claramente se deduce del contenido de los cargos formulados en la demanda contra los actos acusados, el núcleo de los mismos está referido a la competencia de la Superintendencia para ocuparse de la vigilancia de entidades como el Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y para imponer sanciones como las contenidas en los actos acusados. Por ello, en primer lugar se estudiará dicho aspecto.

Dice el Decreto 611 de 1974 que la Superintendencia Nacional de Cooperativas (hoy Departamento), tiene a su cargo "la dirección y ejecución de la política cooperativa del Gobierno" y "la vigilancia y control de todas las actividades de las sociedades cooperativas, de los organismos cooperativos de grado superior, de las instituciones auxiliares del cooperativismo, de los grupos precooperativos. . . de los *Fondos de Empleados*, sociedades mutuarias y entidades similares" (artículo 1o., se subraya). Por su parte el artículo 2o. del mismo decreto, que contiene las funciones de la Superintendencia, dice que ésta tiene la facultad de "congelar los fondos, suspender o clausurar temporal o definitivamente el desarrollo de una actividad específica o de la totalidad de las operaciones", "tomar posesión de las actividades, bienes y haberes e intervenir la administración y dirección cuando fuere necesario" (artículo 2o. literales c) y d) del numeral 10).

Como se ve, existe disposición legal expresa que le permite a la Superintendencia ejercer actividades como la que se controvierte en este proceso. En cuanto a la facultad, previa a la imposición de las sanciones, de practicar las investigaciones administrativas y establecer las responsabilidades del caso, el literal d) del artículo 20 del citado decreto consagra expresamente dicha función en cabeza de la División de Investigación y Control de la Superintendencia.

Por otro lado, el Decreto 1598 de 1963 ha establecido por medio de sus artículos 98 y 99 los comportamientos administrativos que se consideran como infracciones graves, susceptibles de sanciones como la impuesta por medio de las resoluciones acusadas. Este decreto era de aplicación en el momento de dictarse las resoluciones impugnadas. El Decreto 611 de 1974 al referirse únicamente a la reestructuración de la Superintendencia Nacional de Cooperativas no lo estaba derogando y no podía hacerlo, puesto que el Decreto 1598 de 1963 se refiere a la actualización de la legislación cooperativa y, en general, a la vigilancia que por medio de la Superintendencia se ejercía sobre las personas naturales dedicadas a la realización de las actividades cooperativas y las instituciones auxiliares del cooperativismo, como lo son obviamente los fondos de empleados, que por ello fueron incluídos posteriormente en la lista sobre entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Cooperativas, contenida en el artículo 1o. del Decreto 611 de 1974 ya mencionado.

En el artículo 99 del citado Decreto 1598 de 1963 se dice expresamente que constituye infracción grave el empleo de medios contrarios a las leyes o reglamentos o a las buenas costumbres en el desarrollo de las actividades cooperativas (literal e) y el incumplimiento de las obligaciones legales o reglamentarias relacionadas con las materias cooperativas o *con las actividades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Cooperativas* (literal g), (Subraya la Sala).

Se entiende que al hablar del decreto de las actividades sujetas a la inspección y a la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, está incluyendo a todas las entidades colocadas o que se coloquen bajo la vigilancia y control de dicha Superintendencia (hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas), como acaece con los fondos de empleados, incluídos en el artículo 1o. del Decreto-Ley 611 de 1974).

Se concluye entonces hasta aquí, que son claras y expresas las facultades de la Superintendencia para intervenir en las actividades de los Fondos de Empleados y para imponerles sanciones.

Es cierto que los fondos constituyen asociaciones esencialmente voluntarias de personas naturales que tengan la condición de empleados; que el fin de ellos es la organización de esfuerzos y de recursos para prestar servicio, sin ánimo de lucro, a los mismos empleados, los cuales, por lo mismo, son sus beneficiarios, usuarios o destinatarios, y que, por último, tales asociaciones, por razón de su origen y de los fines que persiguen, tienen como autoridad máxima la asamblea de asociados (Sentencia de 27 de abril de 1978, Sección Primera, Expediente 2599). Pero al estar sometidos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia, ésta tiene la facultad, entre otras, de hacer observar los estatutos que el propio Fondo se haya dado, aspecto que se pasa a analizar referido al caso de la entidad demandante en este proceso.

2o. El Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en sus Estatutos Generales dice que los fines de éste son los de servir como entidad "que fomente el ahorro y crédito, estreche los vínculos de compañerismo y de solidaridad entre sus miembros y propenda por el mejoramiento social y económico de los mismos, mediante la prestación adecuada y oportuna de los servicios, de conformidad con los recursos adquiridos y lo estipulado en los presentes estatutos" y "adelantar, dirigir y coordinar los programas de bienestar social que se adopten de común acuerdo con el Ministerio o con el Sindicato 'SINTRHA' o que determine la Junta Directiva del Fondo" (artículo 5o., corresponde al artículo 4o., de la reforma de los mismos, aprobada por medio de la Resolución 967 de 7 de mayo de 1982 (folio 168 del Cuaderno No. 4).

En los mismos Estatutos se señala que la Junta Directiva tiene la atribución de ejercer la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de los mismos y la buena marcha del Fondo (artículo 44 literal a). Los artículos 76, 77 y 78 de los Estatutos comentados se refieren a las funciones de la Sección de Ahorro y Crédito para otorgar préstamos a los socios de acuerdo con las posibilidades y conforme lo reglamente la Junta Directiva, la que queda facultada para otorgarlos, siendo siempre "responsables por los préstamos que se hicieren sin garantía alguna" (artículo 77). Agrega el artículo 78, que para efectos de los préstamos que pueden otorgar la Sección de Ahorro y Crédito y la Junta Directiva en asocio del Gerente, "la capacidad crediticia del socio estará determinada por el tiempo de servicio en el Ministerio de Hacienda, en el Fondo o en la entidad que dio base para asociarse, esto es, por el respaldo que pueda ofrecer su cesantía, por sus aportes ordinarios y extraordinarios al Fondo y por toda clase de bienes que el socio posea y que puedan servir de garantía al préstamo, o en su defecto un fiador que sea socio del Fondo con capacidad crediticia comprobada" (folios 184 y 185 del Cuaderno No. 4).

Dentro de tales disposiciones generales estatutarias, se encuadran los acuerdos Nos. 8 y 9 de octubre de 1978 de la Junta Directiva del Fondo, que adoptaron los programas de bienestar social y reglamentaron los servicios de ahorro y crédito, señalados en el Acuerdo No. 8 como el más importante de tales programas de bienestar social.

Dentro de estas estipulaciones generales, pues, los ya referidos acuerdos 8 y 9, incorporados en la motivación de la Resolución 153 acusada (folio 190 del Cuaderno No. 4), establecieron que el cupo de crédito para los asociados se fijaba entre un 150 y 200% del ahorro del solicitante, con el cobro anticipado de intereses del 12% y 18% anual, más un interés adicional del 2% en caso de morosidad sobre saldo. Sin embargo, la Superintendencia comprobó cómo mediante el acuerdo No. 162 de 18 de septiembre de 1979 la Junta Directiva otorgó al Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, treinta y cinco millones de pesos, exonerados de todo pago de interés, a pesar de que el Sindicato como socio tenía solamente un aporte base de $ 367,50 como ahorro. Es decir, que la Superintendencia comprobó la violación a los referidos Estatutos y acuerdos, violación que, sobre todo, consideró de máxima gravedad porque dicho préstamo dificultaba el cumplimiento de los programas de bienestar social para el personal del Ministerio, objetivo fundamental del Fondo de Empleados.

El actor debió desvirtuar el fundamento de dicho cargo formulado contra él por el Superintendente, lo que no hizo, pues el argumento que para intentarlo esbozó en el sentido de que se trató de una modificación de los propios acuerdos de la Junta Directiva del Fondo no es de recibo, toda vez que en ningún momento fue ese el objetivo del acuerdo por medio del cual se procedió a verificar el préstamo de los 35 millones al Sindicato. Y no podía modificarlo, además, porque el contenido de los acuerdos 8 y 9 de 1978 son de alcance general, tipo 'estatutos básicos del Fondo' expedidos en desarrollo de los Estatutos (artículo 59, literal e), mientras el acuerdo 162 buscaba el tratamiento del caso específico de un solo socio.

En síntesis, con base en la competencia ya señalada de la Superintendencia y previa la comprobación de la infracción, la citada entidad impuso legalmente la sanción que se controvierte en este proceso.

3o. Señala el demandante que se violó el derecho a la defensa porque previamente a la expedición de la Resolución 153 no se dieron a conocer los cargos y, por lo mismo, no se permitió presentar las explicaciones pertinentes y solicitar las pruebas conducentes a desvirtuar la veracidad de los hechos. Se tiene, sin embargo, que no existiendo una disposición legal que establezca para la Superintendencia esta obligación, a la luz del Decreto 2733 de 1959 el derecho a la defensa estaba representado en los recursos de reposición y apelación, derecho que fue respetado.

No se produjo entonces la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que se concedieron dichos recursos, siguiéndose el procedimiento legal establecido, previa la definición legal de la competencia y de los elementos constitutivos de la infracción, base de la sanción aplicada.

4o. Por todo lo que antecede se puede afirmar que tampoco se produjo la violación de los artículos de los Decretos 611 de 1974 y 130 de 1976, puesto que como se dijo en su oportunidad, tales disposiciones, en especial los artículos 1o. y 2o. del Decreto 611 de 1974, señalan los Fondos de Empleados como sujetos a la vigilancia de la Superintendencia y le dan a ésta la facultad de imponer las sanciones. Por ello tampoco es pertinente la violación alegada de los artículos del Código Civil mencionados en la demanda.

En cuanto al cargo de violación del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, también debe desestimarse, puesto que en la Resolución 153 se señalan las disposiciones en que se fundamentó, complementadas en la Resolución 2389 con la citación del Decreto 1598 de 1963, disposiciones todas que establecen la competencia de la Superintendencia, la jerarquía de las sanciones y los motivos que dan lugar a ellas, tal como se explicó en párrafos anteriores.

5. Finalmente se desestima el cargo por violación del Código Nacional de Policía, puesto que no guarda relación con el caso controvertido, porque las resoluciones acusadas imponen una sanción de tipo administrativo y no penal o de policía, y en la imposición de la primera se siguió el procedimiento correspondiente, tal como quedó explicado previamente.

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:

No se accede a 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 dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V. Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

INSUBSISTENCIA EN EL DAS.— (Artículo 35 del Decreto 625 de 1974). El Jefe del DAS puede declarar insubsistente el nombramiento de un agente cuando, a su juicio, sea inconveniente su permanencia en la Institución, aunque se esté adelantando una investigación de tipo penal por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones y, obviamente, si puede hacerlo en esos casos, con mayor razón lo podrá hacer respecto de agentes que no se encuentran en dicha situación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: **Expediente No. 6191.**
Autoridades Nacionales.
Actor: **Alfredo Hernán Goyes Armero.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Alfredo Hernán Goyes Armero contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de junio de 1981, por medio de la cual dicha Corporación denegó las súplicas de la demanda que él había presentado, por intermedio de apoderado, y cuyas peticiones están contenidas en los siguientes términos:

"Demando la nulidad de la Resolución No. 1296 de julio 19 de 1981, proferida por el señor Director General del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

"Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, se ordene a la Nación Colombiana — Departamento Administrativo de Seguridad, DAS:

"1o. Que reintegre al señor Alfredo Hernán Goyes Armero, de las condiciones civiles anotadas, al cargo que tenía en el momento de su desvinculación o a otro de igual o superior categoría.

"2o. Que no haya solución de continuidad entre la fecha de su desvinculación y la del reintegro.

"3o. Que se le paguen todos los sueldos y bonificaciones, prestaciones sociales, legales y extralegales, que haya dejado de percibir entre la fecha del retiro y el día de su reintegro".

Los hechos en que se fundamenta la demanda, las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación aparecen relacionados en aquella y en la corrección de la misma (folios 2, 3, 15, 16 y 17 del expediente).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda por considerar que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado.

En la segunda instancia a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita que se haga un pronunciamiento inhibitorio por cuanto "la acción se ha dirigido contra el Departamento Administrativo de Seguridad, dependencia sin personería jurídica.

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Debe la Sala referirse, en primer término, al concepto del señor fiscal y para demostrar por qué no está de acuerdo con las apreciaciones del mismo, basta transcribir parte del *petitum*, en que el actor señala a la Nación como demandada: "que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, se ordene a la *Nación Colombiana* — Departamento Administrativo de Seguridad, DAS—. . ." (Subraya la Sala). En esa transcripción no aparece el mencionado organismo público como entidad demandada sino como la que ha de cumplir el fallo a nombre de la Nación.

En lo que respecta a la cuestión de fondo, la Sala encuentra que los argumentos del actor quedaron debidamente refutados en la sentencia del Tribunal, cuyas consideraciones ponen en evidencia el hecho de que el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, no incurrió en violación de la ley al expedir el acto acusado.

La anterior afirmación es valedera aun frente a lo expresado por el actor en el alegato de conclusión presentado en la segunda instancia (folios 102 a 104).

Por eso la Sala habrá de confirmar la sentencia apelada, cuyos razonamientos toma como fundamento de su decisión, y al efecto los transcribe:

"De los documentos allegados al proceso, se puede establecer que el actor Alfredo Hernán Goyes Armero, prestaba sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en el cargo de Detective (Urbano) 4115-04, de la Seccional Chocó-Quibdó, y mediante el acto demandado, fue declarado insubsistente su nombramiento.

"En el curso del proceso no se ha demostrado que el actor estuviera escalafonado en carrera administrativa, por lo cual ha de entenderse que se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

"Tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, la autoridad nominadora tiene una competencia discrecional para separarlo del ejercicio del cargo que viene ejerciendo, toda vez que no lo ampara ningún fuero de estabilidad. Es obvio que esa competencia discrecional, en su ejercicio, no puede ser arbitraria y como todas las actuaciones del Estado debe estar originada en motivos de interés general y de buen servicio, sin que deban expresarse en el acto que la concreta.

"En el presente caso, el acto demandado concretó esa competencia discrecional al declarar insubsistente el nombramiento del actor, sin que se haya desvirtuado la presunción de legalidad que se predica de los actos administrativos, ya que por el contrario y como acertadamente lo anota la distinguida Colaboradora Fiscal del análisis de su hoja de vida puede verse cómo el señor Goyes Armero no era un buen funcionario y por el contrario, fue objeto de varias llamadas de atención y multas durante el lapso comprendido entre enero y junio de 1978, por faltar o abandonar el servicio y por estar bajo efectos del licor durante sus horas de trabajo.

"Lo anterior comprueba que la desvinculación del actor, evidentemente fue por razones del buen servicio, en cuanto se trataba de un funcionario que no cumplía adecuadamente con sus obligaciones lo que lleva a la conclusión que en el presente caso el acto impugnado se expidió de acuerdo con el marco jurídico que reconoce la discrecionalidad a la autoridad nominadora.

"En lo que hace referencia al desconocimiento del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, no cree el Tribunal que se haya desconocido ese derecho con la expedición del acto impugnado, toda vez que en el mismo no se le hace al actor ningún cargo, del cual debiera defenderse, justamente porque la administración utilizó la competencia discrecional que tenía, para desvincularlo a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

"Finalmente, con relación a los artículos 4 y 35 del Decreto 625 de 1974, que también son citados como disposiciones violadas, la Sección considera que no solo no fueron violados por el acto impugnado en cuanto el primero de ellos se refiere al Jefe del Departamento a quien le asigna la dirección del mismo, dirección que será ejercida con la colaboración inmediata del Secretario General y del Jefe de la Dirección Central de Inteligencia y no hace ninguna referencia al asunto motivo de la presente controversia, y el artículo 35 del citado Decreto 625 de 1974, tampoco establece lo anotado por el señor apoderado del actor en el sentido de que el director solo puede declarar insubsistente al agente sindicado por delitos cometidos en el servicio, sino que dicho artículo textualmente establece:

'Artículo 35. Los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad a quienes, por razón de actos ejecutados en ejercicio de sus funciones y por razón de las mismas, se les sindique como infractores de la ley penal, no serán destituídos mientras no recaiga sobre ellos sentencia condenatoria, pero el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad podrá declarar insubsistente el nombra-

miento cuando a su juicio, sea inconveniente la permanencia de éste en la Institución. Si durante el proceso se decretara su detención, la cumplirá dentro de las respectivas unidades. Mientras estén suspendidos como consecuencia de la detención, devengarán medio sueldo'.

"De su texto puede concluirse claramente que por el contrario de lo argumentado por la parte actora y tal como lo anota nuestra distinguida colaboradora fiscal, el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, puede declarar insubsistente el nombramiento de un agente cuando a su juicio, sea inconveniente su permanencia en la Institución, aunque se esté adelantando una investigación de tipo penal por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones y, obviamente, si puede hacerlo en esos casos, con mayor razón lo podrá hacer respecto de agentes que no se encuentran en dicha situación.

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 Administrativo de Cundinamarca, el 17 de julio 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 4 de mayo de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

REMESAS AL EXTERIOR DE RENTAS GENERADAS EN COLOMBIA.— Retenciones del valor de los impuestos.

Declárase la nulidad de la frase "De esta cifra se deducirán los impuestos correspondientes" que forma parte del artículo 2o. de la Resolución No. 1 de 24 de julio de 1973 dictada por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: **Expediente No. 6640.**
Actor: **CARLOS URRUTIA VALENZUELA. Nulidad y suspensión provisional de la Resolución No. 1 de 1973, expedida por el Comité de Regalías.**
Autoridades Nacionales.

El ciudadano abogado Carlos Urrutia Valenzuela, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, formuló demanda ante esta Corporación para que se declare la nulidad de la frase "de esta cifra se deducirán los impuestos correspondientes" incorporada al artículo 2o. de la Resolución No. 1 de 24 de julio de 1973, dictada por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico.

El actor considera que con la frase mencionada se quebrantaron, por desconocimiento e indebida aplicación, los artículos 30, 43, 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional; el artículo 102 del Decreto 444 de 1967 (modificado por el artículo 6o. del Decreto 688 de 1967) y el artículo 7o. del mismo decreto.

Como concepto de violación expuso:

"El concepto de la violación de las normas constitucionales y legales antes mencionadas lo expongo así:

"1o. *Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional.*

"Al determinar la Resolución No. 1 de 24 de julio de 1973, del Comité de Regalías que del valor de las sumas que los distribuidores pueden legalmente remesar al exterior, '. . . se deducirán los impuestos correspondientes', no cabe duda que se configura una clara violación del artículo 30 de la Constitución Nacional. En efecto, los distribuidores gozan del derecho a recibir las participaciones que le son reconocidas de acuerdo con los contratos que celebran y, consecuentemente, derecho a gastar libremente los dineros correspondientes.

"Tales contratos tienen plena validez legal y con ellos no se quebranta norma alguna, lo que implica que la libre disponibilidad de los dineros que devengan los distribuidores constituye claro 'derecho adquirido con justo título' y como tal, acreedor a gozar de la especial garantía consagrada en el artículo 30 de la Carta. Como el Comité de Regalías en la práctica pretendió prohibirle a los distribuidores destinar el saldo no remesable de sus participaciones para pagar impuestos es indiscutible que con ello desconoció y vulneró la especial garantía que ampara la propiedad privada y los demás derehos adquiridos con justo título.

"Si bien es cierto que el constituyente tiene la obligación de pagar sus impuestos, por la cuantía establecida por la ley y en el tiempo determinado por la misma, una dependencia como lo es el Comité de Regalías, no puede inmiscuirse en la libre disposición de los fondos de los contribuyentes, cortando así sus libertades fundamentales. Si el contribuyente demuestra haber pagado los impuestos que adeude no puede el Comité de Regalías deducir de la cantidad que tiene derecho a remitir al exterior el valor de los mismos impuestos.

"De otra parte, la realidad ha demostrado que queda un dinero congelado en el país a favor de los productores extranjeros después de remesarse al exterior la cantidad permitida, suma con la cual pueden los productores de películas pagar todas sus obligaciones tributarias, o parte de ellas.

"En vista de que el Comité incurrió en clara violación del artículo 30 de la Constitución al establecer que de la cantidad remesable al exterior por los distribuidores de películas se deben deducir los impuestos correspondientes, lo que equivale a privar a los contribuyentes de la libre disposición de sus propios fondos, es procedente anular la parte pertinente del artículo 2o. de la Resolución No. 1 de julio 24 de 1973, expedida por dicho Comité.

"En cuanto a la violación del artículo 43 de la Constitución, lo concreto así:

"El artículo 43 de la Constitución Nacional establece que 'en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones'. Dicha norma constitucional radica en el Congreso la facultad de legislar sobre materias impositivas. Como el hecho de pretender deducir de las remesas que se hacen por arrendamientos de películas todos los impuestos de renta y de remesas implica que se está intentando ejercitar la facultad de legislar sobre materias impositivas, facultad que, como se dijo antes, le corresponde al Congreso, el Comité de Regalías incurrió en violación flagrante del artículo 43 de la Carta fundamental.

"La violación del artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución la expreso así:

'La potestad reglamentaria consagrada en dicha norma quedó radicada en el Presidente de la República, quien para ejercerla expide órdenes, decretos y resoluciones. Sin embargo, mediante la Resolución 1 de 1973 el Comité de Regalías pretendió dictar normas de carácter general para reglamentar lo relacionado con las cantidades remesables al exterior de las participaciones que los distribuidores de películas devengan como consecuencia de los contratos de arrendamiento con precio pactado por el sistema de regalías'.

"Esa facultad reglamentaria no la podía ejercer el Comité porque, en primer lugar, le está asignada al Presidente de la República, y en segundo lugar, porque el Presidente nunca la ha delegado en cabeza del Comité.

"En cuanto a la violación de los artículos 102 del Decreto 444 de 1967 (modificado por el artículo 6o. del Decreto 688 de 1967) y 7o. del Decreto 688 de 1967, la concreto en la siguiente forma:

"La violación consiste en que el Comité de Regalías, al establecer que de las cantidades remesables al exterior se deben deducir los 'impuestos correspondientes', incurre en abuso y desviación de las atribuciones que le son propias y que están contenidas en los artículos 102 del Decreto 444 de 1967 (modificado por el artículo 6o. del Decreto 688 de 1967) y 7o. del Decreto 688 de 1967. Dichas funciones son las de autorizar el registro de los contratos de regalías en la Oficina de Cambios y las de ejercer la vigilancia sobre la ejecución de dichos contratos. Puede asimismo el Comité limitar la cuantía de las regalías o arrendamientos que podrán ser remesadas. Lo que no puede hacer el Comité de Regalías sin desviarse de las atribuciones propias que la ley le ha conferido, es determinar el modo como debe cumplir el contribuyente sus obligaciones tributarias y obligarlo a deducir de la cantidad remesable al exterior los impuestos correspondientes a la renta y complementarios y a las remesas, especialmente teniendo en cuenta que el contribuyente cuenta con fondos propios suficientes para pagar esos impuestos sin mermar las remesas que los reglamentos vigentes autorizan".

Se practicaron algunas pruebas en especial la comunicación de la Oficina de Cambios del Banco de la República que fija criterio sobre la remesa de utilidades y comisiones al exterior, por medio de la cual se absolvió consulta sobre esa materia y la aclaración hecha por el Comité de Regalías sobre su incompetencia para determinar a qué impuestos se refiere la frase del artículo 2o. de la Resolución No. 1 de 24 de julio de 1973 originaria de esa Oficina (folios 39, 40, 41 y 44 del expediente).

Tramitado el negocio, se oyó el concepto del señor Fiscal Sexto del Consejo de Estado y el proceso se encuentra listo para ser resuelto.

El Fiscal Sexto del Consejo de Estado considera que debe anularse la frase acusada y para ello hace las siguientes consideraciones:

"Disponen los artículos 6o. y 7o. del Decreto 688 de 1967:

"Artículo 6o. El artículo 102 del Decreto 444 de 1967 quedará así:

'Para tener derecho a giros al exterior por concepto de regalías, comisiones, uso de marcas, patentes y similares, los contratos que se celebren a partir de la vigencia de este decreto y las prórrogas de los ya celebrados deberán registrarse en la Oficina de Cambios, previa aprobación de un comité integrado por los siguientes funcionarios o los representantes que ellos designen:. . .

'El Comité podrá autorizar o negar el registro de los contratos a que se refiere este artículo teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

'a) Utilidad del contrato para el desarrollo económico y social y relación de ella con los desembolsos en moneda extranjera a que pueda dar lugar el contrato;

'b) Posibilidad de elaborar el producto en condiciones similares sin gravarlo con regalías, mediante el uso de procedimientos ordinarios susceptibles de aplicarse para tal fin conforme a los avances de la tecnología moderna y al desarrollo de la industria nacional;

'c) Tratados públicos celebrados por Colombia y prácticas internacionales prevalecientes en este campo;

'd) Efectos del contrato sobre la balanza de pagos del país;

'e) Extensión del mercado a que puedan destinarse los productos fabricados bajo el contrato, y,

'f) Vigencia de la patente.

'Parágrafo. En ningún caso podrá autorizarse el registro de contratos que impliquen una violación de las normas del presente decreto sobre transferencia de capitales al exterior.

'Artículo 7o. Para tener derecho a giros al exterior por concepto de regalías, comisiones, uso de marcas, patentes y similares pactadas en contratos válidamente celebrados con anterioridad al Decreto 444 de 1967, estos deberán registrarse en la Oficina de Cambios, previa aprobación del Comité creado en el artículo anterior.

'El Comité podrá autorizar o negar el registro, teniendo en cuenta las normas y criterios establecidos en dicho artículo y podrá también limitar la cuantía de las transferencias cuando ésta fuere excesiva.

'Si el registro se niega o si el Comité limita la cuantía de los giros, la obligación de pago en moneda extranjera o de la parte de ella que no pueda cubrirse en dicha moneda, según el caso, podrá cumplirse en moneda legal a la tasa de cambio que rija en el mercado de capitales al momento del pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 248 del Decreto 444 de 1967'.

"De conformidad con los textos transcritos, los contratos que impliquen giros al exterior por concepto de regalías, comisiones, uso de marcas, patentes y similares, que fueren celebrados antes (artículo 7o.) o a partir de la vigencia del Decreto 688 de 1967, o que se prorroguen después de ella (artículo 6o.), requieren de registro en la Oficina de Cambios y de una autorización del Comité de Regalías para cumplirse.

Dicha oficina podrá autorizar o negar el registro de conformidad con los criterios que señala la norma.

"De esta facultad otorgada por la ley al Comité de Regalías y a la Oficina de Cambios, no puede deducirse que se extienda hasta el punto de reglamentar lo relativo al recaudo de los impuestos que los contribuyentes respectivos están obligados a cubrir al erario. En efecto, la ley solamente quiso que las mencionadas dependencias ejercieran un control sobre los giros al exterior y la celebración de contratos que impliquen dichos giros, para lo cual estableció unos criterios fundamentales que limitan la posibilidad de celebración de toda clase de contratos (artículo 6o., Decreto 688 de 1967).

"2o. La forma como ha de hacerse el recaudo de los impuesos que la ley establece, compete exclusivamente al Presidente de la República y al ministro del ramo respectivo de conformidad con el artículo 120-3 de la Constitución, pues es el Gobierno a quien corresponde expedir las normas necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Por ello, no podía el Comité de Regalías disponer como lo hizo en el artículo 2o. de la Resolución No. 1 de julio 24 de 1973, señalar la forma como deben cumplir su obligación tributaria los distribuidores de películas cinematográficas a porcentaje, sin exceder sus facultades legales y violar el artículo 120-3 de la Carta Política.

"3o. No encuentra la Fiscalía violación alguna del artículo 43 de la Carta, pues aunque es evidente que solamente el Congreso (o el legislador extraordinario), las asambleas departamentales y concejos municipales pueden establecer obligaciones tributarias dentro del marco de sus respectivas competencias, también lo es que la norma acusada no crea o establece impuesto o contribución alguna, sino que se limita a señalar un mecanismo o forma de 'retención' de los impuestos a que está obligado por ley el distribuidor de películas cinematográficas a porcentaje, aspecto, como se dijo anteriormente, está reservado por la Constitución al Presidente de la República.

"Tampoco se observa violación del artículo 30 de la Constitución Nacional, pues la norma no desconoce derechos adquiridos de los citados contribuyentes ni crea gravámenes sobre su propiedad".

La Sala comparte íntegramente las apreciaciones de la Colaboradora Fiscal, doctora Susana Montes de Echeverri e incorpora como motivación de esta decisión el texto ya transcrito de ese concepto por encontrarlo ajustado a derecho; pero además cabe observar que la frase acusada es muy vaga y no determina a qué clase de impuestos se refiere. Así mismo, debe anotarse que existen normas de carácter tributario que establecen retenciones del valor de los impuestos para el caso de remesas al exterior de rentas generadas en Colombia, que son las que gobiernan el mecanismo de cobro de los impuestos, por ser dichas autoridades las competentes para hacerlo.

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:

DECLARASE la nulidad de la frase "de esta cifra se deducirán los impuestos correspondientes" que forma parte del artículo 2o. de la resolución No. 1 de 24 de julio de 1973 dictada por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día cinco de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado, secretario.

REINTEGRO DE DIVISAS.— Provenientes de exportaciones están sometidas a un régimen riguroso y especial que puede ser modificado por las autoridades monetarias según las conveniencias nacionales, para mantener un equilibrio en los medios de pago internos, de suerte que quien exporte está necesariamente sometido a que su operación de reintegro de las divisas se cumpla dentro del término vigente en el momento en que se realice el mencionado reintegro.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio once (11) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Expediente No. 6718.
Actor: **Sociedad Minera Boyacense Ltda. Nulidad decisiones administrativas de la Junta Monetaria y de la Dirección General del Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO.**

Autoridades Nacionales.

La Sociedad Minera Boyacense Ltda. por medio de apoderado debidamente constituido formuló demanda en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, para que previos los trámites procesales correspondientes se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la decisión de la Junta Monetaria de la República de Colombia, adoptada en su reunión del 17 de octubre de 1979 y comunicada al apoderado judicial de la sociedad actora por el secretario de la entidad el día 19 del mismo mes y año, mediante oficio No. 324, por la cual se niega la declaratoria de inaplicabilidad de la Resolución No. 38 de 1979 de la misma Junta Monetaria a los certificados de cambio originados en reintegros de las exportaciones de esmeraldas efectuadas por la Sociedad Minera Boyacense Ltda., el día 11 de mayo de 1979, a los Estados Unidos de Norteamérica, para que en su lugar, se dé aplicación a lo dispuesto en la Resolución No. 17 de 1979 de la Junta Monetaria de la República y se reconozcan las sumas de dinero a que haya lugar.

"Segunda. Que es, igualmente nula, la decisión de noviembre 20 de 1979 distinguida con el número P-DJ-07571 del señor director del Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO, por medio de la cual se consideró sin competencia para pronunciarse sobre las peticiones elevadas ante dicho organismo por el apoderado de la 'Sociedad Minera Boyacense Ltda', por medio de memorial del 14 de noviembre de 1979, relacionadas con la declaratoria de inaplicabilidad de la Resolución No. 38 de 1979 de la Junta Monetaria de la República a los 'Certificados de Cambio' originados en las exportaciones de bienes efectuadas con anterioridad al 23 de mayo de dicho año; se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 3o. de la Resolución No. 17 del mismo año de la citada Junta Monetaria; y se paguen las sumas de dinero correspondientes.

"Tercera. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la Resolución No. 38 de mayo 23 de 1979 de la Junta Monetaria de la República de Colombia, en su artículo 4o., es inaplicable a los 'Certificados de Cambio' originados en las exportaciones de bienes efectuadas por la sociedad actora con anterioridad al 23 de mayo de 1979, fecha de expedición y vigencia del citado acto jurídico.

"Cuarta. Que, igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se declare que los 'Certificados de Cambio' expedidos por las autoridades colombianas —Banco de la

República, etc.— en favor de la firma 'Sociedad Minera Boyacense Ltda.', y originadas en el reintegro del valor de las exportaciones de esmeraldas efectuadas por la precitada sociedad a los Estados Unidos de Norteamérica, según los formularios de Registro de Importación Nos. A-21487E y A-22598 de mayo 11 de 1979, se debían adquirir y pagar por el Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO, directamente o a través del Banco de la República, a la tasa de cambio oficial vigente en la fecha de la operación, según los términos de la Resolución No. 17 de febrero 26 de 1979 de la Junta Monetaria, vigente en el momento de las exportaciones efectuadas por la sociedad que represento.

"Quinta. Que, igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación, —Ministerio de Hacienda, Junta Monetaria y Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO, solidariamente— a reconocer y pagar a la firma 'Sociedad Minera Boyacense Ltda.' las sumas de dinero constituídas por las diferencias de precio de los 'Certificados de Cambio' originados en las exportaciones de esmeraldas efectuadas por la sociedad actora, conforme a los registros de importación números, A-21487E y A-22598 de mayo 11 de 1979, al no ser expedidos ellos para ser pagados a la vista y según la tasa de cambio oficial vigente en la fecha de la operación y existentes en relación con 'Certificados de Cambio' pagaderos a corto plazo y negociables a través de las Bolsas de Valores a los precios vigentes en ellas en las fechas de la venta; más los intereses comerciales corrientes de dichas sumas de dinero, según certificación de la Superintendencia Bancaria que se produzca dentro del proceso; todo ello avaluado por peritos designados por el Honorable Consejo de Estado dentro del juicio.

"Sexta. A la sentencia se dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Como hechos de la demanda el actor relató que su poderdante en desarrollo de un contrato celebrado con Empresa Colombiana de Minas, ECOMINAS, procedió a tramitar la exportación de esmeraldas originarias de la reserva fiscal de Muzo (Boyacá) y al efecto obtuvo dos registros de exportación distinguidos con los números A-21487E y A-22598E de mayo 11 de 1979 para enviar a la ciudad de Miami Florida 5.510 y 14.037 kilates de esmeraldas en bruto, respectivamente, por un valor de US$ 1.207.000 y US$ 2.562.145 para un total de $ 3.769.145; que el día 12 de mayo de 1979 se envió dicho cargamento a la ciudad de Miami en el vuelo No. 918 de Braniff y que cuando la sociedad exportadora, por conducto del Banco de Colombia, quiso realizar el reintegro de parte del valor de las esmeraldas exportadas, el Banco de la República le entregó 'Certificados de Cambio' para negociar en la Bolsa de Valores, en vez de liquidar el reintegro en la fecha de la operación al valor del cambio oficial vigente con fundamento en que así lo había dispuesto la Resolución No. 38 de mayo 23 de 1979 proferida por la Junta Monetaria y que modificó lo previsto en la Resolución No. 17 de 26 de febrero del mismo año y de la misma Junta Monetaria.

Que igual fenómeno ocurrió al efectuar otro reintegro proveniente de la misma exportación el día 7 de diciembre de 1979 y que por ello la sociedad exportadora se dirigió a la Junta Monetaria para pedirle que declarara inaplicable para este caso la Resolución No. 38 por haber sido expedida con posterioridad a la exportación de esa mercancía, habiendo recibido respuesta negativa a su petición.

Igualmente se hizo similar solicitud al Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO, quien mediante comunicación del 20 de noviembre de 1979, consideró que no era competente para resolver lo pedido pues esa competencia radicaba en la Junta Monetaria.

Finalmente anota que el valor total de la exportación se hizo mediante reintegros efectuados el 2, 20, 27 de noviembre y 19 de diciembre de 1979 recibiendo igualmente certificados de cambio en las mismas condiciones relatadas anteriormente.

El actor sostiene en el punto sexto de los hechos que:

"6o. Según los términos de la Resolución No. 17 de 26 de febrero de 1979, proferida por la Junta Monetaria de la República de Colombia, en los precitados registros de importación se garantizó a la firma exportadora 'Sociedad Minera Boyacense Ltda.' el reintegro de los US$ 3.769.145 al tipo de cambio vigente en la fecha de la operación o transacción comercial".

Como disposiciones violadas señaló el demandante los artículos 2o, 16 y 30 de la Constitución Nacional; el artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959; el artículo 5o. de la Resolución No. 38 de 1979 y el artículo 3o. de la Resolución No. 17 de 1979, ambas de la Junta Monetaria.

Como concepto de violación expresó:

"El problema jurídico controvertido consiste en determinar si los reintegros de los valores de las exportaciones de esmeraldas, efectuadas por la sociedad actora a los Estados Unidos de Norteamérica el día 12 de mayo de 1979, según registros de importación Nos. A-21487E y A-22598E de 11 de mayo del mismo año del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX, debían gobernarse por las disposiciones de la Resolución No. 17 de febrero 26 de 1979 de la Junta Monetaria de la República, (artículo 3o.) vigente en la fecha en que dichas exportaciones se realizaron, y en consecuencia, los 'Certificados de Cambio' provenientes de esas exportaciones debían ser adquiridos por el Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO, a la tasa de cambio vigente en la fecha de la operación, o si, por el contrario, los susodichos reintegros de los valores de las exportaciones de esmeraldas se gobiernan por las nuevas disposiciones de la Resolución No. 38 de mayo 23 de 1979 de la Junta Monetaria (artículo 4o.) modificatoria de la Resolución No. 17 de febrero 26 de 1979 de la misma Junta, y en consecuencia, los 'Certificados de Cambio' originados en reintegros de exportaciones de esmeraldas, serían expedidos por el Banco de la República a los exportadores para ser pagados a corto plazo o para ser negociados en las Bolsas de Valores a los precios corrientes en ellas, caso éste en el cual los actos administrativos acusados estarían ajustados a derecho.

"Para llegar a una conclusión, debemos previamente transcribir las disposiciones de las resoluciones que gobiernan el problema debatido:

'*Resolución No. 17 de febrero 26 de 1979 de la Junta Monetaria, artículo 3o.*

'3o. Cuando el Fondo de Promoción de Exportaciones adquiera los 'Certificados de Cambio' originados en las exportaciones de bienes, los pagará a la tasa de cambio vigente en la fecha de la operación.

'Artículo 5o. (Ibídem). Esta resolución regirá desde el 1o. de abril de 1979, y a partir de esa fecha deroga la número 33 de 1977.

'*Resolución No. 38 de mayo 23 de 1979 de la Junta Monetaria, artículo 4o.*

'Se excluyen del régimen señalado por la Resolución No. 17 de 1979, los 'Certificados de Cambio' originados en reintegros de exportaciones correspondientes a las siguientes posiciones del arancel de aduanas:

42.02.01.00	64.02
42.03	71.01
56.05	71.02
56.06	94.01.01.00
56.07	94.03.01.00
61.01.04.00	

'Artículo 5o. (Ibídem). Esta resolución rige desde la fecha de su expedición.

'La posición del arancel de aduanas No. 17.02 corresponde a esmeraldas'.

"Como se puede ver, conforme al régimen jurídico establecido por la Resolución No. 17 de 1979 de la Junta Monetaria, artículo 3o., que rigió entre el 1o. de abril y el 23 de mayo de 1979, los 'Certificados de Cambio' provenientes de *exportaciones de toda clase de bienes*, se adquirirían por el Fondo de Promoción de Exportaciones, a la tasa de cambio vigente en la fecha de la operación; vale decir, para el caso controvertido, para los días 25 de junio, noviembre 2, noviembre 20, noviembre 27, diciembre 7 y diciembre 19 de 1979; por el contrario, conforme al régimen jurídico establecido por la Resolución No. 36 de mayo 23 de 1979 de la Junta Monetaria para varias posiciones del arancel de aduanas, entre otras la correspondiente a esmeraldas, los reintegros por concepto de exportación de esmeraldas se harían conforme al régimen de expedir 'Certificados de Cambio' pagaderos a 90 días, pero que pueden ser negociados en las Bolsas de Valores del país a los precios señalados en ellas que implican un menor precio de cerca del 9% en relación con el tipo de cambio oficial.

"La Junta Monetaria al formulársele la reclamación administrativa, negó las peticiones consistentes en que se declarara inaplicable la Resolución No. 38 de 1979 a las exportaciones de esmeraldas efectuadas por la actora con anterioridad a la fecha de vigencia (sic) de ésta, es decir, con anterioridad al 23 de mayo de 1979, y se dispusiera que los 'Certificados de Cambio' se adquirieran por PROEXPO al tipo o tasa de cambio vigente en la fecha de la operación, por considerar que la precitada resolución es 'de aplicación general inmediata, sin que se pueda argüir que afecta situaciones anteriores a su vigencia', ya que los derechos adquiridos de que trata el artículo 30 de la Constitución Nacional, hace relación a aquellos derivados de la Ley Civil.

"El problema así planteado, nos lleva a expresar que se trata, en últimas, de un caso de aplicación de la ley, de las normas jurídicas, en el tiempo: es posible que las normas jurídicas tengan efecto retroactivo. O mejor, ¿es posible que las normas jurídicas de carácter económico, constituyan una excepción al principio general de derecho universalmente aceptado, según el cual las leyes, salvo el caso especial de las normas de carácter penal, rigen o tienen efectos solo para el futuro?

"Todos sabemos que ha sido un principio legislativo y jurídico universalmente aceptado, el que las leyes no tienen efecto en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa disposición en contrario. En el derecho penal, por el contrario, puede existir esa retroactividad cuando la nueva legislación es más favorable al reo.

"En el caso *sub-júdice*, la nueva disposición, o sea, la Resolución número 36 de 1979 de la Junta Monetaria, no estableció ese efecto retroactivo de sus disposiciones y, por el contrario, expresamente dispone en su artículo 5o. que ella rige 'desde la fecha de su expedición'; consecuencia de ello, es que las exportaciones de esmeraldas efectuadas al amparo de una legislación que le permitía a los exportadores obtener el reintegro de las divisas provenientes de ellas, en forma inmediata y pagadas al tipo de cambio oficial señalado para el 'Certificado de Cambio', seguían rigiéndose por las normas contenidas en la Resolución No. 17 de 1979 de la Junta Monetaria, así ésta hubiere sido parcialmente modificada con posterioridad a las exportaciones y antes de que se trajeran al país las divisas materia del reintegro.

"Sostener lo contrario, equivale a desconocer ese principio universal de derecho y autorizar a la administración pública para que realice la tramposa política de estimular ciertas actividades o industrias, mediante el otorgamiento de tratamientos

jurídicos-económicos especiales a los industriales o comerciantes del país, que no se cumplen posteriormente y que se eluden con el sencillo expediente de modificar las disposiciones que regulan ese tratamiento jurídico-económico especial o de excepción y con el argumento de que se trata de medidas administrativas de aplicación general inmediata.

"Nadie puede desconocer que una medida financiera y económica dictada por la administración o dispuesta por el legislador, por las repercusiones que trae para la comunidad, por lo general, entra a regir tan pronto es expedida o sancionada y promulgada; pero de allí a sostener que esa nueva disposición restrictiva u odiosa, gobierna situaciones jurídicas creadas con anterioridad y de conformidad con normas que los particulares suponen se respetarán por quien las dictó, con fundamento en las cuales han efectuado sus operaciones mercantiles, hay una diferencia considerable y una posición inaceptable.

"En el evento materia de la controversia, la sociedad actora realizó unas transacciones comerciales con una firma extranjera, sobre la base incontestable de que las divisas o certificados de cambio provenientes de esas exportaciones, se le pagarían de contado y al tipo de cambio oficial vigente en la fecha de la operación: fecha de venta de esos certificados de cambio.

"Sin embargo, ese régimen jurídico que lo amparaba no se respetó y dándole aplicación la administración a nuevas normas, que solo pueden regir para el futuro, le reintegró las divisas provenientes de las exportaciones con los denominados 'Certificados de Cambio', pagaderos a un plazo de 90 días, con lo cual se le causó a la actora un perjuicio grave, consistente en tener que esperar los 90 días para hacer efectivos los dineros, con el consiguiente lucro cesante, o tener que vender esos 'Certificados de Cambio' al precio que tuvieran en las Bolsas de Valores, con el consiguiente daño emergente y el respectivo lucro cesante, pues todos sabemos que este precio es inferior al tipo de cambio oficial para certificados pagaderos a la vista.

"En tales condiciones, la acción contenciosa ejercitada persigue que la Nación —Ministerio de Hacienda y Fondo de Promoción de Exportaciones, solidariamente, reconozca y pague el valor del lucro cesante que tuvo la sociedad actora durante el tiempo en que no pudo obtener el reintegro en pesos colombianos del valor de las exportaciones efectuadas, como consecuencia de habérsele expedido por el Banco de la República 'Certificados de Cambio' para cobrar en el término o plazo previsto en las normas legales, lucro cesante que está constituido por el valor de los rendimientos o intereses comerciales corrientes causados durante dicho lapso, si es que mi representada no negoció los 'Certificados de Cambio' que se le expidieron, en una Bolsa de Valores; y si, por el contrario, negoció dichos 'Certificados de Cambio' en una Bolsa de Valores, se le reconozca y pague el valor del daño emergente y el lucro cesante sufridos; el daño emergente, el menor valor o diferencia de precio entre los 'Certificados de Cambio' pagaderos a la vista y los 'Certificados de Cambio' pagaderos al vencimiento del plazo señalado por las disposiciones legales; el lucro cesante, constituído por los rendimientos o intereses comerciales corrientes causados sobre la diferencia del valor de los 'Certificados de Cambio' negociados, desde la fecha de la expedición de ellos hasta el día en que se paguen las diferencias de precio por parte de la administración.

"Los perjuicios surgen, repito, de la circunstancia de no haberse dado cumplimiento a la Resolución No. 17 de 1979 de la Junta Monetaria de la República, que establecía que los certificados de cambio provenientes de las exportaciones de bienes, sin exclusión alguna, serían adquiridos por el Fondo de Promoción de Exportaciones al tipo de cambio oficial vigente en la fecha de la operación".

Tramitado el negocio en forma regular se practicaron las pruebas solicitadas por el demandante y en la debida oportunidad se hicieron parte como impugnadores de la misma el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Gerente General del Banco de la República quienes mediante apoderado se opusieron a la prosperidad de las peticiones.

Dijo así el impugnador en la parte pertinente de su memorial:

"2o. *El régimen de exportaciones en Colombia.*

"2.1. Conforme al artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1967: 'La exportación de productos nacionales es libre, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por las leyes o convenios internacionales vigentes (. . .). Parágrafo. Queda prohibida la exportación de bienes que formen parte del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación: Según la misma norma el Consejo Directivo de Comercio Exterior fija la política de exportación; y el artículo 51 del mismo Estatuto reza: "Toda exportación requiere registro ante el INCOMEX. Para obtenerlo los exportadores deberán cumplir previamente con los requisitos señalados en este Estatuto y con los que establezca el Consejo Directivo de Comercio Exterior (. . .)". La misma norma excluye al equipaje de los viajeros, los productos colombianos que se lleven como muestras y las exportaciones de muestras y de productos colombianos en cantidades no comerciales.

"2.2. De acuerdo con el artículo 54 del Estatuto de Cambios Internacionales y Comercio Exterior, expedido por Decreto-Ley 444 de 1967, existe la obligación por parte del exportador de reintegrar al Banco de la República la totalidad de las divisas provenientes de cada exportación. Para garantizar esta obligación debe presentarse una garantía. El artículo 57 del Estatuto citado faculta a la Junta Monetaria para establecer las garantías y el plazo de reintegro de las divisas originadas en exportaciones. La Resolución 38 de la Junta Monetaria regula las garantías. El artículo 2o. establece los tipos de garantías admisibles: 'La garantía de que trata el artículo anterior podrá ser bancaria o personal con cláusula penal de acuerdo con las circunstancias y condiciones que para ellas se señalen en los artículos siguientes'. La Resolución 50 de 1976, señala "en doscientos setenta (270) días, contados a partir de la fecha de aprobación del registro de exportación, el plazo máximo dentro del cual deben reintegrarse en forma definitiva al Banco de la República las divisas provenientes de las exportaciones distintas de café (. . .).

"2.3. En síntesis tenemos que la operación de exportar es libre. Para llevarla a cabo el comerciante exportador debe obtener registro de exportación para lo cual se le exige garantía de reintegrar.

"3o. *Reintegro de Divisas*

"3.1. El artículo 4o. del Estatuto Cambiario señala: 'La posesión y negociación de oro y divisas, se ceñirán a las disposiciones de este decreto. Con las excepciones en él establecidas, los ingresos en moneda extranjera se venderán al Banco de la República o se canjearán en esta Institución por 'Certificados de Cambio', según el caso (. . .)'.

"El 5o. establece: 'La norma del artículo precedente sobre obligaciones de negociar las divisas con el Banco de la República se aplicará especialmente a los siguientes ingresos: a) los provenientes de exportaciones de bienes y servicios; (. . .)'. El 10 expresa: 'Las divisas se negociarán en los mercados de certificados de cambio y de capitales, conforme a las normas establecidas en este capítulo. Corresponde a la Junta Monetaria señalar inicialmente los ingresos y egresos que constituyen cada uno de los mercados de cambio exterior, pero los que se asignen al mercado de capitales podrán trasladarse al de certificados de cambio mediante resoluciones de la misma Junta (. . .)'.

"3.2. Mediante Resolución 24 de 1968 de la mencionada Junta Monetaria se unificaron los dos mercados que tenían justificación principal en cuanto para la época de la expedición del Decreto-Ley 444 de 1967 existían tasas diferenciales según productos y actividades. Todos recordamos por su efecto político y económico, la abolición de la tasa petrolera. Este comentario tiene relevancia más adelante cuando tratemos el tema de la tasa de cambio.

"3.3. El artículo 43 del Estatuto en mención instituye: 'corresponde a la Junta Monetaria autorizar o aprobar los sistemas y operaciones de compra y venta de divisas por el Banco de la República (. . .)'. El 45 señala: 'La utilidad que resulte a partir de la vigencia de este decreto en la cuenta especial de cambios constituirá un ingreso corriente a favor del Gobierno y su estimativo deberá incorporarse al presupuesto nacional. Para determinar la utilidad se tomarán los siguientes renglones: (. . .) b) Resultado neto en moneda legal de las operaciones de compra y venta de divisas del Banco de la República: (. . .)'.

"3.4. Artículo 54, Decreto-Ley 444 de 1967: 'La totalidad de las divisas provenientes de exportaciones deberá reintegrarse al Banco de la República (. . .)'.

"3.5. *Síntesis de los puntos 2 y 3.*

"El régimen de exportación está clara y expresamente regulado: es libre y se controla con el fin de lograr, y esto como objetivo específico del régimen de control de cambios de fomentar las exportaciones que permitan promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario. La obligación de reintegrar busca el equilibrio de la balanza de pagos. Un país en vía de desarrollo y a sabiendas de la amplia demanda de divisas para satisfacer necesidades de importación de bienes y servicios, como es el nuestro, requiere que toda venta al exterior genere divisas que permitan mantener un adecuado comercio internacional".

A continuación transcribe los artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del Decreto-Ley 444 de 1967 donde se establece la naturaleza y calidades del certificado de cambio que es el título representativo de moneda extranjera que debe entregar el Banco de la República a quien reintegre divisas por concepto de exportaciones y explica cómo juega el mercado de divisas y cuál es el régimen vigente de los certificados de cambio así:

"El Mercado de Divisas, la Balanza de Pagos y los Tipos de Cambio.

"Para mejor conceptualización y acudiendo a un método que no distraiga los objetivos de este alegato, acompañamos como anexo, dos capítulos del único trabajo completo que sobre nuestro régimen de cambios y comercio exterior se ha escrito. Desafortunadamente está inédito, pero es consultable en la biblioteca del Banco de la República. Su autor es el especialista en Derecho Económico, abogado Roberto Salazar Manrique.

"6o. *Régimen vigente de Certificados de Cambio.*

"En desarrollo de las facultades transcritas en el número 5 de este escrito y con definida política de dirección económica se han expedido a partir de la Resolución 25 de 1977, abril 13, medidas sobre certificados de control de cambios. Sobre dicha disposición se pronunció esa sección en sentencia de 27 de septiembre de 1979, radicación 5403.

"Con fundamento en las normas mencionadas y el Decreto-Ley 2206 de 1963 que claramente determina la competencia de la Junta Monetaria como autoridad normativa en materia cambiaria, monetaria y crediticia, y en especial los artículos 190 y 199, se expidieron las resoluciones materia de juicio. Esas normas legales expresan: "La

Junta Monetaria reglamentará las operaciones financieras del Fondo, dentro de las atribuciones que a ella le confieren las disposiciones legales vigentes'. Dentro de las regulaciones que expida la Junta Monetaria, el Banco de la República queda facultado para celebrar con el fondo las operaciones de financiación, descuento y garantía que se estipulen en el contrato previsto por el artículo 182.

"Dentro de las especiales funciones del Fondo de Promoción de Exportaciones, personas jurídicas de naturaleza empresa comercial, regulada por medio del Decreto 1175 de 1976, está la de: 'h) comprar, endosar, vender y descontar letras y otros documentos representativos de operaciones de captación'. Artículo 186, del Decreto-Ley 444 de 1967 y Decreto 1175 de 1976, artículo 6o. literal h). Dentro de su régimen legal, conforme a los artículos 31 del Decreto-Ley 3130 de 1968 y 37 del Decreto 1175 de 1976 en concordancia con el artículo 20 numerales 3o., 6o. y 7o.; sus actos son típicamente mercantiles, sujetos al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria.

"Es claro que descontar o comprar certificados de cambio, con fondos de cupos especiales establecidos por la Junta Monetaria en el Banco de la República, es una operación mercantil, como la hace un establecimiento de crédito, naturaleza que tiene y con marcada especialidad PROEXPO.

"7o. *Relación jurídica del Banco de la República, la Junta Monetaria y PROEXPO con el régimen jurídico de comercio exterior colombiano.*

"7.1. La Junta Monetaria es la autoridad normativa en materia cambiaria, crediticia y monetaria (Ley 21 de 1963; Decreto-Ley 2206 de 1963; Ley 7a. de 1973). Crea actos administrativos generales, impersonales y de orden público. No es de su competencia crear ni definir situaciones jurídicas particulares.

"7.2. El Banco de la República es una institución de naturaleza única, con régimen jurídico especial, y frente a la Junta Monetaria, el principal ejecutor de la política diseñada y contenida en las normas generales que en materia de cambios, crédito y moneda, expida".

.....

Más adelande afirma:

"7.3. PROEXPO, creado por el artículo 181 del Decreto-Ley 444 de 1967 y siguientes, regulado hoy por el Decreto 1175 de 1976, de naturaleza jurídica *empresa comercial* con carácter de establecimiento de crédito (artículo 1o. Decreto 1175 de 1976 y artículo 266 del Decreto-Ley 444 de 1967), se regula por las normas aplicables y en especial las mencionadas. Desarrolla su actividad comercial como los bancos y corporaciones financieras en lo que no le es especial y propio.

"7.4. Así tenemos en este caso: La Junta Monetaria en uso de sus facultades expide las Resoluciones 17 y 18 de 1979 relativas a certificados de cambio, en especial artículos 18 y 22 del Decreto-Ley 444 de 1967 y de crédito, Decreto-Ley 2206 de 1963 y artículos 190 y 199 del Decreto-Ley 444 de 1967; para ser emitidos a los exportadores en el momento del reintegro, conforme a los artículos 19 y 54 del Decreto-Ley 444 de 1967 y normas concordantes.

"Así las cosas, y dada la naturaleza negociable de tales títulos valores, artículo 18 del Decreto-Ley 444 de 1967, sus beneficiarios o tenedores pueden por simple endoso, artículo 651 del Código de Comercio, transferirlos en las condiciones del mercado intervenido y dirigido por la Junta Monetaria.

"Una posibilidad, entre otras, es negociarlos con PROEXPO en los casos autorizados por la ley y la Junta Monetaria.

"De esta manera y en la forma general y descriptiva del régimen jurídico constitucional y legal, aplicable al caso *sub-júdice*, con las citas de la jurisprudencia y la doctrina de más de 50 años, que hemos elaborado a propósito, y sin mayores comentarios por obvias razones, rechazamos, como en seguida lo explicaremos, los cargos de la demanda.

"8. No es cierto ni jurídico afirmar que la Junta Monetaria, con efecto retroactivo, excluyó del régimen de la Resolución 17 de 1979, la facultad de negociar por PROEXPO los certificados de cambio correspondientes a las exportaciones del numeral 71.02 del arancel de aduanas.

"8.1. Vemos: Quedó demostrada la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Junta Monetaria contenidos en las Resoluciones 17 y 38 de 1979. Esta indica expresamente: 'Artículo 5o. Esta resolución rige desde la fecha de su expedición. Dada en Bogotá, a 23 de mayo de 1979'.

"No pretende (y es equivocada la interpretación que se le ha querido dar), que tenga efectos retroactivos cuando con claridad determina su eficacia hacia el futuro como es debido. No puede creerse que el registro de exportación por su naturaleza cree situaciones jurídicas particulares y aun menos obligue al Estado a pagar a un precio o tasa el monto del reintegro. Los dos aspectos alegados en la demanda han sido de tiempo atrás definidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

"En síntesis se ha dicho: 'Que la libertad contractual en el comercio de importación y de exportación y de cambios internacionales, está restringida y limitada, por altos principios de orden público económico anexos al desarrollo comercial del país, al equilibrio de la balanza de comercio y a la estabilidad de la moneda colombiana, con el fin, entre otros, de evitar su desvalorización (. . .)'.

'Que si el principio de la libre estipulación consignado en el artículo 9o. de la Ley 35 de 1907, rige en toda su extensión para los negocios celebrados dentro del territorio de la República y que deben ejecutarse en ésta, no rige en la misma forma para los negocios de importación y exportación, los cuales están sometidos en cuanto a modo y forma de hacer el pago a las reglas sobre control de cambio internacional (. . .)'. La libre facultad de contratación, sin restricciones de ninguna especie, cedió el campo a la intervención estatal en beneficio de los intereses generales. La autonomía de la voluntad, en ciertos campos de la actividad humana, ha sufrido una restricción, impuesta por circunstancias atañederas a la defensa económica del país.

'Surgió entonces, de una manera clara y precisa, el orden público económico o sea la aplicación de ciertas normas de origen general que primando sobre el interés individual contempla la seguridad y beneficio económico de la sociedad y de las naciones. Las leyes dictadas en muchos países, entre otros Colombia, sobre moratoria, rebaja de deudas y de intereses, conversión de cédulas hipotecarias, etc., tienen como apoyo el principio de que se acaba de hacer mérito'. (Sentencia de 5 de abril de 1940. G.J. XLIX, páginas 219, 220, 222, a propósito de las medidas de control de cambio expedidas como consecuencia de la crisis económica de 1930)".

Finalmente llega a las siguientes conclusiones:

"1a. En ningún momento se configuró acto administrativo de carácter subjetivo, individual o particular, que pudiese dar lugar a la acción de plena jurisdicción con fundamento en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo.

"2a. Y si alguna lesión hubiese sufrido el patrimonio de la sociedad actora, éste se habría sabido a partir de la vigencia de la Resolución No. 38 de mayo 23 de 1979, de la Junta Monetaria, como lo dice la demanda.

"3a. La actora permitió la caducidad de la acción. Y habiendo advertido este fenómeno, trató de revivirla, haciendo peticiones impertinentes a la Junta Monetaria y a PROEXPO.

"4a. La Junta Monetaria no tenía, ni tiene, la atribución de excluir a personas determinadas del régimen legal de la política económica enmarcada por el Decreto-Ley 444 de 1967. El artículo 43 de este estatuto, señala entre otras facultades, la siguiente:

'Corresponde a la Junta Monetaria autorizar y aprobar los *sistemas y operaciones* de compra y venta de divisas por el Banco de la República . . .'.

"Es decir, sus normas tienen que ser de carácter general, impersonal o abstracto.

"5a. La petición que se hizo a PROEXPO con la evidente intención de revivir una posible acción que estaba caducada, es igualmente impertinente, pues tal entidad es de naturaleza jurídica de derecho privado, y dentro de sus fines comerciales es uno de los compradores que puede adquirir certificados de cambio de divisas.

"6a. La sociedad actora ya había negociado los certificados de cambio con el Banco de Colombia y otras entidades a partir del 23 de mayo de 1979, habiendo negociado unos a una tasa inferior al 41,78 y otros a una tasa superior, de acuerdo con las fluctuaciones del mercado. Podrá pensarse ¿en qué debe reintegrar cuanto recibió con la tasa mayor?

"7a. En el incomprensible informe pericial se alcanza a destacar ese hecho. Y, además, el de que la sociedad minera negoció certificados de cambio por valor de US$ 4.651.648.88, cuando los dólares provenientes de los registros de exportación números 06954 y 06958 del 11 de mayo de 1979 no pueden ser superiores a la suma de US$ 3.460.900.00. Y que no ha reintegrado al Banco de la República US$ 308.445.00.

"8a. El registro de exportación es uno de los requisitos que el exportador debe cumplir para llevar a cabo el negocio de la exportación. El exportador tiene la libertad comercial con las limitaciones que la ley impone al ejercicio de toda libertad. Este registro es apenas un acto intermedio de trámite. La operación culmina cuando recibe el certificado de cambio, todo de acuerdo con las normas legales y sus reglamentos administrativos. Las Resoluciones 17 y 38 de la Junta Monetaria están ajustadas a los preceptos del Decreto-Ley 444 de 1967. Tan cierto es esto que la actora ni siquiera ha insinuado que hubiesen sido dictados sin competencia legal, o excedídose del marco de sus atribuciones.

"9a. El registro de exportación no es un acto administrativo por el cual el Estado crea, o modifique o extinga una situación jurídica individual. Es un simple paso material del comerciante para comprobar ante el Estado y sus compradores la licitud de esta exportación. Son actos materiales de los cuales da fe un funcionario del Estado. (Igual cosa ocurre cuando se hace una importación). La operación material culmina con la venta de los certificados al tipo de cambio vigente en la fecha de la venta. El exportador manejó a su arbitrio la venta con el Banco de Colombia y los vendió en distintos contados al precio de venta vigente en distintas fechas entre junio y diciembre de 1979, todo a juicio y conveniencia suyos.

"10a. Estamos en presencia de un conflicto entre un interés privado, el del exportador de esmeraldas, y el interés público o social de controlar las exportaciones y el ingreso de divisas. El artículo 30 de la Constitución manda que prevalezca el interés público o social sobre el interés privado. Por eso el exportador está legalmente obligado, si perfecciona la venta de su mercancía, a vender los dólares del producto de la venta a cualquiera de las entidades autorizadas por la Superintendencia Bancaria para adquirirlos, ya sea el Banco de la República, a PROEXPO, o a la Bolsa de Bogotá o de otras ciudades, o a los Bancos Comerciales, por razones económicas de la política cambiaria del país, a la tasa vigente en el momento de la operación comercial de compraventa".

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado conceptuó que debía decidirse el negocio atendiendo favorablemente las peticiones del demandante con el criterio de que el Banco de la República atenta contra el principio de la irretroactividad de las leyes al liquidar el reintegro de las exportaciones bajo el sistema impuesto por la Resolución 38 en lugar de aplicarle lo previsto en la Resolución 17, ambas de la Junta Monetaria.

Y al efecto expuso:

"En el caso *sub-júdice*, la cuestión a resolver es de puro derecho, por cuanto se trata de decidir si la ley aplicable al caso controvertido es la ley vigente en la fecha en que se obtuvo la licencia de exportación y se efectuó la negociación, o si por el contrario es la ley vigente en la fecha en que se verificó el reintegro.

"Al respecto se observa que, en nuestro derecho constituye norma de interpretación de la ley, el principio de la no retroactividad de la ley, sino en materia penal cuando ella es más permisiva o favorable.

"La seguridad en las relaciones entre administradores y administrados imponen el preestablecimiento de normas que constituyen el bloque o principio de legalidad y estas producen sus efectos y crean situaciones jurídicas de orden particular que, como en el caso en examen no pueden desaparecer del mundo jurídico mediante una reglamentación a la cual se le dé un carácter retroactivo. El Consejo de Estado Francés hizo en época muy reciente, mediante su jurisprudencia pretoriana, del principio de la no retroactividad de los actos administrativos, un postulado para la seguridad de los administrados que está por encima de la ley y lo consideró como un principio general de Derecho Público integrado en los mismos niveles de los principios constitucionales (Ver Traité de Droit Administratif, André de Laubare, 6a. Edición, París 1973). No retroactividad de los actos administrativos. 'Las autoridades administrativas no pueden jamás dar efectos retroactivos a sus decisiones, esta regla no es una aplicación del artículo 2o., del Código Civil (que no concierne sino a las leyes) sino uno de estos principios generales a los cuales la jurisprudencia de valor de regla de derecho (ver conclusiones La Dournerie).

"El Consejo de Estado sanciona muy firmemente éste principio, él no admite la retroactividad de un acto administrativo sino cuando la ley lo autoriza; fuera de ésta hipótesis él anula toda medida, 'retroactividad trátese de reglamento administrativo o de decisiones individuales'. (Ver obra precitada, páginas 246, 300 y 51).

"Nuestros legisladores ya desde el siglo pasado fijaron como principio limitante de interpretación para el juez, el de que la ley no puede ser retroactiva con única excepción en materia penal cuando la ley es permisiva o favorable que aun cuando sea posterior se prefiere a la restrictiva o desfavorable.

"La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia ha sido unánime y constante al respecto y basta con transcribir algunos apartes de la sentencia de 16 de julio de 1980 con ponencia del Honorable Consejero de Estado, doctor Enrique Low Murtra.

'. . . Tanto las sentencias invocadas como contrarias como la que es objeto del recurso de súplica se refieren a este tema y, por tanto, analizan lo referente a la retroactividad y retrospectividad de la ley con la finalidad de definir si es o no aplicable el Decreto 3187 de 1968'.

"Al respecto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 12 de noviembre de 1937, que declaró exequible las disposiciones de la Ley 10 de 1934 y del Decreto número 652 de 1935, definió éstos conceptos en la siguiente manera:

'*La irretroactividad de las leyes y los derechos adquiridos.*

'La Constitución Nacional garantiza la irretroactividad de las leyes.

'Este precepto está reglamentado en los artículos 13 a 47 de la Ley 153 de 1887. El carácter retroactivo de una ley consiste en vulnerar derechos adquiridos'.

"El doctor Manuel J. Angarita, eminente abogado, al comentar las disposiciones de la Ley 153 de 1887, dice que hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido. Agrega que esas leyes no tienen carácter retroactivo y debe considerarse únicamente como retrospectivas.

"Y continúa más adelante refiriéndose al hecho de tener en cuenta factores de computación ocurridos con anterioridad a la expedición de la ley, que le dan el carácter de retrospectiva.

'En la legislación colombiana hay numerosos antecedentes en que se ha tenido en cuenta el tiempo de servicios anteriores a la expedición de las leyes para regular la cuantía de las pensiones y recompensas. . .

'Así pues, la ley no puede ser retroactiva, aunque se trate de una que sea más favorable al trabajador, pero puede, en algunos casos, ser retrospectiva si tiene en cuenta factores de computación o de liquidación de prestaciones sociales y en general hechos ocurridos antes de la fecha en que entró en vigencia.

'En el presente caso no se debió aplicar al demandante el Decreto 3187 de 1968, puesto que no se encontraba vigente al momento de su retiro. Al hacerlo así, aplicó retroactivamente la norma'.

"Por tanto, de lo hasta aquí expuesto se concluye que, si la sociedad actora al obtener la licencia de exportación estaba sujeta a lo dispuesto en la Resolución número 17 de 1979, para todo lo atinente al reintegro del valor de las esmeraldas exportadas, mal podía dársele aplicación a lo establecido en la Resolución número 38 del 23 de mayo de 1979 donde se variaron las condiciones del reintegro, ya que esta resolución entró a regir a partir de la fecha de su expedición, sin que pueda aplicarse a situaciones anteriores a la de su vigencia, por cuanto la Sociedad Minera Boyacense realizó una negociación de acuerdo con un régimen preestablecido".

A solicitud del apoderado del Banco de la República y del Ministerio de Hacienda, se celebró audiencia pública el 3 de agosto de 1981 en la cual cada parte interesada expuso y reafirmó sus conceptos cuyos resúmenes cada cual agregó al expediente.

Para resolver se considera:

Como muy bien lo explicó el apoderado del Ministerio de Hacienda, el negocio de exportación está amparado por un régimen de libertad sin control diferente al de la expedición de registros de exportación para efectos de verificar que las divisas provenientes de dicha operación comercial sean entregadas en su totalidad al Banco de la República, como consecuencia del régimen de control de cambios que se estableció en el país a partir del Decreto 444 de 1967.

Pero el reintegro de las divisas provenientes de esas exportaciones sí están sometidos a un régimen riguroso y especial que puede ser modificado por las autoridades monetarias según las conveniencias nacionales, para mantener un equilibrio en los medios de pago internos, de suerte que quien exporte está necesariamente sometido a que su operación de reintegro de las divisas se cumpla dentro del régimen vigente en el momento en que se realice el mencionado reintegro.

El hecho de exportar y el registro de exportación correspondiente, no le otorga derechos de ninguna naturaleza al exportador distintos del de fijar el precio y realizar el despacho de la mercancía por los medios que considere más convenientes, pero en cambio le crea una obligación ineludible de entregarle al Gobierno Nacional por medio del Banco de la República las divisas provenientes de esa exportación en la forma y términos que se hallen establecidos y que rijan en el momento en que se haga el reintegro.

Mal puede por lo tanto sostenerse que el registro de exportación le está garantizando al exportador una forma o tipo especial de reintegro con una clase o tasa cambiaria determinada, por cuanto que son dos operaciones independientes aunque consecuentes la una de la otra.

En caso similar al presente, esta misma sección con ponencia del doctor Gustavo Humberto Rodríguez (Expediente No. 6541) sostuvo el mismo criterio en los siguientes términos:

"*6o. Los derechos adquiridos y los actos condición.*

"Considera la demanda que el concepto de derechos adquiridos también cuenta en el derecho público, solo que haya una diferencia de grado con el del privado, en el que es más absoluto, y hace el actor la inteligente observación de que 'precisamente esa diferencia de grado en la protección jurídica fue lo que generó los conceptos de derechos adquiridos y de situación jurídica individual como nociones diferentes en nuestro ordenamiento' (folio 21 v.) sobre esta base deduce que 'en nuestro caso no se trata de hacer valer un derecho adquirido simplemente sino de proteger las situaciones jurídicas individuales frente a una pretendida retroactividad de los actos administrativos. En el caso *sub-júdice, no se trata de un problema de derechos adquiridos, sino de la vigencia temporal de los actos administrativos*' (folio 22). (Subraya la Sala).

"Considera la Sala que es una afortunada apreciación la de establecer cierta equivalencia entre el derecho adquirido en su noción civil, y la situación jurídica individual del derecho administrativo. Pero estima, también, que la garantía de la situación jurídica individual no puede hacer parte de este análisis, toda vez que a términos del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 —al cual se remite el demandante—, esa situación, o el reconocimiento de un derecho de igual categoría, deben ser '*creados*' por el acto administrativo subjetivo, y en el evento que se discute se está frente a una Resolución, la No. 33, que es de carácter general e impersonal, como objetiva es la creada por el estatuto de cambio. Por eso se afirma en esta sentencia que tales ordenamientos solo generan expectativa o efectos del acto exportador.

"En tales condiciones no puede afirmarse válidamente que la Resolución No. 17 haya generado derechos adquiridos, por ser acto-regla, como tampoco puede hacerse esa afirmación respecto del registro de exportación. En efecto, como está antes anotado, ese registro carece de interés social, pues se circunscribe a legitimar una operación mercantil de exportación, de interés individual y además, es claro que dicho registro no es acto condición porque apenas legitima tal operación, y nada más, pues carece de la capacidad requerida para generar derechos distintos al de realizar la acción material de exportación a la cual se refiere.

"Es evidente que el registro de exportación no es acto subjetivo dado que no contiene una manifestación de voluntad administrativa, sino que apenas representa una obligatoria exigencia administrativa para efectos de legalizar determinada exportación y ejercer sobre ella los controles económicos, cambiarios y estadísticos pertinentes. Pero prescindiendo del análisis sobre su naturaleza jurídica, debe decirse que todo acto condición combina un acto administrativo objetivo con otro individual destinado a *aplicar* a persona determinada aquella situación general anterior, o a investirla de un *status* legal preexistente. Según ello, es la *destinación* del acto administrativo individual —que es el acto condición—, lo que lo caracteriza. La destinación del acto condición no es la de 'crear una situación jurídica individual, sino la de aplicar en concreto a una persona dada una situación jurídica general preexistente. Sin embargo, ya se ha dicho por la doctrina que la diferencia entre el acto subjetivo y el condición es sutil o imprecisa. Pero, de todos modos, sea o no un acto subjetivo el acto condición, constituya o no éste una categoría diferente, requiere indiscutiblemente que sea un *acto administrativo* —una manifestación expresa de voluntad administrativa, productora de efectos de derecho—, y está claro que el registro es un mero acto de trámite, y no un acto administrativo. Así que careciendo de esa naturaleza, mal puede predicarse que genera derechos adquiridos o situaciones individuales que abarquen los efectos posteriores de la operación material de exportación, dado que no participa de la naturaleza del acto condición".

Lo anterior es suficiente para comprender que las peticiones formuladas por el demandante no pueden prosperar.

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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 11 de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado, secretario.

REINTEGRO DE DIVISAS.—

Aclaración de voto del Consejero Carmelo Martínez Conn.

Referencia: **Expediente No. 6718.**
Actor: **Sociedad Minera Boyacense Ltda.**

La razón por la cual debo aclarar el voto, es la siguiente: La doctrina que se acoge en la sentencia anterior de once (11) de junio del año en curso de 1984, está contenida en la sentencia que se transcribe en ella, elaborada por el Consejero, doctor Gustavo Humberto Rodríguez, de cuya Sala falladora fui separado en atención a que como Fiscal Tercero de la Corporación había emitido concepto en el expediente, en relación, no con la pretendida ilegalidad de la Resolución No. 38 de 1979 originaria de la Junta Monetaria —ya que el suscrito estimó entonces que dicha resolución la había dictado la Junta Monetaria, bajo las normas de su competencia—, sino que no era aplicable a ese caso porque el actor había reintegrado las divisas provenientes de la exportación que había hecho, antes de que la mencionada resolución fuera promulgada y, por lo mismo, no le era aplicable, puesto que a mi modo de ver, era indispensable su promulgación para ponerla en ejecución. El caso *sub-júdice* es distinto, pues en este se pretende que la citada Resolución No. 38 de 1979 no era aplicable sino la No 17 de 1979 por cuanto el registro de exportación se efectuó bajo el imperio de esta resolución pero no el reintegro de las divisas que se hizo bajo la vigencia de la Resolución No. 38 de 1979.

Bogotá, D. E., junio 18 de 1984.

Carmelo Martínez Conn.

NOTIFICACION EN LA VIA GUBERNATIVA.— Artículo 12 del Decreto 2733 de 1959. Notificación irregular. Consecuencias. ¿Se puede subsanar? Falta de notificación legal. Consecuencias.

DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA. FUNCIONES. RESERVA DE CARGA.—

1o. Las funciones son establecidas por el Decreto 2349 de 1971, artículos 3o. numerales 10 y 11 y artículo 85, numeral 6o.

2o. Procedimiento para otorgamiento de tráficos. (artículo 3o., numeral 11 ibídem). Complemento de procedimiento (artículo 85).

3o. Sobre las atribuciones de la DIMAR una cosa es evidente si bien se trata de una actividad reglada en cuanto al procedimiento para ejercerla la administración conserva la facultad especial de ser quien, en último término, aprecie si habiéndose cumplido con los requisitos legales corresponde o no que se acceda a la solicitud que se le formula, y no es el particular quien pueda sustituirse a la administración en el cumplimiento de sus funciones. (Reiteración jurisprudencial de la Sentencia de febrero 24 de 1984. Sección Primera, Expediente No 3966).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., junio quince (15) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**

Referencia: Expediente No. 3743.
Actor: **Flota Mercante Grancolombiana S. A.**
Proyecto: **Abogado Asistente Doctor Carlos Urán.**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, la Flota Mercante Grancolombiana S. A. solicita que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones: la No. 80 de 6 de febrero de 1981 y la 239 de 31 de marzo del mismo año, expedidas ambas por el Director General Marítimo y Portuario, y la No. 1449 del 21 de mayo de 1981 dictada por el Ministerio de Defensa Nacional. Por medio de la primera se decide ampliar unas rutas marítimas a LINEAS AGROMAR LTDA., y por las dos restantes se resuelven los recursos de reposición y apelación, respectivamente, contra la primera de las nombradas. Como consecuencia de la nulidad pedida, y a título de restablecimiento del derecho, solicita la actora que se declare que la situación relativa a la adjudicación de rutas marítimas y la aplicación de las normas sobre reserva de carga en las rutas ampliadas a Agromar Ltda., vuelva al estado en que se encontraba antes de la expedición de las resoluciones acusadas y que la sentencia se comunique al INCOMEX, a PROEXPO y a las capitanías de puerto para lo de sus competencias.

I. Los actos acusados

Los actos acusados tienen el siguiente contenido:

1o. La Resolución 80 de 6 de febrero de 1981 fue dictada por el Director General Marítimo y Portuario "en uso de sus facultades legales", y por medio de ella se autoriza a la Sociedad Compañía Agropecuaria y Marítima SANTA ROSA LTDA., "LINEAS AGROMAR LTDA." para ampliar los servicios y las rutas marítimas autorizadas mediante las Resoluciones DIMAR-208 de 2 de julio de 1976, DIMAR-055 del 20 de febrero de 1974 y DIMAR-143 del 6 de mayo de 1976 a los puertos cuya lista aparece en el artículo 1o. de la Resolución. Por el artículo 2o. se desestiman las oposiciones presentadas por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA y por la SOCIEDAD MARITIMAS ESLAIT LTDA.; por el 3o. se autoriza la aplicación de las normas vigentes sobre reserva de carga a los transportes que se realicen entre los puertos indicados en el artículo 1o. y los puertos colombianos contemplados en las resoluciones de DIMAR antes mencionadas. Se impone en el artículo 4o. la obligación a LINEAS AGROMAR LTDA., de prestar los servicios regular, eficaz y continuamente con una frecuencia mensual y se dispone que el incumplimiento de esta obligación acarreará las sanciones a que hubiere lugar hasta la cancelación inmediata de la autorización. Por último se ordena la notificación a las entidades señaladas por la resolución, se dice que su vigencia será de dos años a partir de la fecha de su ejecutoria y se indican los recursos procedentes.

En los considerandos de la resolución comentada se dice que se aplicó el procedimiento establecido en el artículo 85 del Decreto-Ley 2349 de 1971 y que fueron consultados los organismos de comercio exterior INCOMEX y PROEXPO, los cuales se manifestaron de acuerdo con lo solicitado por LINEAS AGROMAR LTDA. Se alude también a la oposición presentada por la actora en este proceso y por MARITIMAS ESLAIT LTDA., oposición basada fundamentalmente en que con la autorización solicitada se conformaría una ruta paralela con perjuicio tanto para ellas como para la compañía solicitante, y que los servicios prestados por ellas hasta ese momento se han hecho en forma regular, eficaz y continua.

2o. La Resolución 239 de 31 de marzo de 1981 fue dictada también por el Director General Marítimo y Portuario para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la primera, a la cual confirma en todas sus partes y además concede el recurso de apelación para ante el señor Ministro de Defensa Nacional. En la motivación de esta resolución se afirma, entre otras cosas, que las rutas que asigna la División General Marítima y Portuaria no pueden constituir privilegio o exclusividad de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional y se hace énfasis en que los servicios autorizados hasta la fecha no son suficientes y las tarifas de precios son muy onerosas para los usuarios, lo cual estimula que las cargas sean tomadas por armadores extranjeros con perjuicio para el desarrollo de la Marina Mercante Nacional, razón por la cual estima conveniente la participación de otras empresas navieras colombianas en el tráfico.

3o. La Resolución 1449 de 21 de mayo de 1981 fue dictada por el Ministro de Defensa Nacional para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la primera resolución acusada, a la cual le imparte confirmación en todas sus partes. Como motivación de base de esta resolución se anota que el servicio autorizado contribuirá al desarrollo de la Marina Mercante Grancolombiana y al comercio exterior del país sin hacer ruinosa la operación de otros armadores colombianos.

II. La demanda

A. Los hechos

Como hechos la demanda refiere que por medio de la Resolución 451 de 1977 la Dirección General Marítima y Portuaria le otorgó a la Flota Mercante Grancolombiana S. A. el derecho, con aplicación de la ley de reserva de carga, a las líneas y puertos incorporados en la lista que se transcribe. Dice que esos puertos han sido servidos eficaz, regular y continuamente y que de darse a LINEAS AGROMAR LTDA. los puertos cuya enumeración incluye, con aplicación de las normas sobre reserva de carga, significaría que entre las dos navieras se van a repartir el 50% de la carga reservada a los armadores colombianos originada o destinada en dichos puertos, a pesar de que la demandante "tenía la casi exclusividad en el transporte del 50% de la carga general que se importa o exporta del país por las rutas asignadas". Señala que a la ya baja rentabilidad de algunas de tales líneas se sumará la que se deriva de tener que compartir el derecho aludido con la naviera solicitante para servir los mismos tráficos con la protección de la ley de reserva de carga. Todo ello la lanzará a la difícil tarea de sobrevivir en la ardua competencia internacional sobre el transporte de carga marítima sin la protección legal del Estado colombiano a que tiene derecho y que fue desconocido por los actos acusados, los que según la demanda fueron expedidos en forma irregular y con violación del procedimiento legal para su expedición.

B. Normas violadas y concepto de su violación

Como normas violadas menciona la demanda las siguientes:

1o. Por expedición irregular: artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional; 10 y 11 del Decreto 2733 de 1959; 334 de la Ley 4a. de 1913, y 3o., numerales 3, 10, 11 y 19, y 85, numerales 1 a 8 del Decreto-Ley 2349 de 1971.

2o. Por error en los motivos de la resolución: los artículos 3o., ordinales 3o., 10 y 19; 85, ordinal 8o. y 83, parágrafo 1o., del Decreto 2349 de 1971; 1o. y 2o. del Decreto 1208 de 1969, y 1o. del Decreto 994 de 1966.

El concepto de violación se expresa en la siguiente forma, que se sintetiza:

a) Por expedición irregular de los actos acusados, la violación de los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional y 10 y 11 del Decreto 2733 de 1959 radica, según la demanda, en que tales normas no fueron observadas en cuanto a la notificación de la resolución final número 1449 de 1981, que puso fin a la actuación administrativa, y en cuanto a la ejecutoria de la misma, con lo cual se eliminó la posibilidad de defensa por parte de la demandante al impedírsele la solicitud de aclaración de la resolución recurrida en el término de su ejecutoria y también al hacérsele incierto el término de caducidad de la acción ante lo Contencioso Administrativo. Respecto a la ejecutoria de la resolución, la irregularidad consistiría en que la citada resolución dijo que empezaría a regir a partir de la fecha de su expedición, excluyendo, por tanto, dicha ejecutoria, la que no es simplemente un formalismo jurídico sino un fundamento de seguridad jurídica.

b) Por expedición irregular de los actos enjuiciados también se tienen como violados los ya citados artículos 20 y 26 de la Constitución, el 334 de la Ley 4a. de 1913 y los artículos 3o. y 85 del Decreto 2349 de 1971, por no haberse observado el procedimiento en ellos establecido, "que tiende a formar con conocimiento de causa la voluntad de la administración". Concretamente al no observarse el procedimiento ordenado por la ley para la adjudicación de tráfico y aplicación de la ley de reserva de carga, no se garantizaron los derechos de la demandante al debido proceso y al respecto de las situaciones jurídicas concretas. Tampoco se reunieron los suficientes elementos de juicio para la toma de la decisión cuestionada.

Después de transcribir las normas antes mencionadas, la demandante dice que ellas consagran una obligación con dos facetas para la administración, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de los actos expedidos, de una parte es la obligación de hacer una averiguación prolija de los hechos y de otra parte tales averiguaciones deben buscar que la decisión no lastime los derechos legítimos de los asociados. Dice que el principal de estos derechos está constituido "por la adjudicación de un tráfico con la aplicación de la ley de reserva de carga", es decir, que el primer 50% de la carga general que se transporta por una ruta marítima le está reservada al naviero que en forma eficaz, regular y continua sirva una ruta y le haya sido reconocida por la administración.

Expresa la demandante que para que la Dirección General Marítima y Portuaria pueda otorgar un tráfico marítimo con derecho a la reserva de carga a un armador colombiano, tiene que estar fehacientemente determinado que tal tráfico está insuficientemente servido, prueba que le corresponde aportar al peticionario y estudiarla, cotejándola con los elementos de juicio que ella posee, a la Dirección General Marítima y Portuaria. Según la demanda, el peticionario no cumplió con tal obligación, limitándose a "anexar estadísticas (solamente de importación)" desoyendo el mandato legal.

Tampoco cumplió la administración con sus deberes "al no haber exigido ese estudio y tramitado la petición sin estudiar si los citados tráficos están suficientemente servidos por otro armador colombiano". En síntesis, "la direción no realizó el estudio que ordena la ley ni hizo público tal estudio para poder ser controvertido y lo reemplazó con informaciones no controvertidas", por lo cual fueron violadas las normas que se citaron y que aluden al procedimiento que debía haberse seguido.

c) En cuanto a la nulidad por error en los motivos de las resoluciones impugnadas, se citan los artículos mencionados de los Decretos 2349 de 1971, 994 de 1966 y 1208 de 1969 y se expresa lo siguiente: La administración al afirmar que la asignación de un tráfico no puede ser privilegio o exclusividad de acuerdo con lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional, según la demandante se desconoció que a ella se

le había otorgado no un privilegio sino "una medida de protección que tiene su fundamento en la intervención del Estado en la economía, la cual se hace por mandato de la ley". Igualmente al afirmarse que con el otorgamiento de la aplicación pedida por LINEAS AGROMAR LTDA. de ninguna manera se conforma una ruta paralela, están desconociendo que "lo que la ley quiere no es que los tráficos no sólo no sean los mismos en detrimento de un naviero colombiano, sino que no sean paralelos, es decir, que entre dos puertos no haya dos navieros colombianos que compitan por la misma carga. . . erró en consecuencia la resolución acusada en sus motivos al haber hecho sinónimos jurídicamente, tráfico marítimo y ruta marítima, desconociendo, por lo tanto, el fenómeno de paralelismo creado por las resoluciones acusadas y condenado por el artículo 3o., ordinal 10 del Decreto 2349 de 1977.

Después de señalar que la competencia sería ruinosa para ambas empresas, afirma la demandante que "hay por lo tanto un derecho económico y un paralelismo no querido por la ley". Señala también que se desconoció el derecho a servir el tráfico que le fue adjudicado con la reserva de carga, sea por medio de arrendamiento, fletamento, asociaciones y acuerdos de fletes, sin que éste constituya causal para partirle la reserva de carga.

III. Alegato de las partes

1o. La apoderada de LINEAS AGROMAR LTDA. en su alegato de conclusión analiza cada uno de los cargos formulados por la demandante y recuerda en su favor las funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria contenidas en el artículo 3o. del Decreto 2349 de 1971 y complementada por lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del mismo decreto.

Sostiene la opositora que la Dirección Marítima y Portuaria tiene la función de ejecutar la política del Estado en materia de regulación y control de todas las actividades marítimas y portuarias en su jurisdicción, y la de intervenir en la aplicación de las normas sobre marina mercante para alcanzar los fines de fomento y defensa de la actividad, mediante su cuidadosa racionalización y adecuada coordinación de los servicios portuarios y de transporte interno. Este fomento, defensa y racionalización implican, de conformidad con los diversos numerales del artículo 3o. del citado decreto, que la DIMAR debe distribuir adecuada y equitativamente la carga entre armadores colombianos y distribuir también el tráfico y las líneas, evitando el derroche de esfuerzos por paralelismo y otro fenómeno.

En el caso concreto de LINEAS AGROMAR, dice la impugnadora, se cumplieron cada uno de los requisitos exigidos legalmente y dentro de él se presentó el estudio estadístico de movimiento de carga de importación y de exportación, "que por sí solo demuestra claramente *la ineficacia* del servicio de transporte martítimo colombiano, cumplido hasta esa fecha exclusivamente por la Flota Mercante Grancolombiana, pues es evidente que del total de la carga movilizada (de y hacia Colombia desde y para los países citados), una mínima parte se transportó en buques de bandera colombiana. Es decir, que fue necesario levantar el sello de reserva de carga sobre buena parte del 50% de la carga protegida, pues la transportadora Flota Mercante no prestó *adecuadamente* el servicio".

Del estudio que la DIMAR está obligada a hacer, e hizo contando con sus propios archivos que posee en virtud del cumplimiento de las demás funciones que la ley le ha asignado, se deduce, por ejemplo, que el servicio que estaba prestando la Flota Mercante en la ruta de Centro América y el Pacífico no era regular y eficaz, deducción que resulta a su turno del hecho de que, del 50% como mínimo, un porcentaje muy pequeño cumplió con el requisito de transportarse en buques de bandera colombiana.

Finalmente la apoderada de AGROMAR LTDA. hace una larga e innecesaria exposición alrededor del contenido del numeral 8o. del artículo 85 del Decreto 2349 de 1971, que se refiere a que la DIMAR debe decidir previa audiencia con las partes y en consulta con los organismos de comercio exterior. Trata de demostrar la apoderada cómo la referida audiencia de que habla el numeral 8o. antes citado no constituye una etapa procesal sino un principio según el cual todas las partes interesadas en un proceso o actuación deben ser oídas.

Tal preocupación acerca de la naturaleza de dicha audiencia tiene que ver con la decisión de esta Corporación de fecha 15 de julio de 1982, que anuló unas resoluciones proferidas por la DIMAR por no haberse verificado, previa su expedición, la referida audiencia. En el presente caso, sin embargo, el cargo por falta de haberse realizado la audiencia no se formuló y en tales condiciones la disquisición sobre este punto constituye simplemente un análisis sin consecuencias.

2. Alegato de la demandante

En su escrito de conclusión la demandante señala además de lo ya sostenido en el escrito de demanda, que la solicitud fue hecha por quien no era el representante legal de LINEAS AGROMAR LTDA. y, por lo tanto, es una solicitud jurídicamente inexistente e insiste en que la DIMAR no realizó convenientemente el estudio, ya que no aparece siquiera mención de haberse pedido un concepto técnico al respecto. Alude finalmente a la sentencia de esta Sala ya comentada, en la cual se decidió la nulidad de unos actos de la DIMAR por no haberse llevado a cabo la audiencia pública con las partes.

IV. El concepto fiscal

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, coincidiendo con lo afirmado por la apoderada de la parte impugnadora, pide que no se acceda a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos: Los actos acusados fueron expedidos de acuerdo con las disposiciones legales sobre funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria. La solicitud hecha por LINEAS AGROMAR LTDA., y el desarrollo del trámite hasta concluir con la expedición de los actos se cumplieron según las normas del Decreto 2349 de 1971. En cuanto a la obligación de celebrar la audiencia con las partes, dice que antes de la sentencia de esta Corporación de fecha 15 de julio de 1982, por error común aceptado por las partes y por la administración, tal audiencia no se celebraba. En el presente caso debe también ser tenido como un error de "ninguna manera imputable ni ocasionado por actuación alguna de las partes, y menos que pudiera convertirse en detrimento del peticionario, cuya gestión y actitud se ha ajustado plenamente a las normas legales y a la colaboración para el logro de sus pretendidos derechos".

V. Consideraciones de la Sala

Habiéndose cumplido el trámite legal correspondiente y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Como se dijo, los cargos formulados en la demanda contra los actos acusados, aparecen clasificados en dos grupos, el primero por expedición irregular de los actos y el segundo por error en los motivos. A ellos se referirá la Sala en el mismo orden.

1o. En cuanto a la expedición irregular de los actos, el primer cargo alude a la indebida notificación y a la inobservancia del término propio de la ejecutoria de la resolución final,

con violación entonces de los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional y 10 y 11 del Decreto 2733 de 1959.

a) Dice la demandante que "las formalidades en la notificación de la Resolución 1449 de 1981, que ponía fin a una actuación administrativa sobre rutas y reserva de carga marítima, no fueron cumplidas", que "no aparece constancia en el expediente administrativo que (dentro de los 5 días siguientes a la fecha de su expedición) se hubiese intentado la notificación personal de mi mandante" y que "el Edicto por el cual se pretendió suplir la notificación personal fue mal fijado, pues está fechado 20 días antes de haberse expedido la resolución que se pretende notificar". Así mismo, al disponer la Resolución 1449 en su artículo 2o. que empezaría a regir a partir de la fecha de su expedición, excluyó la ejecutoria de la misma resolución, ejecutoria que no es un simple formulismo jurídico sino elemento de seguridad jurídica.

En relación con el anterior cargo se tiene lo siguiente: Decía el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959 que sin el lleno de los requisitos contemplados en el artículo precedente (notificación personal o en su defecto por edicto, siempre con indicación de los recursos que legalmente proceden) no se tenía por hecha la notificación ni producía efectos legales la respectiva providencia. Pero agrega también que esta deficiencia se subsana si la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, conviene en la providencia o utiliza en tiempo los recursos legales. Pues esta última circunstancia fue la que se presentó aquí, en donde la demandante utilizó oportunamente la vía contencioso administrativa para buscar la defensa de sus derechos.

Pero además, es sabido que la falta de notificación legal no genera la nulidad de los actos administrativos sino que los hace inoponibles a terceros, es decir, en tales situaciones los interesados pueden pedir a la administración que se los notifique en legal forma o, enterados de ellos, acudir directamente a la vía contenciosa, en donde ya no podrán alegar la notificación deficiente como causal de nulidad, sino pedir directamente que se les indemnice los perjuicios causados por indebida ejecución. Por lo expuesto, este cargo no puede prosperar.

b) En cuanto a la exclusión del término de ejecutoria de la Resolución 1449 de 1981, tampoco puede dar lugar a la nulidad del acto, porque en el presente caso la ejecutoria coincidió con la fecha de expedición de la misma, es decir, el 21 de mayo, y desde allí debió empezar a contarse el término de caducidad de la acción, pues con ella se agotó la vía gubernativa. Por lo tanto, este cargo tampoco prospera.

2o. El segundo cargo por expedición irregular de los actos acusados hace alusión al procedimiento ordenado por la ley para adjudicación de tráficos y aplicación de la ley de reserva de carga, procedimiento que según la demanda no fue observado, habiéndose producido entonces la violación de las dos normas citadas de la Constitución Nacional y además la del artículo 334 de la Ley 4a. de 1913, que exige a la administración hacer una averiguación prolija de los hechos cuando la naturaleza del caso lo requiera y de los artículos 3o. y 85 del Decreto 2349 de 1971.

Los dos últimos artículos antes mencionados constituyen el núcleo del cargo que se analiza y además de todo el proceso, porque ellos señalan la obligación para el solicitante de presentar un estudio sobre los tráficos con relación a los cuales pida la aplicación de la reserva de carga, con el fin de demostrar que están insuficientemente servidos por otro armador colombiano, si este existiere, y al mismo tiempo impone la obligación a la Dirección Marítima y Portuaria de determinar sobre la base de dicho estudio y sobre su propio análisis si lo solicitado puede ser concedido.

"Para el estudio de los anteriores cargos es necesario, en primer lugar, determinar la competencia de la DIMAR para expedir la clase de actos como los acusados y verificar luego si el procedimiento legalmente establecido para hacerlo se cumplió a cabalidad.

a). *Funciones de la DIMAR.* En primer término, según el artículo 3o. del Decreto 2349 de 1971 las funciones de la DIMAR son de contenido general unas, como las de asesoría al Gobierno en la adopción de políticas y programas de actividades marítimas y portuarias, de ejecución de la política en dicha materia, de regulación y fomento del desarrollo de la Marina Mercante Colombiana, y otras son más específicas, como las contenidas en los numerales señalados justamente por la demanda como violados. Así, el numeral 10 determina que le corresponde "la distribución de tráficos y líneas entre armadores colombianos y las actividades e inversiones del transporte marítimo, evitando el derroche económico de esfuerzos por paralelismo u otro fenómeno", y el numeral 11 establece que le corresponde a la DIMAR "determinar si un tráfico específico está suficientemente servido en forma eficaz, regular y continua, para lo cual exigirá al armador interesado el estudio correspondiente", que debe contener los datos que allí mismo se señalan. A su vez el numeral 6o. del artículo 85 establece que "antes de otorgar la autorización respectiva, la Dirección General Marítima y Portuaria deberá estudiar si los citados tráficos están suficientemente servidos por otro armador colombiano y si así fuere podrá ordenar al peticionario que se abstenga de servir el mismo tráfico y no recomendará la aplicación de la ley de reserva de carga si se llegare a precisar que hay perjuicio para los intereses nacionales con el establecimiento de un doble servicio.

Los numerales restantes del artículo 3o. continúan en la dirección de asignar funciones muy concretas, pero por no citarse en la demanda sino la del numeral 19, que se señala también como violada, se observa que ella se refiere a la función de recibir y tramitar las solicitudes presentadas por armadores colombianos para la aplicación de las normas legales sobre reserva de carga.

A la luz de las anteriores disposiciones no hay duda de que la DIMAR al dictar las resoluciones acusadas estaba en pleno ejercicio de sus atribuciones legales.

b) *Procedimiento para otorgamiento de tráficos.* En cuanto al procedimiento que debe seguirse para el otorgamiento de tráficos, en el numeral 11 antes mencionado del artículo 3o. del Decreto 2349 de 1971 se esboza la exigencia de que para determinar si un tráfico está servido en forma eficiente o regular se le debe exigir al armador el estudio correspondiente, estudio que debe contener los datos allí señalados, a saber: estadísticas demostrativas de los volúmenes y tipos de carga que se mueven en dicho tráfico, lista de las empresas establecidas, capacidad y frecuencia de éstas y clase de servicio que el armador se propone establecer, señalando número, tipo de naves y tonelaje de peso muerto de cada una.

Pero es el artículo 85 del mencionado decreto el que establece el complemento del procedimiento a seguir para los efectos contemplados en el artículo 3o., numerales 19 y 20 antes comentados, procedimiento que se sintetiza así: 1) Solicitud de parte del armador; 2) Obligación de acreditar el carácter de servicio público del transporte prestado o a prestar; 3) Presentación de los itinerarios y compromisos de remitirlos mensualmente; 4) Cumplir, si es el caso, los requisitos sobre naves de bandera extranjera al servicio de armadores colombianos; 5) Si se desea asociar armadores extranjeros, obligación de acompañar copia auténtica de los acuerdos correspondientes; 6) Especificación de los tráficos para los cuales se solicita la aplicación de la reserva de carga, para lo cual, antes de otorgarse la autorización, la DIMAR debe estudiar si los tráficos están suficientemente servidos por otro armador colombiano y si fuere así,

ordenar al peticionario que se abstenga de servir el mismo tráfico y no recomendar la aplicación de la ley de reserva de carga, si por establecerse un doble servicio hay perjuicio para los intereses nacionales; 7) Una vez allegados los documentos requeridos, la DIMAR debe comunicar por avisos públicos la índole de la solicitud para dar lugar a que se presenten oposiciones, si fuere el caso; 8) Por último, previa audiencia con las partes y consulta con los organismos de comercio exterior, la DIMAR, decide sobre la aplicación de reserva de carga en los tráficos solicitados o si se debe aplicar solo en beneficio de determinados armadores colombianos, evitando competencia entre ellos y procurando racionalizar los tráficos.

En el caso *sub-júdice* se tiene lo siguiente: A folios 68 y 69 del Cuaderno No. 2 aparece la copia de la solicitud presentada por LINEAS AGROMAR y a folios 65 y 66 la copia de la admisión de la solicitud anterior; a folios 60 a 64 aparecen las constancias de las publicaciones por medio de las cuales la Dirección Marítima y Portuaria hace saber de dicha solicitud y de su aceptación; a folios 50 a 54 aparece la constancia de la oposición formulada por la actora; a folios 55 a 57 aparecen las comunicaciones de INCOMEX y a PROEXPO solicitando el respectivo concepto con relación a la solicitud formulada por AGROMAR LTDA., a folios 39 y 40 aparecen los conceptos favorables expedidos por tales entidades; a folios 69 a 83 aparece el estudio presentado por la solicitante, que contiene las estadísticas, el tipo de carga, la línea de tráfico, el tonelaje transportado y el período de tiempo en el cual éste se hizo.

Fue con base en dichos documentos, en sus archivos y en las estadísticas elaboradas en cumplimiento de sus funciones, que la Dirección General Marítima y Portuaria consideró que había lugar a acceder a las peticiones de la solicitante. A tales estadísticas y demás informaciones internas de la DIMAR aluden los documentos visibles a folios 183 a 188, 234 a 243 y 252 a 255 del Cuaderno No. 1. Por eso en las resoluciones acusadas se expresa lo siguiente:

". . . efectivamente los puertos solicitados por LINEAS AGROMAR LTDA. con excepción de los puertos de la Libertad, San Blás y Mazatlán forman parte de las rutas asignadas a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., pero de ninguna manera conforman una ruta paralela' (Resolución 80). En la misma se agrega que 'tampoco es aceptable que la presencia de LINEAS AGROMAR LTDA. como armador colombiano en los puertos del Golfo de los Estados Unidos, de los países Andinos o de las Antillas sea un perjuicio para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. sino más bien un complemento de sus servicios' y se hace énfasis en que esta es una oportunidad 'para que la Marina Mercante Grancolombiana pueda participar más activamente en el transporte de las cargas de importación y exportación del país'. Con relación al servicio prestado hasta el momento por otros armadores colombianos, dice 'que examinados los servicios de transporte marítimo de Centroamérica y Suramérica (Pacífico) se encuentran insuficientes, lo cual perjudica los intereses del comercio exterior del país', y recuerda que 'es deber del Director General Marítimo y Portuario promover el desarrollo de la Marina Mercante Colombiana y asegurar su adecuada participación en el transporte de las cargas de importación y exportación del país".

Reafirmando el criterio anterior sobre la obligación de cumplir con la función que acaba de describirse, en la Resolución No. 239 acusada se anota que la Dirección General Marítima y Portuaria para la toma de su decisión cuenta con la información estadística debidamente sistematizada sobre el transporte de cargas de importación y exportación, aportada permanentemente por las agencias marítimas y recaudada por cada Capitanía de Puerto, lo cual permite evaluar de manera exacta el servicio que presta cada empresa marítima, determinándose si el servicio de transporte de carga general ha sido prestado de una manera apreciable por buques de bandera extranjera. Se hace aquí referencia a lo ocurrido en el caso *sub-júdice*, lo que, dice la resolución,

demuestra que existe carga sufuciente para que otros buques de bandera colombiana puedan prestar su concurso, sin hacer ruinosa la operación de otros armadores y mejorando considerablemente los servicios de transporte marítimo al comercio exterior del país". Se analiza específicamente el servicio que se presta desde puertos argentinos a Buenaventura pasando por el Estrecho de Magallanes y el transporte desde los Puertos del Golfo de México a Colombia, especialmente Miami, y también los servicios a los puertos de las Antillas, sobre todo los cuales se anota que por diversas circunstancias son suficientes y onerosos y que en el caso de las Antillas se ha venido haciendo con subsidio del Fondo de Promoción de Exportaciones, lo que, al mejorarse el servicio, hará desaparecer las erogaciones del Estado por tal concepto.

Finalmente en la Resolución 1449 se acogen estos motivos, que, como se dijo, fueron deducidos con base en el estudio presentado por el solicitante y también con base en los propios elementos de que dispone la Dirección General Marítima y Portuaria.

Sobre las atribuciones de la Dirección General Marítima y Portuaria una cosa es evidente: si bien se trata de una actividad reglada en cuanto al procedimiento para ejercerla, la administración conserva la facultad especial de ser quien, en último término, aprecie si habiéndose cumplido con los requisitos legales corresponde o no que se acceda a la solicitud que se le formula, y no es el particular quien pueda sustituirse a la administración en el cumplimiento de sus funciones. Si la DIMAR consideró válidos y suficientes los estudios aportados y decidió conceder lo que le fue solicitado no puede el demandante hacer prevalecer su criterio sobre el de la administración.

En tal sentido en un caso similar esta Sala afirmó lo siguiente: "Es posible que el estudio de factibilidad pudiera llegarse a realizar en mejor forma, con más precisión, por ejemplo, en cuanto al flujo de viajeros en la región, en cuanto al análisis económico y a las perspectivas de desarrollo de la misma, pero no es el demandante quien está llamado a sustituir a la administración en el análisis de los elementos aportados" (expediente 3966, Sección Primera, Sentencia de 24 de febrero de 1984).

Sin embargo, conviene aclarar que la situación es distinta si los datos que sirvieron de base para la toma de una decisión son controvertibles y puede llegar a demostrarse que carecen de veracidad; pero para ello es necesario aportar estudios de expertos que demuestren justamente esa falta de rigor científico, lo que no se consigue por medio de expresiones genéricas que denotan simplemente una opinión del particular diferente de la de la propia administración, pero que en nada la desvirtúa.

Por lo expresado en los párrafos que anteceden no puede entonces predicarse la violación de los artículos 3o. (numerales 3o., 11 y 19) y 85 (numerales 1o. a 8o.) del Decreto-Ley 2349 de 1971, bien sea considerándolos desde el ángulo de la expedición de los actos o de los motivos en ellos contenidos.

3o. Tampoco cabe alegar la violación de los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1208 de 1969 y 1o. del Decreto 994 de 1966, porque ellos se refieren simplemente a la obligación que tiene el Gobierno en fomentar la Marina Mercante Nacional y a la reserva que debe hacerse en favor de los buques o naves de bandera colombiana del transporte de por lo menos el 50% de la carga general de importación y exportación que se movilice por las rutas en las cuales esos buques presten sus servicios. No puede alegarse la violación de estas normas, porque, como se vio, se está cumpliendo justamente con esa función asignada a la DIMAR por la ley, al distribuir entre otros armadores colombianos la carga respectiva, con lo cual no se está lesionando ningún derecho concedido a favor de los buques o naves de bandera colombiana.

4o. Si en el estudio de los cargos de ilegalidad formulados a los actos administrativos acusados no se ha hecho referencia alguna a la audiencia entre las partes establecida por el numeral 8o. del artículo 85 del Decreto 2349 de 1971, ello se debe a que a pesar de haberse transcrito como una de las normas infringidas la contenida en dicho numeral, la Sala encontró que no se hizo el cargo de que hubiese habido expedición irregular de los actos cuestionados por falta de celebración de dicha audiencia entre las partes. Pues la falta de dicha audiencia no se mencionó como omisión que le sirviese de fundamento a la acción incoada por la actora ni ésta en el concepto de la violación se refirió a dicha circunstancia como generadora de nulidad de las resoluciones impugnadas. En efecto, sólo se encuentran comentarios específicos de los ordinales 6o. (folios 32, 34 y 35), 2o. y 7o. (folio 34) y 8o. (folio 34), pero aquí se habla de este numeral para indicar que se violó en forma indirecta por cuanto DIMAR no exigió el estudio en el cual LINEAS AGROMAR LTDA. determinase cómo se estaban sirviendo los tráficos solicitados. No se le menciona para afirmar que no hubo audiencia entre las partes.

Al formularse el segundo cargo, relativo a "error en los motivos de las resoluciones impugnadas", a folio 41 se estima igualmente violado el numeral 8o. del artículo 85 del Decreto 2349 de 1971, pero por haberse originado "con las resoluciones acusadas un paralelismo de rutas y tráficos que van a producir un derroche económico de esfuerzos y graves pérdidas a mi mandante y a la economía nacional. Por estas razones, agrega el libelo, consideramos que los actos impugnados deben ser anulados por el Honorable Consejo de Estado".

Por lo tanto, no habiéndose hecho en la demanda el mencionado cargo, ésta no puede ser adicionada o corregida en los alegatos de conclusión, como se pretende por la sociedad demandante al hacer insistencia en la falta de celebración de la audiencia entre las partes.

"Por todo 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:

No se accede a las peticiones 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 primero de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, no asistió, **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ENCAJE EN CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA.— **Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda reciben depósitos a término y a la vista por disposición de decretos de ejecución por lo cual no es difícil concluir que ellas están comprendidos entre las entidades a las cuales se refiere el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, y por lo mismo, sometidas a las normas que sobre encaje legal dicte la JUNTA MONETARIA que es el órgano oficial a través del cual el Estado colombiano ejerce soberanía monetaria.**

Revócase la suspensión provisional del artículo 2o. de la Resolución 53 de 16 de agosto de 1979 originaria de la Junta Monetaria.

NOTA DE LA RELATORIA: Ver el Auto de suspensión provisional de la mencionada resolución en el primer semestre de 1980 a las páginas 260 y 265.

REGLAMENTOS CONSTITUCIONALES O AUTONOMOS.— (Numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional). ¿Qué clase de decretos tienen fuerza de ley?

MONEDA.— FIJACION DE LA LEY, PESO, TIPO Y DENOMINACION.— Es atribución del Congreso Nacional todo lo relativo a "Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda" conforme al artículo 76-15 de la Constitución la que incluye naturalmente el control del flujo de moneda y de los cuasi-dineros en circulación para cuya regulación se creó por el legislador la Junta Monetaria.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., junio diez y ocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**

Referencia: Expediente No. 6444 y 6451.
Actor: **Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Méndez.**
Acción de nulidad del artículo 2o. de la Resolución No. 53 de 16 de agosto de 1979 de la Junta Monetaria.

Los doctores Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Méndez por separado instauraron sendas demandas de nulidad del artículo 2o. de la Resolución No. 53 de 16 de agosto de 1979, expedida por la Junta Monetaria por cuanto a juicio de los demandantes es violatoria de normas superiores de derecho. Como el fundamento de las demandas está en la violación de las mismas normas e incluso las razones o exposiciones son coincidentes, se hará un resumen comprensivo de ambas.

Por solicitud del señor Procurador Tercero, delegado ante el Consejo de Estado según denominación del cargo en esa fecha, hoy Fiscal Tercero del Consejo de Estado, se decretó la acumulación de los procesos de que trata la referencia.

La disposición cuya nulidad se pide, como ya se dijo, es el artículo 2o. de la Resolución No. 53 de agosto 16 de 1979 expedida por la Junta Monetaria y su texto, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

"Resolución No. 53 de agosto 16 de 1979.

"Por la cual se dictan medidas sobre Corporaciones de Ahorro y Vivienda,

"La Junta Monetaria de la República de Colombia,

"en ejercicio de sus facultades legales, en particular de las que le confiere el Decreto-Ley 2208, en concordancia con los artículos 9o. y 10 del Decreto 677 de 1972 y 11 del Decreto 359 de 1973,

RESUELVE:

"Artículo 2o. La posición de encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda sobre depósitos a término, cuentas de ahorro de valor constante y depósitos ordinarios, se determinará para cada día en la siguiente forma: el encaje requerido se calculará con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a un encaje que registre la respectiva institución durante todos los días de cada mes calendario. La cifra así determinada se comparará con las cifras diarias de las disponibilidades computables que presente la corporación durante el mismo período mensual".

1o. Se alega por los demandantes que por el artículo 8o. del Decreto 1728 del 12 de agosto de 1974 dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional se señaló el porcentaje para los depósitos a término y para las cuentas de ahorro en las Corporaciones de Ahorro y Vivienda con el fin de garantizar su liquidez, de un diez (10%) por ciento sobre los depósitos a término y quince (15%) por ciento sobre las cuentas de ahorro, determinándose en el mismo artículo que para señalar el encaje la tasa respectiva se aplicará sobre los saldos correspondientes al término de cada mes.

2o. En efecto el artículo sexto ordena: "Con el fin de garantizar su liquidez, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda constituirán un encaje en relación con sus exigencias así:

"Diez por ciento (10%) sobre los depósitos a término.
"Quince por ciento (15%) sobre las cuentas de ahorro.

"Para determinar este encaje, la tasa respectiva se aplicará sobre los saldos correspondientes al término de cada mes (Decreto 676 de 1977, artículo 1o.).

"El encaje determinado en el presente artículo se constituirá a razón de (2) puntos mensuales, a partir del 1o. de octubre de 1974, mediante la inversión en obligaciones de valor constante sin interés, emitidos por el FAVI, (Decreto 676 de 1977, artículo 1o.)".

3o. Por el artículo 1o. del Decreto 1414 de 1976, se autorizó a las corporaciones de ahorro y vivienda para recibir depósitos ordinarios y por el artículo 7o. del citado decreto se estableció que para garantizar su liquidez, estas corporaciones constituirán un encaje de quince por ciento (15%) sobre tales depósitos; este decreto también lo dictó el Presidente de la República en uso de las facultades que le otorga el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional y en él no se fijó el procedimiento para determinar el encaje por lo cual quedó vigente el que se adoptó por el Decreto 1728 de 1974 en su artículo 6o.

4o. Por el artículo 1o. del Decreto 676 de 1977, dictado igualmente en uso de las facultades del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional se elevó en cinco (5) puntos, a partir del 1o. de abril de 1977, la tasa del encaje sobre depósitos a término y cuentas de ahorro de las corporaciones de ahorro y vivienda para garantizar su liquidez y por el artículo 1o. del Decreto 1412 de 1979, dictado por el Ministro de Gobierno, como delegatario de funciones presidenciales en virtud del decreto de delegación de funciones 1332 de 1979, fue señalado un nuevo encaje disminuyendo el que existía, así: trece por ciento (13%) y quince por ciento (15%) sobre depósitos en cuentas de ahorro y depósitos a término respectivamente, conservándose empero, la tasa del quince por ciento (15%) señalada en el artículo 7o. del Decreto 1414 de 1976 para los depósitos ordinarios que era la tasa vigente.

5o. En las disposiciones anteriores no se modificó el sistema de cómputo del encaje señalado en el párrafo 2o. del artículo 6o. del Decreto 1728 de 1974, para cuya determi-

nación la tasa respectiva se aplicará a los saldos correspondientes al término de cada mes, aun cuando esta norma se refería, como era obvio para la época en que fue dictada a los depósitos a término y cuentas de ahorro que era para lo único que estaban autorizadas a recibir depósitos las corporaciones de ahorro y vivienda.

6o. En cuanto a disposiciones violadas y al concepto de su violación, los argumentos son los siguientes: El artículo 6o. del Decreto 1728 de 1974, habría sido violado en cuanto por el artículo 2o. de la Resolución 53 de 16 de agosto de 1979, proferida por la Junta Monetaria se dispuso que la posición de encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda sobre depósitos a término, cuentas de ahorro y depósitos ordinarios, se determinaría para cada día con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje que registre la respectiva institución durante todos los días hábiles de cada mes calendario y la cifra así determinada se compara con las cifras diarias de las disponibilidades computables durante el mismo mes; en cambio el Decreto 1728 de 1974 en su artículo 6o. dispone que el encaje se determinaría sobre los saldos correspondientes al término del mes, es decir, sobre el saldo del último día del mes, en tanto como ya se ha visto, la norma impugnada determina que el encaje se calcula comparando los saldos diarios y de todos, durante el mismo período mensual; no es pues lo mismo determinar el encaje día por día que hacerlo el último día.

6o. 1) Viola así mismo la norma acusada al artículo 6o. del Decreto 1110 de 1976 ya que conforme a esta norma "corresponde a la Junta Monetaria estudiar y proponer para su adopción por el Presidente de la República reglamentaciones generales relativas al manejo, operación y liquidez de las entidades que reciben préstamos del FAVI" como las corporaciones de ahorro y vivienda, por lo cual, argumentan los demandantes, en relación con estas entidades la competencia de la Junta Monetaria está limitada a estudiar y proponer al Presidente de la República para que este las adopte, reglamentaciones generales, pero no adoptarlas ella misma, aspecto en el cual también se quebranta la norma indicada, ya que la competencia es del Presidente de la República conforme al numeral 14 del artículo 120 de la Carta, lo que se demuestra, además, por el hecho de que las disposiciones relacionadas con las corporaciones de ahorro y vivienda y en general las que se refieren a las entidades que manejan el ahorro privado siempre han emanado del Presidente de la República.

6o. 2) De lo expuesto, resulta que la norma acusada es violatoria consecuencialmente, del citado numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, norma que confiere al Presidente de la República, como atribución constitucional propia, la intervención en el Banco Emisor y en las actividades de personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o el aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro privado, como en el caso de las citadas corporaciones. Además, dictar medidas sobre el encaje, es medida intervencionista, como lo dice el encabezamiento del Decreto 1412 de 1979 antes citado. De lo expuesto, resultará otra grave violación, la del artículo 20 de la Carta, a cuyos términos los funcionarios y entidades públicas solo pueden obrar dentro de los límites de su competencia, la que debe ser expresa y no tácita.

6o. 3) Se ha violado también los artículos que se citan como fundamentos legales de los actos porque el artículo 3o. del Decreto 2206 de 1963, solo faculta a la Junta Monetaria para "fijar y variar el encaje de los bancos y cajas de ahorros, pero no el de las corporaciones de ahorro y vivienda", además de que esta norma fue modificada en relación con cajas de ahorro por la reforma constitucional de 1968, que reservó al Presidente de la República, exclusivamente la intervención en estos organismos, además los artículos 9o. y 10 del Decreto 687 de 1972 no confieren autorizaciones a la Junta Monetaria para fijar el encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda y por que el Decreto 359 de 1973 se refiere a cuestiones totalmente extrañas a las facultades de la Junta Monetaria.

6o. 4) Se infringió igualmente el artículo 23 literal a) de la Ley 7a. de 1973 que adicionó las facultades de la Junta Monetaria con las de fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro y corporaciones financieras y, en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término, porque en esta disposición no se menciona a las corporaciones de ahorro y vivienda y por que la expresión "Todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término", se refiere a aquellas en relación con las cuales el legislador, o el organismo a quien éste faculte tenga competencia para reglamentar su funcionamiento, pero no a las corporaciones de ahorro y vivienda que solo pueden ser reguladas en su funcionamiento por el Presidente de la República conforme al tantas veces citado numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

7o. En ambas demandas se solicitó la suspensión provisional por violación de normas de jerarquía superior. Las demandas se admitieron el 25 de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, la presentada por el doctor Rodrigo Noguera Laborde —expediente 6444, folio 10— y el 25 de enero de mil novecientos ochenta, —folio 20— la incoada por el doctor Alario Méndez; en esta se decretó la suspensión provisional y en el otro expediente se tomó decisión contraria por lo que se dará a continuación las razones que dieron sus autores, así:

Expediente 6444, actor Rodrigo Noguera Laborde, magistrado doctor Alfonso Angel de la Torre, para no decretar la suspensión provisional expuso, en lo fundamental:

"Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo 'correspondiente' expresado en el artículo 6o. del Decreto 1728 (inciso 2o.) significa 'proporcionado', que a su vez quiere decir 'conformidad o correspondencia de las partes de una cosa con el todo', que a primera vista parece que fue lo que aclaró la Junta Monetaria al indicar en el artículo acusado la forma como diariamente debe determinarse la posición de encaje, lo que no se opone al concepto de saldo correspondiente al término de cada mes, pues lo que primeramente se ve es que, sin contradicción alguna con la norma superior, el saldo final mensual debe guardar correspondencia de las partes: días, con el todo: mes, y agregó: 'debe anotarse, además, que al emplear la norma que se dice violada, la expresión *sobre los saldos correspondientes al término de cada mes*, no está diciendo que la posición de encaje se establezca sobre los *saldos en el último día de cada mes*, sino sobre los 'correspondientes' al término de cada uno de tales períodos'."

7o. 1) La decisión anterior fue recurrida por el actor que al efecto agregó, en copia al carbón, una providencia de Sala unitaria suscrita por el doctor Enrique Low Murtra, expediente No. 6381 en la que se solicitaba la suspensión provisional de los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 28 de marzo de 1979 expedida por la Junta Monetaria, en la que se tomó una decisión similar en relación con la posición de encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda, providencia en la cual se decretó la suspensión provisional de los artículos 12 y 13 por estimar el Consejero sustanciador que esa materia era de competencia del Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional. La súplica fue resuelta mediante auto de treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta, en el que se revocó la no suspensión provisional decretada en el auto de 25 de septiembre del año anterior y se decretó la suspensión provisional del artículo 2o. de la Resolución 53 de 16 de agosto de 1979 expedida por la Junta Monetaria.

7o. 2) Fundó su decisión la mayoría de la Sala en la consideración —entre otras— de que:

"Sobre una misma materia no puede existir competencia normativa concurrenta, pues ello equivaldría al desorden y la inestabilidad jurídica" y agregó: "las corporaciones

de ahorro y vivienda, desde su creación a través de los Decretos 667 y 668 de 1972, expedidos por el Gobierno en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 120 numeral 14 de la Constitución y cuya constitucionalidad fue definida por el Consejo de Estado, han estado sometidas a las que para su funcionamiento y fines ha venido dictando (sic) el Gobierno desde entonces. Por esto, y pese a lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, ha sido el Gobierno y no la Junta Monetaria, quien ha fijado y reglamentado el encaje a que están sometidas tales corporaciones, tal como lo hizo el artículo 6o. del Decreto 1728 de 1974, el artículo 1o. del Decreto 1414 de 1979, 1o. del Decreto 676 de 1977 y 1o. del Decreto 1412 de 1979 todos dictados por el Gobierno en uso de las facultades que le otorga el artículo 120-14 de la Carta".

De otra parte añadió: "es evidente que la Junta Monetaria tiene competencias decretadas en materia del manejo de la política monetaria en el amplio campo que le ha sido adscrito por la ley, pero no lo es menos que dicho organismo no tiene facultad para reglamentar las normas que dicte el Gobierno en relación con las corporaciones de ahorro y vivienda, pues, como es sabido, la potestad reglamentaria es privativa del Gobierno, conforme al artículo 120-3 de la Constitución, de donde, así la resolución acusada se considere como simple desarrollo de la norma superior dictada por el Gobierno para su cumplida ejecución, esto es materia reservada al reglamento por la Carta y, por lo mismo, la Junta Monetaria carece de competencia para hacerlo".

Salvó su voto el Consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya, el cual estimó que había algunas dudas que no permitían ver la violación clara y ostensible que se acusa.

Y así, luego de transcribir el artículo 1o. del Decreto 1412 de 1979 que estableció la obligación para las corporaciones de ahorro y vivienda de un encaje representado en obligaciones de valor constante, sin interés, emitidas por el FAVI en los porcentajes que en él se fijan agregando que de su redacción es lógico concluir que el artículo 6o. del Decreto 1728 de 12 de agosto de 1974 fue subrogado por el Decreto 1412 de 1979 mayormente cuando contenía una disposición transitoria relativa a la Constitución del encaje por etapas mensuales hasta completar el requerido. Agrega que el Decreto 1110 de 1976 suprimió la junta de ahorro y vivienda creada por el Decreto 677 de 1972 que fijó en su artículo 11 las atribuciones de dicha junta, las que al suprimirla se distribuyeron entre la Junta Monetaria, el Ministerio de Desarrollo Económico y el Banco Central Hipotecario, por lo que las adjudicadas a la Junta Monetaria son adicionales a las propias otorgadas en leyes anteriores, por lo cual cabe sostener que las funciones señaladas a la Junta Monetaria en la materia por el artículo 6o. del Decreto 1110 de 1976, no son las únicas de que dispone este órgano en la materia, sino adicionales a las que ya tenía, y, finalmente, agregó, que el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973 no limitó las entidades obligadas a encaje a las enumeradas en él, sino que las amplió al hacer extensiva tal obligación a "todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término" siendo que ellas por distintas disposiciones están autorizadas para recibir depósitos a término y a la vista dentro del sistema de valor constante, así como se les autorizó también para recibir otros depósitos dentro del sistema común, diferente de UPAC para finalizar diciendo que el encaje legal es ante todo un mecanismo de seguridad, un instrumento de regulación monetaria que no encaja dentro de la norma de intervención en el manejo del ahorro a que se refiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución puesto que el encaje es aplicable a toda entidad que reciba depósitos del público a cualquier título y su técnica consiste en verificar día a día el monto de las obligaciones para con el público para que estas entidades mantengan en disponibilidades o en las inversiones señaladas en la ley el porcentaje requerido a título de encaje y que el artículo 2o. de la Resolución 53 demandado no modifica el encaje sino que se limita a determinar la forma de computarlo mediante la verificación diaria, no pudiendo confundirse el cómputo del encaje con la determinación de la porción negativa de encaje que se realiza mediante una operación mensual de comparación de los saldos diarios de excesos y deficiencias de encaje.

8o. En el otro expediente, el No. 6451 iniciado por demanda contra la misma disposición por el doctor Mario Alario Méndez, mediante auto de 28 de enero de mil novecientos ochenta, folio 20, el Consejero sustanciador, doctor Jorge Dávila Hernández, fue suspendida igualmente la norma acusada, fundada tal determinación en que la competencia era del Presidente de la República y no de la Junta Monetaria. Esta providencia fue suplicada por el abogado Camilo Sánchez Collins que se constituyó en impugnante, alegando que la Resolución 53 no tenía existencia jurídica porque había sido sustituída —derogada— por la Resolución 65 de 1979 también expedida por la Junta Monetaria, el artículo 2o. de la Resolución 53, y para comprobar su afirmación agregó copia autenticada de esta resolución. La súplica fue resuelta en auto de febrero 28 de 1980 revocando el numeral 2o. del auto suplicado que suspendió provisionalmente los efectos del acto acusado. Con fundamento en que el auto de suspensión provisional se dictó después de haberse derogado esa norma.

9o. Las partes produjeron su alegato de conclusión así: el demandante en lo esencial insiste en que la creación de las corporaciones de ahorro y vivienda ha sido por decretos del Gobierno Nacional expedidos con base en el artículo 120 numeral 14 de la Carta siendo reguladas desde entonces por decretos del Gobierno Nacional especialmente en lo relativo al encaje y que encontrándose vigente el Decreto 1728 de 1974 que en su artículo 6o. fijó el encaje que debían mantener dichas corporaciones y señaló el procedimiento para verificarlo, la Junta Monetaria, atribuyéndose una facultad que no le correspondía, expidió la Resolución 53 por la cual estableció un sistema diferente al del decreto, haciéndolo más gravoso, ya que según el Decreto 1728 los porcentajes de encaje debían aplicarse al término de cada mes al par que en la Resolución 53 debía aplicarse día a día. Esta resolución no puede considerarse como un desarrollo del Decreto 1728 de 1974 porque cambió fundamentalmente el sistema para liquidar el encaje, argumento que según jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en las sentencias que declararon la constitucionalidad de los actos creadores de las corporaciones de ahorro y vivienda, "intervenir" significa reglamentar desarrollar y, en general, regular una actividad y como la medida relativa al encaje es una reglamentación o regulación de las actividades de los entes capitalizadores de ahorro, resulta que tal medida lo es de intervención que puede obedecer a una política general en materia monetaria, o bien a un deseo de darle liquidez y esta medida solo puede tomarla el Gobierno Nacional según el artículo 120-14 por lo que se impone, según el memorialista, declarar la anulación.

10. En extenso memorial —folios 69 a 96— el impugnante, doctor Felipe Iriarte Alvira, apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a la declaratoria de nulidad solicitada y esgrime los siguientes argumentos:

En el alegato de conclusión del impugnante doctor Felipe Iriarte Alvira, apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público comienza por afirmar que la mayor dificultad que el correcto entendimiento de las facultades de la Junta Monetaria está en la naturaleza económica más que jurídica de las medidas adoptadas a través del encaje legal por lo cual insiste en aspectos de política monetaria y de orden público económico, que afirma, "subyace" con insospechada importancia, en la presente litis y así dice que desde los albores del sistema capitalista, corresponde al Estado como facultad soberana, el señalamiento de las características de la moneda metálica, como son el tipo, denominación y fuerza liberatoria, y además, es el titular del derecho de emitir y regular la moneda de papel, invadiendo la órbita privada con poderes económicos debido al desarrollo del comercio y del crédito y es así como se va gestando el *Jus Monetandi* o solvencia monetaria del Estado que le permite al soberano la regulación íntegra de la moneda, incluyendo la emisión de billetes y la obvia del funcionamiento bancario por otros aspectos", citando la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia de 12 de junio de 1969 de la que es autor el doctor Hernán Toro Agudelo (q.e.p.d.).

Para el año de 1986 el constituyente colombiano plasmó definitivamente la soberanía estatal pues las normas constitucionales de esa época otorgaron al Estado el privilegio de emitir billetes y moneda y la capacidad para regular el ejercicio de la actividad bancaria y fijar la política de crédito más aconsejable a las circunstancias y como es verdad aceptada que la moneda, el crédito y la banca conforman un servicio público por lo cual su manejo no puede ser regulado a través de facultades interventoras como si se tratara de actividad particular. Continuando en su extenso alegato afirma que es punto esencial del manejo crediticio que lo ejerce el Estado a través de la Junta Monetaria, es el saneamiento de los medios de pago y la lucha contra la inflación, por lo cual es de gran importancia la acción del Gobierno en relación con la actividad crediticia para controlar la provisión de dinero.

Dice que la economía moderna enseña que el papel moneda basado en reservas parciales o carente de ellas, puede ser un poderoso instrumento de descomposición económica, por la exagerada creación de medios de pago como sustituto de las inversiones reales de capital para superar el atraso económico pero incrementando la inflación.

Una herramienta en la lucha contra la inflación, está en la facultad de la autoridad monetaria de variar las tasas del encaje requerido a los establecimientos de crédito como son los bancos, corporaciones de ahorro y vivienda, e intermediarios financieros, el cual inicialmente se estableció en favor de los intereses de los depositantes pero que hoy a partir de 1950 se convirtió en un elemento decisivo de política económica y que se plasma en el Decreto 756 de 1951 que confiere amplias facultades al Banco de la República para utilizar el encaje en la lucha contra la inflación; dijo el decreto citado:

"Artículo 1o. De conformidad con las disposiciones contenidas en el presente decreto, el Banco de la República realizará *una política monetaria de crédito y de cambios encaminada a estimular condiciones propicias al desarrollo ordenado de la economía colombiana*". (Lo subrayado es del texto).

"Artículo 2o. La Junta Directiva del Banco de la República, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá:

"j) *Fijar y variar el encaje legal de los bancos y cajas de ahorro que funcionen en el país, a fin de hacer efectiva la política monetaria y de crédito que se estimase más oportuna, ajustándose a las siguientes normas.* (Subraya el memorialista)".

Se refiere a la sentencia mediante la cual la Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad de la Ley 7a. de 1973 en la que se dijo:

"El control y la ejecución de la política monetaria, se cumple a través de dos organismos administrativos, cuyos orígenes y funciones es útil aplicar: la Junta Monetaria y Banco de la República.

"El Banco de la República tuvo origen en 1923, gracias a la expedición de la Ley 25 de ese año cuyo primer artículo autorizó al Gobierno para 'promover y realizar la función de ser un Banco de emisión, giro, depósito y descuento'."

En la actualidad, dice el impugnante, las funciones otorgadas al Banco de la República en el Decreto 756 de 1951 corresponden a la Junta Monetaria, creada mediante la Ley 21 de 1963 y cuyo funcionamiento y organización tiene peso legal en el Decreto-Ley 2206 de 1963, en cuyo artículo 8o. se indica que:

"Corresponde a la Junta Monetaria estudiar y adoptar mediante normas de carácter general, las medidas monetarias y de crédito que conforme a las disposiciones vigentes corresponden a la Junta Directiva del Banco de la República, particularmente las siguientes:

"6) Fijar y variar el encaje legal de los bancos y cajas de ahorro que funcionen en el país, a fin de hacer efectiva la política monetaria y de crédito más oportuna".

Norma que complementó el artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1973, en los siguientes términos:

"Adiciónase las facultades encomendadas a la Junta Monetaria:

"a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y, en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término".

Trae a cuento nuevamente la sentencia de la Corte sobre las funciones de la Junta Monetaria en la que se dijo:

"De acuerdo con este régimen legal, es forzoso concluir que la adopción y dirección de la política monetaria del Estado, sin reserva, está encomendada a la Junta Monetaria, por decisión soberana y privativa del Congreso, y como una expresión democrática de la voluntad popular".

No puede ser más clara la competencia de la Junta Monetaria para determinar y variar los encajes de los establecimientos de crédito, incluidas las corporaciones de ahorro y vivienda, puesto que el Decreto 678 de 1972, artículo 2o. autorizó a tales entidades para recibir depósitos y otorgar préstamos a largo y corto plazo y el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973 amplió las facultades de la Junta Monetaria, en relación con el encaje, a todas las entidades que reciben depósitos a la vista o a término.

En cuanto a que la regulación de las corporaciones de ahorro y vivienda sea función constitucional del Presidente de la República, el impugnante anota que la función del Ejecutivo es administrativa y legislativa, que los decretos que dicte en ejercicio de esta función son administrativos y que por lo mismo prevalecen las determinaciones del Congreso que tienen fuerza de ley, haciendo referencia al fallo del Consejo de Estado de 14 de junio de 1974 del cual fue redactor el Consejero doctor Humberto Mora Osejo, en el que se abunda en la naturaleza administrativa de tales decretos con base en la teoría francesa de la deslegalización de las materias de que trata el numeral 14 del artículo 120 de la Corte, la que, según otros autores, no le quita competencia al Congreso para ocuparse de los mismos temas por cláusula general de competencia legislativa conforme al artículo 76, numeral 15 de la Carta.

Por su parte la doctora María del Pilar Rocha Jaramillo quien también impugna la demanda se opone a la misma afirmando que no son normas de intervención el encaje bancario ya que la intervención se ejerce en las actividades de personas particulares; que la Resolución 53 de la Junta Monetaria no está en contradicción con el Decreto 2206 de 1963 y la Ley 7a. de 1973, porque las corporaciones de ahorro y vivienda tienen como objeto social recibir dinero en depósito y que las facultades de la Junta Monetaria en cuanto a regulación del encaje legal, no pueden ser nuevamente controvertidas, pues la Honorable Corte Suprema de Justicia ya definió el punto en Sentencia de 12 de junio de 1969 en la que declaró exequibles las normas en las que se otorgan tales facultades.

En su oportunidad el Ministerio Público representado en la persona del Fiscal Tercero del Consejo de Estado doctor Carlos Octavio Rodríguez Vásquez, sobre el particular expuso en lo fundamental que los llamados "reglamentos autónomos" del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución tienen fuerza de ley, acogiéndose al salvamento de voto de los ex-consejeros doctores Carlos Galindo Pinilla y Alfonso Arango Henao a la Sentencia de 14 . . . de 1974, para concluir que las corporaciones de ahorro y vivienda desde la creación han estado sometidas a los decretos dictados por el Gobierno Nacional en uso de la atribución del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución.

SE CONSIDERA:

El tema principal a decidir es el relativo a las facultades de la Junta Monetaria en relación con el manejo de la política monetaria y especialmente del crédito y los encajes de bancos y demás intermediarias financieras, tienen por fuente constitucional, normas originarias del Congreso Nacional, o si la reglamentación de esta materia corresponde exclusivamente al Presidente de la República, conforme al numeral 14 de la Constitución. La cuestión, en verdad, no es nueva, puesto que ha sido objeto de decisión en la Corte al declarar que son exequibles los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 7a. de 1973 y 24 inciso 1o., literales a) y d) en sentencia dictada en Sala Constitucional y por lo mismo de Sala Plena, de fecha 14 de diciembre de 1973.

El fundamento constitucional de dicha sentencia está en lo fundamental en que conforme al artículo 76-15 de la Constitución corresponde al Congreso Nacional:

"Fijar la ley, tipo y denominación de la moneda, en lo cual consiste el ejercicio de la soberanía monetaria; que el control y ejecución de la política monetaria se cumplen a través de dos organismos administrativos que son la Junta Monetaria, creada por la Ley 21 de 1963, artículo 5o. en el cual se dispuso:

"Artículo 5o. Créase una Junta Monetaria encargada de:

"a) Estudiar y adoptar las medidas monetarias cambiarias y de crédito que, conforme a las disposiciones vigentes, corresponden al Banco de la República y,

"b) Ejercer las demás complementarias que se adscriban por el Gobierno Nacional, y en el futuro por mandato de la ley".

Se concedieron además, en esta ley, autorizaciones al Gobierno Nacional para proceder a su organización, etc., en desarrollo de las cuales el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2206 de 20 de septiembre de 1963 que ratificó la competencia de la Junta Monetaria en cuanto al estudio y adopción de la política monetaria, cambiaria y de crédito del país, sustituyendo en esta materia a la Junta Directiva del Banco de la República, y en desarrollo de tales competencias la Junta Monetaria está facultada para ejercer las siguientes funciones: señalar las pautas sobre el encaje legal de las instituciones bancarias; el volumen total de los préstamos e inversiones de las instituciones de crédito y las tasas máximas de interés o descuento de las mismas. Concluye la Corte en este punto de la sentencia:

"De acuerdo con este régimen legal, es forzoso concluir que la adopción y dirección de la política monetaria del Estado, sin reserva, está encomendada a la Junta Monetaria, por decisión, soberana y privativa del Congreso, y como una expresión democrática de la voluntad popular; lo cual se refuerza con el hecho aprobado de que la misma ley impugnada hace parte de los artículos 23 y 24 que amplían tal competencia".

El artículo 23 de la citada Ley 7a. de 1973, declarado exequible por el Tribunal con competencia constitucional para hacerlo, como es la Corte, expresa:

"Artículo 23. Adiciónase las facultades encomendadas a la Junta Monetaria con las siguientes:

"a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y, *en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término*, establecer encajes diferenciales de acuerdo con las clases de actividades que se quieran fomentar o desalentar; *señalar sistemas de cómputo para liquidar encajes* y establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas" (subraya la Sala).

Y es bien sabido que las corporaciones de ahorro y vivenda reciben depósitos a término y a la vista por disposición de decretos de ejecución por lo cual no es difícil concluir que ellas están comprendidas entre las entidades a las cuales se refiere el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, y por lo mismo, sometidas a las normas que sobre encaje legal dicte la Junta Monetaria que es el órgano oficial a través del cual el Estado colombiano ejerce la soberanía monetaria.

Por otra parte, los decretos que dicte el Presidente de la República con fundamento en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, son decretos administrativos y por lo mismo no tienen fuerza de ley, en sentido material ya que tales decretos los dicta el Jefe del Estado como "suprema autoridad administrativa", aunque es verdad que como atribución constitucional propia, según la reforma constitucional de 1968; además, tampoco la Constitución relaciona como decretos con fuerza material los que dicte el Gobierno Nacional con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, por lo cual la doctrina los llama reglamentos constitucionales autónomos, siendo por lo mismo atribución del Congreso Nacional todo lo relativo a "Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda" conforme al artículo 76-15 de la Constitución la que incluye naturalmente el control del flujo de moneda y de los cuasi-dineros en circulación para cuya regulación se creó por el legislador la Junta Monetaria.

Finalmente, es conveniente precisar, como es evidente, que una cosa es el sistema del cómputo del encaje —que debe ser diario según el artículo 2o. de la Resolución 53 de 16 de agosto de 1979 acusada—, y otra es la determinación de la posición negativa o positiva de encaje, que solo se determina comparando los saldos diarios de las exigibilidades sujetas a encaje con las disponibilidades diarias de la respectiva entidad crediticia, liquidada el último día de cada mes.

Por lo anterior habrá de negarse las súplicas de las demandas contenidas en los procesos acumulados radicados bajo los números 6451 y 6444.

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

FALLA:

1o. *Niéganse* las peticiones de las demandas con las cuales se iniciaron los procesos radicados bajo los números 6444 y 6451.

2o. *Revócase* la suspensión provisional del artículo 2o. de la Resolución 53 de 16 de agosto de 1979 originaria de la Junta Monetaria.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

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

Enrique Low Murtra, Aclaración de voto, **Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.**

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

REGLAMENTOS CONSTITUCIONALES O AUTONOMOS.— (Aclaración de voto).

1o. El Presidente no puede modificar ni derogar leyes en uso de la facultad consagrada en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

2o. No tienen fuerza de ley: Dado su carácter administrativo, son normas de menor jerarquía que la ley y dependen y se sujetan a ésta.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: **Radicación 6444.**
Actor: **Rodrigo Noguera Laborde.**

Aclaración de voto del doctor Enrique Low Murtra.

Con el debido respeto y admiración que profeso a mis compañeros de sala quiero hacer esta aclaración a fin de explicar mi voto y mi criterio.

Desde el momento en que proferí auto de suspensión provisional de la norma acusada hasta la fecha he meditado sobre el alcance del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional y he cambiado de criterio.

1o. Incuestionablemente el referido numeral 14 otorga al Presidente de la República una facultad constitucional propia que ejerce "como suprema autoridad administrativa" no como legislador. Por eso, creo yo, que el Presidente no puede modificar ni derogar leyes en uso de esa facultad.

2o. Los decretos que dicte el Gobierno en uso de la facultad que le otorga el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional no tienen "fuerza de ley" pues no están enumerados entre los que la Constitución establece con tal carácter en su artículo 118.

3o. Existe una cláusula general de competencia a favor del Congreso que tiene prelación por su carácter de legislador y por la estructura democrática del sistema jurídico-político que nos rige.

4o. Darle potestad al Gobierno de dictar normas con fuerza de ley para regular el *ahorro privado* bien es darle poderes omnímodos al Ejecutivo o bien lleva a la necesidad doctrinas jurídicas basadas en distinciones o sutilezas inasciblés al entendimiento y susceptibles de generar una caprichosa interpretación.

5o. En el control constitucional que ejerce la Corte Suprema de Justicia no se incorporaron estos decretos (los que se dictan en uso del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución) precisamente porque, dado su carácter administrativo, son normas de menor jerarquía que la ley y dependen y se sujetan a ésta.

Estos criterios que expuse en artículo académico que publiqué en la Revista del Externado de Colombia me hacen pensar que cuando dicté el auto de suspensión provisional estaba equivocado. El tenor de la Ley 7a. de 1973 citado en la providencia que antecede es claro, de claridad meridiana incontestable y no puede decirse que la ley pueda ser desconocida por normas de menor jerarquía jurídica. Pensé en un momento que como las corporaciones de ahorro y vivienda habían sido creadas por decretos que dictó el Gobierno en uso del célebre numeral 14 todo su régimen debía ceñirse a esta potestad, pero luego he sostenido con vehemencia que la ley siempre prevalece sobre los llamados "decretos autónomos". Estuve equivocado y lo reconozco con humildad republicana.

Atentamente,

Enrique Low Murtra.

SEGURO DE TRANSPORTES.— RESERVA TECNICA.— El hecho de que se ordene contabilizar la reserva cada seis meses en ejercicio de facultades legales suficientemente conocidas de la Superintendencia Bancaria según lo disponen los artículos 47 y 87 de la Ley 45 de 1923, no se está contrariando de ninguna manera el criterio del artículo 17 de la Ley 105 de 1927 que se dice desconocido, ya que este no se refiere a la oportunidad de la constitución de la reserva sino a la necesidad de que nunca durante un año dicha reserva pueda descender del 40% del valor de las primas netas recibidas durante ese año.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: **Expediente No. 5725.**
Actor: **Pedro Manuel Charria Angulo.** Nulidad y suspensión provisional. Resolución No. 3056 de 1977 y Circular DS y C115 de 1977 de la Superintendencia Bancaria.

Autoridades nacionales.

El ciudadano abogado Pedro Manuel Charria Angulo en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del anterior Código Contencioso Administrativo, en su

propio nombre, formuló demanda para obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 3056 de 30 de septiembre de 1977 dictada por el Superintendente Bancario y la Circular No. DS y C115 de 13 de octubre de 1977 dirigida por el Superintendente Bancario, Segundo Delegado, a los presidentes y gerentes de las compañías de seguros y reaseguros.

El demandante consideró que la resolución acusada y la circular que la reproduce vulnera disposiciones de superior jerarquía, tales como el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 en relación con el artículo 2o. del Decreto 1691 de 1960, que sustituyó el artículo 5o. del Decreto 1403 de 1940; el artículo 1119 del Código de Comercio y los artículos 26, 27 y 31 del Código Civil.

Como concepto de violación expresó:

"En el tercer considerando de la resolución acusada, manifestó el Superintendente Bancario: 'Que en el seguro de transportes, no obstante que, de acuerdo con el artículo 1119 del Código de Comercio, la prima se considera devengada definitivamente por el asegurador desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta, es necesaria la formación de las reservas para responder de las obligaciones del considerando anterior, en un porcentaje diferente al de los demás riesgos, ya que *el concepto de anualidad del riesgo en que se basa el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 no es enteramente aplicable al seguro de transportes*, y en el sentido expuesto cabe interpretar y aplicar las normas citadas' (el subrayado es mío). Principalmente por tal razón, dispuso en el artículo 1o. de la parte resolutiva del mismo acto que 'las compañías de seguros y de reaseguros de daños, para el ramo de transportes (carga y valores), deberán constituir y mantener las siguientes reservas de seguros: a) reserva técnica o para riesgos en curso del cuarenta por ciento (40%) de las primas netas retenidas en el último semestre; b) reserva por siniestros no avisados y de siniestralidad catastrófica no inferior al veinte por ciento (20%), ni superior al cuarenta por ciento (40%) de las primas netas retenidas en el último semestre. Estas reservas se constituirán por la cuenta de ganancias y pérdidas, y simultáneamente se abonarán a la misma cuenta las reservas anteriores.

"Como puede observarse fácilmente, el Superintendente Bancario consideró que el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 'no es enteramente aplicable al seguro de transportes', entendiéndose aquí que la norma que considera 'no enteramente aplicable' es solamente el inciso 1o. del artículo 17 citada por cuanto el 2o. inciso no se refiere a compañías de transportes sino a compañías de seguros de vida y de rentas vitalicias. Sin embargo, contra las consideraciones del Superintendente, resulta que el texto mismo del inciso 1o. del artículo 17 de la Ley 105 de 1927 no deja lugar a duda alguna en cuanto a que sí es 'enteramente aplicable al seguro de transportes' al afirmar que 'las compañías de seguros de incendios, *transportes*, accidentes y enfermedades mantendrán un fondo de reserva que no debe bajar del cuarenta por ciento (40%) del valor de las primas netas recibidas en el año'. Nada hay en su redacción que permita concluir, como hace el Superintendente, que tal norma no sea 'enteramente aplicable al seguro de transportes', en orden a establecer para éste un tratamiento exceptivo, abiertamente más gravoso e ilegal. Por el contrario, la norma no distingue entre compañías de seguros de incendios, accidentes y enfermedades, de una parte, y compañías de seguros de transportes, de la otra, sino que a todas ellas otorga tratamiento igual en cuanto a riesgos, como para que pueda considerarse que, tratándose de seguros de transportes, sea necesaria la formación de reservas en un porcentaje diferente si de los demás riesgos (incendios, accidentes y enfermedades) o, lo que es lo mismo, la formación de reservas que guarde relación con las primas netas retenidas en el último semestre y no en el último año, según la regla establecida para tales riesgos en el inciso 1o. del artículo 17 de la Ley 105 de 1927.

"Una interpretación, como la efectuada por el Superintendente Bancario, conduciría, en la práctica, al establecimiento ilegal de tres (3) categorías de compañías de seguros, según los riesgos amparados, así: 1) incendios, accidentes y enfermedades; 2) vida y rentas vitalicias; 3) transportes, cuando, en verdad, sólo existen dos (2): a) incendios, *transportes*, accidentes y enfermedades y b) vida y rentas vitalicias. Estas dos (2) categorías se explican y justifican porque implican el amparo de riesgos diferentes: el riesgo en los seguros de vida y de rentas vitalicias inexorablemente habrá de cumplirse pero, el riesgo en los seguros de incendios, *transportes*, accidentes y enfermedades puede cumplirse o no cumplirse. A esta diferencia de riesgos obedecen, precisamente, los dos (2) incisos del artículo 17 de la Ley 105 de 1927: el primero se refiere a los riesgos de incendios, *transportes*, accidentes y enfermedades y el segundo se refiere a los riesgos de vida y de rentas vitalicias. En este punto no sobra tener en cuenta que, si conforme a la parte final del inciso 2o. del artículo 17 de la Ley 105 de 1927, 'el monto de las reservas necesarias para los otros ramos de seguros' (incendios, transportes, accidentes y enfermedades) debe ser fijado por la Superintendencia Bancaria, es claro que debe serlo dentro de los parámetros establecidos legalmente, uno (1) de los cuales es, precisamente, el del concepto de la anualidad del riesgo, según dispone el primer inciso de la norma citada.

"Resulta extraño, igualmente, que la resolución acusada considere que 'el concepto de anualidad del riesgo en que se basa el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 no es enteramente aplicable al seguro de transportes', por cuanto la palabra 'enteramente' da a entender que tal concepto, al menos, sí puede ser aplicable parcialmente sin que la resolución precise por cuáles aspectos sería aplicable y por cuáles sería inaplicable. Esto equivaldría, en últimas, a una (1) interpretación irregular y violatoria del texto legal interpretado el cual, según el criterio del Superintendente, puede ser entera o parcialmente aplicable o inaplicable del todo cuando, en verdad, sólo puede ser integralmente aplicable. Pero, si la Resolución número 3056 citada quiso decir que en ningún caso sería aplicable el concepto de la anualidad del riesgo en el seguro de transportes, resultaría aún más flagrante la violación del artículo 17 de la Ley 105 de 1927 que, en forma expresa, se refiere al seguro de transportes.

"Por otra parte, conviene tener en cuenta que el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 habla de 'primas netas *recibidas* en el año' en tanto que el acto acusado habla de 'primas netas *retenidas en el último semestre*'. Recibir y retener son palabras diferentes con significados diferentes. Pero, esta diferencia carece de importancia jurídica en el caso que se trata, por cuanto las compañías de seguros sólo podrían retener las primas netas que previamente hayan recibido. Significa ésto, en términos de la Resolución número 3056, que las reservas ordenadas se aplicarán solamente al valor retenido de las primas recibidas, aspecto éste por el cual, al menos, resultaría más favorable para las compañías de seguros el acto emanado de la Superintendencia Bancaria que la misma ley. Pero, pese a este aspecto favorable, la resolución viola normas legales, conforme se expresó con anterioridad".

Con relación a la presunta violación del artículo 1119 del Código de Comercio dijo:

"Si, conforme a lo expuesto, no resulta cierta la afirmación de la resolución acusada contenida en su tercer considerando sobre que 'el concepto de la anualidad del riesgo en que se basa el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 no es enteramente aplicable al seguro de transportes' siendo como es, por el contrario, enteramente aplicable, resulta improcedente que, en el mismo considerando, la resolución aluda al artículo 1119 del Código de Comercio manifestando 'que en el seguro de transportes, no obstante que, de acuerdo con el artículo 1119 del Código de Comercio, la prima se considera devengada definitivamente por el asegurador desde el momento en que los riesgos comienzan a

correr por su cuenta', es necesaria la formación de las reservas para responder de las obligaciones del considerando anterior en un porcentaje diferente al de los demás riesgos por cuanto, en verdad, no es necesaria la formación de las reservas para responder de las obligaciones de los riesgos en el ramo de seguros en un porcentaje diferente al de los demás riesgos si los del ramo de transportes, al igual que los de los ramos de incendios, accidentes y enfermedades, se extienden a un (1) año y no a un (1) semestre. El que la prima se considere devengada definitivamente por el asegurador desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta, según lo dispuesto por el artículo 1119 del Código de Comercio, refuerza lo anterior porque, con mayor razón, no habría necesidad de formar reservas. En el caso contrario, posiblemente sí. En este sentido el 'no obstante', utilizado por la resolución acusada resulta bastante significativo. Razones todas por las cuales aparece violado el artículo 1119 del Código de Comercio".

Y para fundamentar la violación de los artículos 26, 27 y 31 del Código Civil que se refieren a los criterios de interpretación de la ley expresó:

"En el tercer considerando de la resolución acusada, expresó el Superintendente Bancario: '3o. Que en el seguro de transportes, no obstante que, de acuerdo con el artículo 1119 del Código de Comercio, la prima se considera devengada definitivamente por el asegurador desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta, es necesaria la formación de las reservas para responder de las obligaciones del considerando anterior, en un porcentaje diferente al de los demás riesgos, ya que el concepto de anualidad del riesgo en que se basa el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 no es enteramente aplicable al seguro de transportes, *y en el sentido expuesto cabe interpretar y aplicar las normas citadas'* (el subrayado es mío).

"Del texto transcrito resulta evidente que el acto acusado interpreta el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 y el artículo 1119 del Código de Comercio. Se trata de interpretación por funcionario público en la aplicación de las leyes o casos particulares, razón por la cual constituye interpretación por vía de doctrina. Y aunque el sentido de ambas normas legales es claro, sin expresiones oscuras, se tiene que el Superintendente Bancario ha desatendido su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. Así, donde el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 dice 'en el año', la resolución acusada interpretó 'en el último semestre'; donde el artículo 17 citado incluyó a las compañías de seguros de transportes al lado de las compañías de seguros de incendios, accidentes y enfermedades, la resolución acusada interpretó separando las primeras de las segundas en orden a formar con aquellas un (1) grupo o categoría diferente y, finalmente, como consecuencia de estas interpretaciones violatorias del artículo 17 citado y en relación con él, distorsionó el sentido del artículo 1119 del Código de Comercio. Por tanto, resultan violados los artículos 26 y 27 del Código Civil.

"Por otra parte, la resolución acusada tiene en cuenta lo que, según ella, es lo odioso del artículo 17 de la Ley 105 de 1927 para restringir su interpretación. 'Lo odioso' consiste en la asimilación del seguro de transportes a los seguros de incendios, accidentes y enfermedades, y la restricción en su interpretación consiste en reducir el término de un (1) año a un (1) semestre. Razones por las cuales la Resolución número 3056 citada viola el artículo 31 del Código Civil.

Tramitado el negocio sin que se observe irregularidad alguna se constituyó en parte impugnadora el Superintendente Bancario quien por medio de apoderado debidamente constituido rebatió las tesis expuestas por la demanda en la siguiente forma:

"1o. *Violación del artículo 17 de la Ley 105 de 1927, en relación con el artículo 2o. del Decreto 1691 de 1960.*

"El demandante fundamenta el cargo en las siguientes apreciaciones:

". . . la norma no distingue entre compañías de seguros de incendios, accidentes y enfermedades, de una parte, y compañías de seguros de transportes, de la otra, sino que a todas ellas otorga tratamiento igual en cuanto a riesgos, como para que pueda considerarse que, 'tratándose de seguros de transportes, sea necesaria la formación de reservas en un porcentaje diferente al de los demás riesgos' (incendios, accidentes y enfermedades) o, lo que es lo mismo, la formación de reservas que guarde relación con las primas netas retenidas en el último semestre y no en el último año, según la regla establecida para tales riesgos en el inciso 1o. del artículo 17 de la Ley 105 de 1927. . .

"Sobre el particular, debemos anotar que en momento alguno la Superintendencia Bancaria, cuando reglamentó las reservas para el seguro de transportes, hizo distinciones entre las compañías de seguros de incendios, accidentes, enfermedades y transportes, no contempladas en el texto del artículo 17 de la Ley 105 de 1927, que se estima violado. Veamos por qué: El fondo de reserva para el seguro de transporte se forma y mantiene con el 40% de las primas netas emitidas en el año, pero la mencionada disposición no indica la manera como deben efectuarse las contabilizaciones correspondientes, las cuales pueden hacerse por días, semanas, meses, bimensual, semestral o anualmente, en la forma que determine el Superintendente Bancario, quien debe velar por la solvencia y la liquidez de las compañías de seguros y reaseguros y dictar las normas pertinentes.

"Por lo anterior, cuando el literal a) del artículo 1o. de la Resolución número 3056 de 1977 dice: 'Reserva técnica o para riesgos en curso, del cuarenta por ciento (40%) de las primas netas recibidas en el último semestre', está expresando idéntico concepto del contemplado por el artículo 17 de la Ley 105 de 1927, en cuanto él ordena que las compañías de seguros de transportes 'mantendrán un fondo de reserva que no debe bajar nunca del 40 por ciento del valor de las primas netas recibidas en el año', con solo una adición, vale decir, que ya no basta un asiento en el año, sino que es necesario efectuar un asiento semestral.

"Merece llamar la atención acerca de un hecho bastante significativo, cual es que dentro del contexto del artículo 17 que se comenta, no aparece plasmada, tal como lo pretende el actor, la obligación de que el fondo de reserva se mantenga durante el lapso de un año; es bien diferente, el exigir que el porcentaje indicado se determine sobre las primas netas recibidas en el año, puesto que tal presupuesto se cumple aun con la contabilización semestral de la reserva. Y no podría ser de otra manera, toda vez que al finalizar los dos períodos semestrales, se han tomado, así sea separadamente, todas las primas del año, tal como lo exige el artículo 17 de la Ley 105 de 1927.

"Ahora bien, el diferente tratamiento contable otorgado al seguro de transportes, que bien podría ser determinado por el Superintendente Bancario en los términos de los artículos 47, inciso final y 67 de la Ley 45 de 1923 que lo facultan para dictar las reglas generales que deban seguir los bancos en su contabilidad —aplicable a las compañías de seguros por mandato de los artículos 26 y 27 de la Ley 105 de 1927—, tiene amplia justificación y razón de ser, ya que en el ramo aludido el factor determinante para la duración del riesgo está constituido por el trayecto asegurado, duración que —previos los estudios del caso— se determinó que nunca excedía en promedio de un semestre, habida cuenta de la modernización y agilidad de los medios de transporte. Y en tal virtud, no existía ninguna razón, ni jurídica ni práctica, para obligar a la contabilización anual del fondo de reserva, cuando la vigencia del riesgo nunca sobrepasaba el término de seis (6) meses.

"Si en virtud de claras y precisas facultades legales, el Superintendente Bancario puede disponer que para mantener el fondo de reserva la contabilización de las primas se haga por semestres, pero en todo caso acatando el mandamiento legal de que '*no debe bajar nunca* del 40 por ciento del valor de las primas netas recibidas en el año' (se subraya), se concluye sin mayor esfuerzo que la Resolución 3056, no viola lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 105 de 1927. Si este precepto hubiera ordenado la 'contabilización' del fondo de reserva anualmente, el acto acusado, al disponer su 'contabilización' semestral, sí estaría en abierta oposición con la ley, pero como antes se anotó, tal hipótesis no se presenta en el caso que se estudia.

"Resulta por lo demás bastante alejada de la realidad la siguiente afirmación del actor: 'Nada hay en su redacción que permita concluir', como hace el Superintendente, que tal norma no es 'enteramente aplicable al seguro de transportes', en orden a establecer para éste un tratamiento exceptivo, abiertamente más gravoso e ilegal', en atención a que, como ya lo vimos, la resolución cuestionada únicamente determinó la manera de contabilizar el fondo de reserva, sin modificar las bases de su liquidación; por ello, consideramos que con su excepción no se atentó contra lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 105 de 1927. De otra parte, la precitada resolución no estableció un tratamiento exceptivo para el seguro de transportes, puesto que sólo impartió una instrucción contable dentro de la órbita de su competencia, ajustándose al factor determinante y real de la duración de los riesgos en este tipo de seguro.

"Igualmente, el mecanismo contable instituido no resulta más gravoso para las compañías de seguros, si se mira el hecho de que el porcentaje establecido es exactamente el mismo al previsto en el artículo 17 de la Ley 105, y que, el acto impugnado no ordena que las reservas se acumulen año tras año, como lo quiere hacer aparecer el demandante, toda vez que la situación es bien diferente: cuando la reserva se constituye contra la cuenta de pérdidas y ganancias, las reservas anteriores, simultáneamente, se deben abonar a la misma cuenta, desapareciendo, por ende, de la contabilidad".

Y más adelante dijo:

"Para una mayor claridad, es preciso traer a colación el concepto legal de 'primas netas', contenido en el inciso 2o. del artículo 13 del Decreto 655 de 1925, en cuya virtud, 'se entenderá por *primas netas* la diferencia entre las primas totales recibidas por la compañía y las que hayan sido pagadas por ellas a otras compañías por reaseguros de sus riesgos'. (El subrayado es nuestro). Este despacho, en oficio DAB 233 de septiembre 9 de 1971, expresó que por 'primas netas recibidas' se entienden las 'primas *emitidas* de seguros, coaseguros y reaseguros, menos las primas cedidas a otras compañías nacionales o extranjeras por reaseguros de sus riesgos'. Vale decir que primas netas son el resultado de una resta entre el total de primas y las primas cedidas, o sea que prima neta es sinónimo de prima retenida. Por la razón expuesta, y en este punto concreto, estimamos que los términos 'retenidos' y 'recibidas' encierran el mismo concepto con palabras diferentes, por lo que se hace superfluo cualquier otro comentario sobre el particular.

"En tratándose de la violación del artículo 2o. del Decreto 1691 de 1960, nos abstenemos de hacer mayores observaciones, dado que, de una parte, ha quedado ampliamente demostrada la legalidad de la Resolución número 3056 de 1977, y de otra, que fue el querer del legislador la necesidad de sustraer una parte de los recursos de las compañías de seguros a fin de constituir el Fondo de Reserva, que respalda las obligaciones derivadas de los riesgos en curso, en aras, precisamente, de la liquidez y solvencia de las compañías de seguros.

"2o. *Violación del artículo 1119 del Código de Comercio.*

"El artículo 1119 del Estatuto Mercantil, implica una excepción en materia de seguros, toda vez que consagra un principio diferente para el seguro de transportes, consistente en que 'el asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta'. Excepción esta que se justifica si se parte de los peligros que pueden causar la pérdida de las mercancías transportadas, las cuales pueden ser apreciadas analizando la impotencia humana para controlar adecuada y totalmente las fuerzas de la naturaleza o para prevenir los fallos humanos que tanto afectan la seguridad del transporte de mercancías.

"Lo anterior no significa que las compañías de seguros no se encuentren obligadas a constituir las reservas en el ramo de transporte, en tanto y en cuanto fue la misma ley la que les impuso tal exigencia, con varias finalidades muy especiales, como son: responder de las obligaciones de los riesgos en curso, de los riesgos realizados (siniestros avisados y los no avisados) y de la siniestralidad catastrófica, objetivos estos que se obtenían más fácilmente, con la contabilización de los fondos de reserva en la forma ordenada por la Superintendencia Bancaria.

"Con base en lo anterior, no encontramos plasmada la violación del artículo 1119 citado, en atención a que éste, en modo alguno excluye la plena aplicabilidad del artículo 17 de la Ley 105 de 1927, en lo que hace a la constitución del fondo de reserva para el seguro de transportes.

"3o. *Violación de los artículos 26, 27 y 31 del Código Civil.*

"Considero, Honorables Consejeros, que con los planteamientos hasta aquí expuestos, queda descartada la violación de los preceptos legales que en este acápite se mencionan, ya que con la expedición de la Resolución número 3056 de septiembre 30 y de la circular DS y C-115 de octubre 3, ambas de 1977, el Superintendente Bancario, ni interpretó el texto del artículo 17 de la Ley 105 desatendiendo su claro tenor literal, ni pretendió tomar en cuenta lo favorable u odioso de esa disposición con el fin de ampliar o restringir su alcance, sino que, por el contrario, con su reglamentación, simplemente dio las pautas para efectuar la contabilización de las reservas en un determinado ramo, plenamente facultado por los ya aludidos artículos 47 inciso final y 87 de la Ley 45 de 1923, y además, teniendo en cuenta que este aspecto eminentemente contable no había sido materia de regulación por parte de la norma superior que se pretende vulnerada".

Oído el concepto del señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, considera que deben decidirse favorablemente las peticiones de la demanda pues parte de la base de que la resolución acusada modificó "los presupuestos fácticos de la norma superior" por cuanto estima que contra lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 que las compañías de seguros de transportes deben mantener un fondo de reserva "que no debe bajar nunca del 40% del valor de las primas netas recibidas en el año"; la reducción acusada "creó para las compañías de seguros y de reaseguros para el ramo de transportes (carga y valores) una reserva técnica o para riesgo en curso, del 40% de las primas netas retenidas en el último semestre, es decir, cambió el presupuesto fáctico de la anualidad prevista por el legislador por otro presupuesto de "semestralidad" creado a su arbitrio y referido a un elemento de temporalidad distinto de la anualidad; la semestralidad".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El texto de la parte resolutiva de la resolución acusada dice textualmente:

"Artículo primero. Las compañías de seguros y de reaseguros de daños, para el ramo de transportes (carga y valores), deberán constituir y mantener las siguientes reservas de seguros:

"a) Reserva técnica o para riesgos en curso, del cuarenta por ciento (40%) de las primas netas retenidas en el último semestre.

"b) Reserva para siniestros no avisados y de siniestralidad catastrófica, no inferior al veinte por ciento (20%) ni superior al cuarenta por ciento (40%) de las primas netas retenidas en el último semestre.

"Estas reservas se constituirán por la cuenta de ganancias y pérdidas, y simultáneamente se abonarán a la misma cuenta las reservas anteriores.

"Artículo segundo. Esta resolución rige a partir de la fecha y se aplicará para los balances consolidados de las compañías de seguros y de reaseguros de 30 de septiembre de 1977 y siguientes.

El artículo 17 de la Ley 105 de 1927, norma que se dice violada por la decisión anterior, reza:

"Artículo 17. Las compañías de seguros de incendios, transportes, accidentes y enfermedades, mantendrán un fondo de reserva que no debe bajar nunca del 40 por ciento del valor de las primas netas recibidas en el año.

"Las compañías de seguros de vida y de rentas vitalicias tendrán un fondo de reserva que se calculará anualmente por el actuario de la compañía, según los principios que rigen la materia, de acuerdo con la Superintendencia Bancaria. Esta fijará el monto de las reservas necesarias para los otros ramos de seguros".

El actor considera que con la instrucción sobre la oportunidad de ir contabilizando las reservas técnicas para garantía de los asegurados en el contrato de seguros de transporte, se está modificando un criterio establecido por la ley sobre la idea de que el cálculo de esa reserva debe ser anual.

Nada más contrario al sentido claro de la norma legal ni a la razón de ser de la instrucción sobre la forma de cumplir con ese mandato legal.

Claramente dice la Resolución 3052 de 1977 de la Superbancaria, que:

Los riesgos en el seguro de transporte no se extienden en promedio a más de un semestre y que por lo tanto esa reserva técnica que no puede bajar en ningún momento del 40%, debe irse formando paulatinamente por semestres para ir cubriendo oportunamente los márgenes de seguridad de los siniestros posibles en esta clase de seguros.

Esta interpretación no es caprichosa sino que se deduce naturalmente del mismo artículo 17 de la Ley 105 de 1927, que en su inciso 2o. al referirse a seguros de vida y de rentas vitalicias en los que el riesgo de siniestros se cuenta por años, sí exige que ese fondo de reserva se calcule anualmente por el actuario de la compañía y de acuerdo con la Superintendencia Bancaria; a tiempo que esa exigencia no se hace para los otros tipos de seguros a que se refiere el inciso 1o.

Entendiendo pues el sentido de la resolución que se dice violada, que busca tan solo el que "nunca baje la reserva técnica del 40% de las primas netas recibidas en el año", el hecho de que la Superintendencia Bancaria exija la constitución paulatina de esa reserva semestralmente no hace sino buscar el medio adecuado para que dicho porcentaje no se disminuya durante el año habida cuenta de que los riesgos de transportes no cubren normalmente un tiempo superior a los seis (6) meses.

Como muy bien lo dice la apoderada de la Superintendencia Bancaria:

"Merece llamar la atención acerca de un hecho bastante significativo, cual es que dentro del contexto del artículo 17 que se comenta, no aparece plasmada, tal como lo pretende el actor, la obligación de que el fondo de reserva se mantenga durante el lapso de un año; es bien diferente, el exigir que el porcentaje indicado se determine sobre las primas netas recibidas en el año, puesto que tal presupuesto se cumple aun con la contabilización semestral de la reserva. Y no podría ser de otra manera, toda vez que al finalizar los dos períodos semestrales, se han tomado, así sea separadamente, todas las primas del año, tal como lo exige el artículo 17 de la Ley 105 de 1927".

Por lo tanto, el hecho de que se ordene contabilizar la reserva cada seis (6) meses en ejercicio de facultades legales suficientemente conocidas de la Superintendencia Bancaria según lo disponen los artículos 47 y 87 de la Ley 45 de 1923, no está contrariando en ninguna manera el criterio del artículo 17 que se dice desconocido, ya que este no se refiere a la oportunidad de la constitución de la reserva sino a la necesidad de que nunca durante un año dicha reserva pueda descender del 40% del valor de las primas netas recibidas durante ese año.

Todas estas medidas que ha tomado la Superintendencia Bancaria no tienen otro objetivo que el de garantizarle a quienes celebran contratos de seguros con las compañías correspondientes, que en un momento dado ante la ocurrencia de un siniestro dicha compañía tenga suficientes reservas que le permitan atender oportunamente sus obligaciones y no se ve por qué esa medida de prudencia pueda causar perjuicio a la compañía cuando la actividad aseguradora se está desarrollando dentro de los cauces de la seriedad y de la legalidad.

Con relación al artículo 1119 del Código de Comercio que se dice también violado por la resolución acusada, el actor estima que por haber hecho mención de dicho artículo para explicar la razón de la necesidad de la formación de las reservas técnicas legales mediante contabilización semestral al utilizar el giro de "no obstante", da a entender que por haber dispuesto el artículo mencionado que la prima se la gana irrevocablemente el asegurador desde el momento en que los riesgos comiencen a correr, sería razón suficiente para que no hubiera reservas o que estas solamente puedan formarse en términos de anualidad.

No ve la Sala ni la violación que pretende alegarse ni la lógica del planteamiento para considerar que el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 ha establecido el sistema de anualidad para la constitución de las reservas y la imposibilidad legal de que estas, calculándose semestralmente nunca sean inferiores al 40% del valor de las primas netas percibidas durante el año.

Fallando pues la premisa mayor en la argumentación del demandante para sostener que no puede irse formando las reservas sino mediante la contabilización y cálculo anual, desaparecen por lo tanto los cargos sobre violación de los artículos del Código Civil a que ha hecho referencia la demanda.

La Sala entiende que no faltándole atribuciones legales a la Superintendencia Bancaria para tomar las medidas conducentes para que las compañías de seguros estén en cualquier momento respaldadas con reservas técnicas suficientes para responder de sus obligaciones para con sus clientes, por los siniestros que puedan ocurrir, como es el caso presente, no hay razón alguna ni legal ni en derecho para hacer inoperante esas medidas a través de una declaratoria de nulidad.

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:

1o. *Deniéganse* las súplicas de la demanda.

2o. *Revócase* la suspensión provisional decretada dentro de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 18 de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

CONCEPTOS.— CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS.— Están dirigidos única y exclusivamente a facilitar la gestión de administración y de aplicación de los tributos. Son en principio obligatorios para los funcionarios en cuanto con ellos no se desconozca en forma flagrante norma jurídica superior. Pueden ser impugnadas ante la Jurisdicción. Con ellas no se pueden crear obligaciones tributarias, ni afectan en nada el régimen de ley.

1o. Declárase la nulidad de las frases:

1o. "Cuyo carácter es obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes".

Y "Cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto consultado" insertas en el párrafo sexto del Capítulo I de la Circular General número 1o. de 21 de julio de 1982 de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2o. Declárase la nulidad de las siguientes frases:

"Autorizada"

"Y se entienden incorporadas a la disposición explicada pues el intérprete no hace más que dar la definición de la norma materia de su estudio.

Insertas en el párrafo séptimo del mismo Capítulo I de la misma Circular General.

3o. Declárase la nulidad de los párrafos noveno, décimo y undécimo del mismo Capítulo I de la misma Circular.

4o. En consecuencia el Capítulo I de la Circular acusada se leerá como sigue:

Párrafo 1o. al 5o. tal como están escritos.
Párrafo 6o. "El ejercicio de la mencionada competencia lo desarrollan la Dirección de Impuestos a través de circulares (de carácter general), y la Subdirección Jurídica a través de conceptos que se emiten en cada caso concreto.

Párrafo 7o. "Dichas instrucciones, circulares y conceptos contienen una interpretación de la ley y del reglamento.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., junio dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: **Radicación 10.787.** Nulidad de los párrafos 6o., 7o., 9o., 10 y 11 del Capítulo I de la Circular General No. 1 de julio 27 de 1982 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.
Demandante: **Antonio José Echeverri Giraldo.**
Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**

El ciudadano Antonio José Echeverri Giraldo, actuando en su propio nombre, solicitó la nulidad de los párrafos 6o., 7o., 9o., 10 y 11 del Capítulo I de la Circular General número 1o., fecha 21 de julio de 1982, suscrita por el Director General de Impuestos Nacionales.

Establece la circular objeto de esta contienda lo siguiente:

Fuerza obligatoria de los Conceptos, Circulares e Instrucciones

"Según el Decreto 074 de 1976, dictado por el Gobierno Nacional en desarrollo de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso Nacional en la Ley 28 de 1974. "A la Dirección General de Impuestos Nacionales corresponde interpretar, aplicar y ejecutar en todos sus aspectos las normas que establecen y regulan los impuestos nacionales cuya competencia no esté adscrita a otros organismos. . ."

"Dentro de la asignación de competencia de las distintas dependencias de la Dirección, se le otorga a los organismos del nivel central la función primordial de la planeación, dirección, coordinación y control. Entre todas sus funciones de carácter eminentemente directivo, el Director General de Impuestos tiene la de impartir las instrucciones necesarias para la ejecución de la investigación, determinación, recaudo y discusión de los impuestos de su competencia, lo mismo que la de dar instrucciones de carácter general sobre la interpretación de las normas tributarias.

"Con el objeto de lograr una adecuada distribución de funciones, y, al mismo tiempo, para obtener y mantener la unidad doctrinal en la interpretación de las disposiciones tributarias, la Subdirección Jurídica, bajo los lineamientos que dé la Dirección, tiene la potestad, conferida directamente por la ley (Decreto 074 de 1976, artículo 34) para 'determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas tributarias, en el proceso de determinación, recaudo y discusión administrativa de los impuestos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"Quiso así el legislador mantener la continuidad en estas funciones, ya dadas por el Decreto 978 de 1971, aunque ahora en forma más clara y más explícita.

"Lógicamente el ejercicio de esta potestad se desarrolla a través de los actos idóneos para ello, los cuales, dentro de un sistema que establece el principio de la escritura como primordial en los procesos, serán instrucciones o interpretaciones escritas dirigidas a los funcionarios o a los particulares, circularizadas o no, según el interés más o menos general de los temas.

"El ejercicio de la mencionada competencia lo desarrolla la Dirección de Impuestos a través de circulares cuyo carácter es obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes, y la Subdirección Jurídica por medio de conceptos que se emiten en cada caso concreto, como respuesta a las consultas escritas que formulan los particulares y funcionarios a esta oficina, cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto consultado.

"Dichas Instrucciones, Circulares y Conceptos, contienen, por lo tanto, la interpretación autorizada de 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.

"Ahora bien, es perfectamente plausible que se produzcan modificaciones a través del tiempo, completamente lógicas en materia jurídica, ya que la dinámica del Derecho Tributario lleva en muchos casos a cambios de la doctrina, casi que como una necesidad que surge por lo general de un mejor conocimiento del objeto materia de estudio.

"Frente a esta posibilidad, el derecho en sus principios generales enseña que su misma esencia es la seguridad, la certeza jurídica; y no habría certeza si el contribuyente, creyendo obrar conforme a la verdad definida en un momento dado, pudiera verse lesionado por interpretación posterior diferente. La nueva interpretación necesariamente no podrá aplicarse en quellos casos en que el particular obró conforme a lineamientos anteriores dados por la Subdirección Jurídica de sentido distinto.

"De acuerdo con lo anterior, los funcionarios de la Dirección General de Impuetos Nacionales tienen que ver con el proceso de investigación, determinación, discusión y recaudo de los impuestos de competencia de dicha Dirección, aplicarán las disposiciones legales y reglamentarias en la forma como se interpreten por este despacho, aplicando como norma general la interpretación general vigente en el momento de practicarse la visita, liquidación, resolución, etc., salvo en el evento de presentarse por el contribuyente, dentro del proceso, prueba de interpretación diferente por parte de la Dirección de Impuestos, bien de la Subdirección Jurídica.

"En este caso se aplicará la interpretación alegada y probada por el interesado, hasta la fecha del cambio de doctrina".

El actor acusa de ilegalidad los párrafos 6o., 7o., 9o., 10 y 11 de la parte transcrita.

Alega las siguientes violaciones:

"a) *Decreto 74 de 1976 (artículo 34)* por interpretación errada. Considera el actor que lo que se busca en el artículo 34 es la unidad doctrinal en la interpretación de las normas tributarias no la posibilidad de dictar normas de carácter general.

"b) *El artículo 25 del Código Civil* que establece que la interpretación con autoridad solo corresponde al legislador.

"c) *Los artículos 14 y 26 ibídem* porque ninguna interpretación doctrinal obliga al ciudadano. Este siempre puede buscar el alcance y sentido de las normas jurídicas y acomodar a su criterio el cumplimiento de cada norma legal. Será en la jurisdicción donde sostendrá sus pretensiones y la validez de la doctrina en que fundó su teoría.

"d) Los artículos 76 (numeral 1o.), 120 (ordinal 3o.), 20, 21 y 26 de la Constitución Nacional que establecen claramente que es al Congreso a quien compete dictar las leyes, al Gobierno los reglamentos (no a la Dirección General de Impuestos Nacionales), hacen responsable a los funcionarios públicos de acción u omisión en el cumplimiento de sus deberes y al ciudadano común lo responsabilizan solo de las faltas del deber dentro del amplio margen legal de las libertades ciudadanas".

Suspensión provisional.

El suscrito conductor del proceso decretó la suspensión de parte de las normas acusadas con base en los siguientes argumentos:

"Elemento esencial del derecho tributario es el principio de la legalidad de los tributos. Tan importante es este principio que ha sido consagrado por la Constitución de Colombia en su artículo 43, reflejando en ello más de un siglo de historia. Como que los orígenes mismos del Parlamento vienen de aquel viejo lema de 'no taxation without representation', y también surcos de sangre heróica de nuestros comuneros sembraron este lema tan esencial de la vida democrática de la República.

"Saiz de Bujanda observa:

"No puede olvidarse, al tratar de las fuentes y de su significación en la organización política actual, el enorme desarrollo que desde hace un cuarto de siglo, aproximadamente, ha adquirido en todo el mundo otro grupo de disposiciones reguladoras de la actividad financiera: Las Ordenes ministeriales y las Circulares. En la práctica, ese género de disposiciones constituye uno de los más graves peligros para el principio de legalidad. Los ministerios de Hacienda de todos los países dictan, con rapidez vertiginosa, órdenes ministeriales de carácter interpretativo, que no se limitan, como fuera deseable, a aclarar el sentido de las normas legales en materia de tributación, sino que ensanchan o restringen —generalmente, lo primero— los objetos imponibles. Esta práctica está provocando graves trastornos y constituye una amenaza seria al principio de seguridad jurídica. Acontece, en efecto, que el carácter interpretativo que se atribuye a esas órdenes permite a los agentes del Fisco aplicarlas con carácter retroactivo. Esto es siempre grave, por las siguientes razones: 1a. Porque las Ordenes suelen referirse a situaciones tributarias, cuya regulación legal es confusa e incompleta, y no es justo que tales disposiciones den origen a obligaciones o responsabilidades que la ley no señala en forma clara e inequívoca, y que las oficinas gestoras de impuestos no se decidirían a hacer efectivas de no dictarse aquellas disposiciones. 2a. Porque la oscuridad de los preceptos legales suele subsanarse con criterios interpretativos que se engendran en la práctica administrativa, dando origen a un entendimiento entre los contribuyentes y la administración, que no debe destruírse con órdenes ministeriales contrarias a aquellos criterios. . ."

"Es claro por ello, que las circulares, conceptos e instrucciones de la Dirección de Impuestos están dirigidas única y exclusivamente a facilitar la gestión de administración y de aplicación de los tributos. Son en principio obligatorias para los funcionarios en cuanto con ellas no se desconozca en forma flagrante norma jurídica superior. Pueden ser impugnadas ante la jurisdicción. Con ellas no se pueden crear obligaciones tributarias, ni afectan en nada al régimen de ley.

"De esta breve reflexión se deduce: a) que es ilegal la frase 'carácter obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes' del párrafo sexto acusado y b) que es (sic) ilegal las expresiones '*autorizada*' y 'Se entienden incorporadas a la disposición explicada' del párrafo séptimo acusado. Ellas violan ostensiblemente el principio de la legalidad. Los demás aspectos ameritan mayor estudio. No debe olvidarse que las otras frases cuya suspensión provisional se solicita tienen un carácter de orientación administrativa y no de interpretación general. Así por ejemplo, la expresión 'cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto estudiado', contenida en el párrafo sexto, se refiere a la aplicación particular a una cosa, de una norma y no desconoce, por lo menos *prima facie* el principio de legalidad de los tributos. La expresión 'verdad' del párrafo noveno es intrascendente en el contexto en que se encuentra. El conductor considera igualmente que los párrafos décimo y undécimo le quitan el carácter de obligatoriedad a las interpretaciones generales que hace la Dirección de Impuestos 'si el contribuyente prueba' una mejor interpretación, vale decir, a modo de ver del conductor del proceso, el párrafo décimo y undécimo eliminan el carácter obligatorio que se había consagrado en el párrafo sexto. Cabrá analizar más a fondo el punto en el momento del fallo de fondo.

Súplica:

El auto de sala unitaria fue objeto del recurso de súplica impetrado por el apoderado judicial del Ministerio de Hacienda.

Al decidir el asunto de sala de decisión que confirmó la providencia recurrida observó:

"A las anteriores consideraciones del auto suplicado, habrá que agregar solamente que la interpretación de la ley con autoridad solo está reservada al legislador, con el fin de 'fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general', conforme a la prescripción del artículo 25 del Código Civil y por lo mismo, si ni siquiera la que hacen los jueces, en toda la jerarquía judicial, es por vía de autoridad, sino doctrinaria, interpretación que por lo mismo no es de obligatoria observancia por las autoridades situadas en grado inferior del juez o tribunal que interpreta la norma, es por lo menos alineante que se dá tal carácter, a la interpretación de la ley tributaria que haga la Dirección General de Impuestos Nacionales, que es una Oficina de la Administración".

Vista Fiscal:

Corrido el traslado a la señora fiscal sexto ante esta Corporación observó:

"La Fiscalía considera:

"La Circular parcialmente acusada se refiere en esencia, a la obligatoriedad para funcionarios y particulares de las instrucciones y circulares de la Dirección General de Impuestos Nacionales y a la obligatoriedad también para funcionarios y particulares de los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica, circunscrita en este caso a la persona y al caso concreto consultado.

"La obligatoriedad de las instrucciones y circulares de la dirección la deduce el documento demandado, de la facultad que el Decreto 074 de 1976 otorga a la Dirección General de Impuestos Nacionales de '. . .interpretar, aplicar y ejecutar en todos sus aspectos las normas que establecen y regulan los impuestos nacionales cuya competencia no esté adscrita a otros organismos. . . (artículo 1o.) y más concretamente de la competencia que el mismo decreto en su artículo 3o. le atribuye al Director General de 'impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpretación de las normas tributarias. . .".

"La obligatoriedad de los conceptos de la Subdirección Jurídica se hace surgir de la función que el artículo 34 del decreto citado atribuye a esta dependencia de 'determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas tributarias en el proceso de determinación, recaudo y discusión administrativa de los impuestos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales .

"Veámos si a las disposiciones citadas puede dárseles el alcance que se les ha otorgado en la circular acusada.

1o. *Obligatoriedad de las instrucciones y circulares.*

"El artículo 1o. del Decreto 074 de 1976 señala a la Dirección General de Impuestos Nacionales como la dependencia de la rama ejecutiva a la que corresponde la gestión de ejecutar las leyes tributarias en una esfera inferior a la que compete al Gobierno Nacional. Las locuciones 'interpretar, aplicar y ejecutar' contenidas en la disposición se refieren por tanto a la ejecución a nivel inferior de las leyes de impuestos y a su aplicación 'in concreto".

"No puede por consiguiente, en nuestro sentir, deducir de ella facultades diferentes a las de aplicar las reglas generales en forma particular e individual a los administrados y dictar prescripciones de orden general que organicen su trabajo interno, tracen directrices de conducta administrativa, faciliten a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones, y otras similares. La facultad de crear derecho dictando disposiciones que se integren al estatuto jurídico no aparece conferida en esta norma.

"Por su parte el artículo 3o. del decreto extraordinario ya citado otorga al Director General funciones de suprema autoridad administrativa de la Dirección General de Impuestos Nacionales, entre ellas la invocada por el acto acusado, de 'impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpretación de las normas tributarias. . .". Esta facultad debe entenderse por tanto, circunscrita al orden interno de la dirección con finalidad exclusiva de orientar a los funcionarios subordinados en la aplicación de la ley y mantener criterios unificados que eviten la aplicación anárquica de las reglas generales a los casos individuales.

"Tiene razón en consecuencia el accionante en cuanto a la violación de los artículos 1o. y 3o. del Decreto 074 de 1976.

"Por otra parte, también resultan transgredidos los artículos 25 del C.C. y 20 de la Constitución Nacional, pues mediante instrucciones puede la dirección exigir a sus subordinados la sumisión a su criterio, pero no puede proyectarse al exterior imponiéndolo a los particulares, toda vez que la única interpretación obligatoria al tenor de lo dispuesto por el artículo 25 del C.C. es la que hace la ley y, los particulares por disposición expresa del artículo 20 de la Constitución Nacional, no son responsables sino por infracción de la Constitución y la ley.

"Se vulnera igualmente el artículo 26 del C.C., toda vez que indudablemente la doctrina es fuente de derecho pero no es fuente obligatoria; la doctrina es la interpretación que por vía general se hace de las leyes; sirve para orientar a funcionarios y particulares, pero, repetimos, no es imperativa. De manera que la interpretación que por vía general hace el Director General de Impuestos, como doctrina, no es obligatoria para los particulares, y tampoco lo sería para los funcionarios de la dirección si no fuera por la facultad que la norma le confiere de convertir su doctrina en instrucciones para ilustrar y orientar a sus subordinados sobre cómo deben actuar ante un caso concreto. En estos eventos, los funcionarios por el principio de la obediencia inherente a la organización administrativa, deben observarlas, so pena de incurrir en infracción

disciplinaria, a menos, claro está, que la instrucción contenga una ilegalidad flagrante, pues en este caso prima la observancia de la ley.

2o. *Obligatoriedad de los conceptos de la Subdirección Jurídica.*

"El artículo 34 del Decreto 074 de 1976 atribuye a la Subdirección Jurídica la función de absolver las consultas escritas que formulen los funcionarios y los particulares relacionadas con la interpretación y aplicación de las normas tributarias" y de "Determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas tributarias, en el proceso de determinación, recaudo y discusión administrativa de los impuestos. . .".

"Las dos funciones son sin lugar a dudas muy importantes, pero no puede dárseles el alcance que les dio la circular acusada, por lo cual también resulta violado el artículo 34 del Decreto 074 de 1976.

"La determinación y mantenimiento de la doctrina constituye una labor imprescindible para la correcta y armónica aplicación de la ley en todas las dependencias de la Dirección de Impuestos, diseminada por todo el territorio nacional, pues mediante ella se estudia con detenimiento la ley, se revisan las distintas interpretaciones de los funcionarios y particulares y en muchos casos se acoge la jurisprudencia de Tribunales y Consejo de Estado, en orden a una mejor aplicación de las disposiciones tributarias. Sinembargo, la doctrina como tal, por las razones que ya anotamos en el punto anterior, es simplemente orientadora, a menos que como comunmente ocurre en la Dirección, la opinión de la Subdirección es 'circularice' convirtiéndose en instrucción obligatoria para los funcionarios.

"La segunda función, absolver consultas, debe estimarse dentro del contexto de la disposición, o sea sin perjuicio de las funciones asignadas a sus Divisiones de resolver los recursos de competencia de la Dirección General, y por ello no debe entenderse como la facultad de 'resolver' situaciones concretas, sino la de absolver dudas de carácter general tanto de particulares como de funcionarios de la dirección.

"Estima la Fiscalía por ello, que tiene razón el accionante en invocar como violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues por vía de concepto no puede definirse la situación tributaria de los particulares y tampoco puede hacerse por funcionario distinto al competente.

"Cuando la consulta se refiere a casos concretos, no puede tener efectos diferentes al que le confiere el artículo 25 del Decreto 01 de 1984 (nuevo Código Contencioso Administrativo) que estipula: 'Las respuestas (de consultas) en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'. Y ello es obvio pues la definición de casos concretos solo puede hacerse a través de la discusión gubernativa y por los funcionarios competentes para ello.

"Por las razones anotadas, estimamos que debe accederse a la declaratoria de nulidad de los párrafos 6o., 7o., 9o. y 11 del Capítulo I de la Circular General No. 1 de 1978 suscrita por el Director General de Impuestos Nacionales.

"En cuanto al párrafo 10, consideramos que por fijar el alcance de lo que es una instrucción interna no comporta violación alguna de la ley, excepto en la frase 'salvo en el evento de presentarse por el contribuyente, dentro del proceso prueba de interpretación diferente bien por parte de la Dirección de Impuestos, bien de la Subdirección Jurídica', toda vez que no siendo la instrucción norma de derecho, el particular no tiene

por qué someterse a ella. Si hay que hacer salvedad alguna, sería la de la flagrante violación de la ley, pues como ya anotamos, la obediencia del subordinado está limitada por la obediencia a la ley ".

La sala acoge el concepto de la Fiscalía en su integridad. Hace suyos los puntos de vista de la señora fiscal y reproduce igualmente los criterios expresados en el auto que decretó la suspensión provisional y en el auto de la sala de decisión que confirmó lo dicho por el auto unitario recurrido en súplica.

1o. El principio de la legalidad de los tributos es de incuestionable importancia. La interpretación general de la ley tributaria está reservada en primer lugar al legislador que la puede interpretar con autoridad, en segundo lugar la ejerce el ejecutivo por vía del reglamento en el marco y dentro de los límites de la facultad reglamentaria que otorga el artículo 120-3 de la Carta Política al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa. Tanto el Decreto 978 de 1971 como el 74 de 1976 otorgaron una facultad interpretativa a la Dirección General de Impuestos Nacionales, pero el alcance de esta facultad es desde luego restringido, para buscar la unidad doctrinaria y para facilitar la administración de los tributos. No puede el Director de Impuestos, en uso de esa facultad, abrogarse funciones de carácter legislativo o reglamentario pues unas y otras, por norma expresa de la Constitución, están reservadas bien al Congreso (las legislativas) bien al Gobierno (las reglamentarias).

Por ello es claro que las circulares de la Dirección General de Impuestos no pueden crear normas tributarias con fuerza obligatoria. Son valiosos y útiles conceptos de carácter doctrinario que sirven para orientar las decisiones de funcionarios subalternos y las conductas de los contribuyentes y para unificar el criterio general de la actuación administrativa pero en ningún caso pueden otorgar al Director de Impuestos una competencia reservada por la Constitución a los más altos órganos del Estado.

2o. No quiere ello decir que sea pertinente anular todos los párrafos acusados. La violación legal se presenta solamente en relación con aquellas porciones de la circular que entregan a la Dirección de Impuestos una potestad interpretativa obligatoria. Cosa distinta la función que tiene la Dirección de Impuestos de establecer doctrina orientadora para determinar y mantener la unidad doctrinal en la aplicación de las normas tributarias.

Por estas razones cabe anular los siguientes aspectos de las normas acusadas:

Las expresiones 'cuyo carácter es obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes' y 'cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto consultado', insertas en el párrafo sexto son francamente ilegales por las razones anotadas a espacio en el concepto fiscal. También son ilegales las expresiones 'autorizada', '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' contenidas en el párrafo séptimo. Cabe igualmente declarar la nulidad de los párrafos noveno, décimo y undécimo en su totalidad.

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. Declárase la nulidad de las frases:

"Cuyo carácter es obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes".

Y "cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto consultado" insertas en el párrafo sexto del Capítulo I de la Circular General No. 1 de 21 de julio de 1982 de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2o. Declárase la nulidad de las siguientes frases:

"Autorizada"

"Y se entienden incorporadas a la disposición explicada pues el intérprete no hace más que dar la definición de la norma materia de su estudio".

Insertas en el párrafo séptimo del mismo Capítulo I de la misma Circular General.

3o. Declárase la nulidad de los párrafos noveno, décimo y undécimo del mismo Capítulo I de la misma circular.

4o. En consecuencia, el Capítulo I de la circular acusada se leerá como sigue:
"Párrafo 1o. al 5o. tal como están escritos.

"Párrafo 6o.

"El ejercicio de la mencionada competencia lo desarrollan la Dirección de Impuestos a través de Circulares (de carácter general), y la Subdirección Jurídica a través de conceptos que se emiten en cada caso concreto".

"Párrafo 7o.

Dichas instrucciones, circulares y conceptos contienen una interpretación de la ley y del reglamento.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

PATENTE DE PRIVILEGIO O TEMPORAL.—

1o. ¿A quién corresponde concederla?
2o. ¿Qué es patentable?
3o. ¿Qué es una invención?

Declárase nulas las Resoluciones Nos. 211 de 12 de agosto de 1977 y 1372 de 2 de mayo de 1980 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y la No. 617 de 25 de mayo de 1982 expedida por el Ministro de Desarrollo Económico.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., junio veinte (20) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**

Referencia: Expediente No. 4320.
Actor: **Monsanto Company.**

La sociedad Monsanto Company, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en la Ley 167 de 1941 y por conducto de apoderado, ha pedido a esta Corporación que haga las siguientes declaraciones:

"1a. Que se anule la Resolución No. 211 del 12 de agosto de 1977, por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó un privilegio de Patente solicitado por ella.

"2a. Que se anule la Resolución No. 1372 del 2 de mayo de 1980, por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio no repuso la Resolución No. 211 del 12 de agosto de 1977.

"3a. Que se anule la Resolución No. 617 del 25 de mayo de 1982, mediante la cual el Ministerio de Desarrollo Económico confirmó en todas sus partes la resolución apelada.

"4a. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio que otorgue el privilegio de Patente de invención solicitado por MONSANTO COMPANY para la invención denominada:

"Procedimiento para producir N-fosfonometilglicina.

"5a. Que se ordene la publicación de la sentencia en la gaceta de la propiedad industrial conforme al literal d) del Decreto legislativo 209 de 1957".

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A. Los hechos

Como hechos que sirven de fundamento a la demanda, la sociedad actora refiere los siguientes, que se sintetizan:

"1o. Mediante memorial de 12 de junio de 1973 la actora solicitó a su favor patente de invención ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio para una invención denominada "Procedimiento para producir N-fosfonometilglicina.

"2o. La invención para la cual se solicitó patente consiste en un procedimiento para obtener específicamente un compuesto químico (N-fosfonometilglicina) utilizando una variación especial novedosa de electrólisis.

"3o. La Oficina Técnica de Patentes mediante conceptos Nos. P-1979 de 15 de diciembre de 1975 y P-3133 de 30 de julio de 1976 recomendó negar el privilegio solicitado por las siguientes razones:

"a) El método de utilizar la electrólisis para esta clase de reacciones y con las características anotadas, es muy conocido en el campo de la Tecnología y Química Industrial, careciendo de novedad la presente solicitud.

"b) La electrólisis se ha utilizado para muchos compuestos orgánicos (sic) y la Técnica Química Industrial se basa en muchos de los principios de la electroquímica para obtener muchos compuestos.

"4o. Mediante la Resolución 211 de 12 de agosto de 1977 la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió negar la patente con fundamento en los conceptos técnicos antes anotados.

"5o. Mediante las Resoluciones 1372 de 1980 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio y 617 de 1982 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico, se denegaron los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

B. Normas violadas y conceptos de la violación

Como disposiciones violadas por los actos administrativos impugnados la demanda señala los artículos 26 y 120, numeral 18, de la Constitución Nacional; 534 y 536 del Decreto 410 de 1971; 66 de la Ley 167 de 1941, y 1o., 2o. y 4o. del Decreto 1190 de 1978.

En cuanto al concepto de violación de las normas anteriores sostiene la demanda que ello se debió a que no se otorgó la patente solicitada "por suponer carente de novedad a una invención que sí es novedosa conforme a las leyes, y por denegar, sobre un supuesto falso, un legítimo derecho al solicitante". De esta manera los actos acusados incurren en el vicio de la falsa motivación y son anulables por ruptura del principio de legalidad.

Agrega la demanda que "en este aspecto los actos acusados violan especialmente el artículo 535 del Decreto 410 de 1971, y también el artículo 536, porque no aplican debidamente los principios allí contenidos sobre la novedad de la invención y la altura inventiva a la solicitud rechazada. Por iguales razones estimo violados los artículos 1o., 2o. y 4o. del Decreto 1190 de 1978".

En su alegato de conclusión la sociedad demandante insiste en los argumentos jurídicos antes expuestos y se apoya además en el dictamen pericial visible a folios 100 y 101, el cual se llevó a cabo en el presente proceso.

II. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación al emitir su concepto de fondo en el presente proceso solicita a la Sala que acceda a las peticiones de la demanda, porque considera que la administración denegó la solicitud de patente de invención fundada en un supuesto falso, ya que conforme al experticio que obra en autos la invención sí es novedosa, lo cual le da derecho a la sociedad solicitante, conforme a las normas legales citadas en la demanda, a que se le otorgue la patente.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose cumplido a cabalidad el procedimiento legal correspondiente y no hallándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente juicio, la Sala procede a fallarlo previas las siguientes consideraciones:

1o. El numeral 18 del artículo 120 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa "conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a las leyes". El artículo 534 del Código de Comercio expresa que "es patentable toda nueva invención que sea el resultado de una actividad creadora

o que tenga altura inventiva, si es susceptible de aplicación industrial; también lo es el perfeccionamiento de la invención, si reúne los requisitos de novedad y aplicación industrial, cuando la solicitud la haga el titular de la patente original. No son patentables en sí los principios y descubrimientos de carácter puramente científico". Complementaria de la norma anterior es la contenida en el artículo 536 ibídem, según la cual "se considera que una invención es el resultado de una actividad creadora o tiene altura inventiva cuando no se deriva de manera evidente del estado de la técnica, bien por la combinación de métodos o procedimientos, o bien por el resultado industrial que se obtiene".

En el presente caso se tiene que la administración negó la patente de invención solicitada a favor de la sociedad actora para el evento consistente en el "Procedimiento para producir N-fosfonometilglicina", por considerar, según los conceptos técnicos que le sirvieron de base, que la invención carece de novedad. Mas resulta que la prueba pericial realizada en este proceso establece que la invención sí tiene novedad, lo cual hace que sea falsa la motivación del acto acusado. Los peritos expresaron sobre el particular lo siguiente:

"Aunque la técnica de producir compuestos orgánicos por métodos electroquímicos es conocida y sus principios y leyes básicas son de dominio común; el trabajo de investigación para la producción de un determinado compuesto (N-fosfonometilglicina) a partir de otro compuesto específico (Acido N-fosfonometiliminodiacético) estableciendo valores óptimos para los parámetros de operación implica en sí una innovación en el campo de la técnica (folio 101).

"Dada la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial así como la competencia de los peritos, la Sala considera que a la mencionada prueba debe darle todo su valor, máxime cuando no hubo contradicción de la misma. Siendo ello así, debe concluírse que los actos administrativos impugnados se hallan viciados de nulidad por falsa o errónea motivación".

Por lo tanto, 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. Decláranse nulas las Resoluciones Nos. 211 de 12 de agosto de 1977 y 1372 de 2 de mayo de 1980 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y la No. 617 de 25 de mayo de 1982 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico.

2o. Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénase a la Superintendencia de Industria y Comercio que otorgue el privilegio de patente de invención solicitado por Monsanto Company para la invención denominada "procedimiento para producir N-fosfonometilglicina", si por los demás aspectos cumple los requisitos legales, y ordena también que a costa del interesado se publique esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial conforme a las disposiciones legales sobre la materia.

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 junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez, Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

SOCIEDADES ANONIMAS.— ACCIONES.— Conforme al artículo 10 de la Ley 54 de 1977, por lo menos un 30% de las acciones pagadas de una sociedad deben pertenecer a acciones que no posean individualmente más del 2% de tales acciones, para obtener beneficios tributarios conforme a los artículos 9o. y 10 de la Ley 54 de 1977 y 13 de la Ley 20 de 1979.

Declárase la nulidad del aparte de la Circular Externa No. D-014 del 10 de diciembre de 1979, dictada por la Superintendencia de Sociedades que expresa: "1o. La base para calcular el 2% en mención, hace referencia al 30% de las acciones, pagadas; no al 100% de las acciones en circulación".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., junio veintidós (22) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Proyecto: Doctor Víctor Manuel Estupiñán Calderón.
Referencia: **Expediente No. 7201.**
Nulidad y suspensión provisional de parte de la Circular externa No. D-014 del 10 de diciembre de 1979 originaria de la Superintendencia de Sociedades.

El doctor JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicita del Consejo de Estado, la nulidad de parte de la Circular D-14 del 10 de diciembre de 1979, originaria de la Superintendencia de Sociedades en cuanto imparte instrucciones a los Revisores Fiscales de las sociedades anónimas vigiladas por la Superintendencia para interpretar el artículo 10 de la Ley 54 de 1977 en la siguiente forma:

"La base para calcular el 2% en mención, hace referencia al 30% de las acciones pagadas; no al 100% de las acciones en circulación".

En la demanda se indica que la parte de la Circular impugnada es violatoria del artículo 10 de la Ley 54 de 1977 que expresa:

"Para los fines del artículo anterior, al menos un treinta por ciento (30%) de las *acciones pagadas* de la respectiva sociedad anónima, deberá pertenecer a accionistas que individualmente no posean más del dos por ciento (2%) de *dichas acciones*. (He subrayado)".

Concepto de la violación

"Dice la circular en la parte acusada, que el 2% mencionado en la disposición legal "hace referencia al 30% de las acciones pagadas. Nada resulta más inexacto, pues la disposición legal se refiere al 2% de dichas acciones, es decir al 2% de las "acciones pagadas de la respectiva sociedad anónima", pues si la ley hubiera querido referir al 2% del 30%, hubiera expresado "2% de dicho porcentaje" y no como lo hizo "2% de dichas acciones".

De la confrontación de la parte de la Circular transcrita con la disposición del artículo 10 de la Ley 54 de 1977 que el demandante señala como infringida, fácilmente puede advertirse que éste tiene razón en su pretensión anulatoria, pues tal como se afirma en la demanda es manifiesta la contradicción, en la parte de la Circular enjuiciada y el precepto legal que se considera infringido.

Así quedó expuesto en el Auto del 9 de septiembre de 1980 en el cual se accedió a decretar la medida cautelar de suspensión provisional, cuando se manifestó:

"Para la Sala es evidente que la expresión utilizada en la ley que dice 'el dos por ciento de dichas acciones', se refiere inequívocamente a 'las acciones pagadas de la respectiva sociedad' y no al 30% de las acciones pagadas de dicha sociedad, por lo cual la Circular cuya nulidad se pide, restringe el campo de aplicación de la norma legal a solo dos por ciento (2%) del treinta por ciento (30%) de las acciones pagadas de una sociedad y no al 2% de esas acciones, por lo que al restringir el campo de aplicación de la ley, la circular contraría su texto. Dicho de otro modo: conforme al artículo 10 de la Ley 54 de 1977, por lo menos un 30% de las acciones pagadas de una sociedad debe pertenecer a acciones que no posean individualmente más del 2% de tales acciones, para obtener beneficios tributarios conforme a los artículos 9 y 10 de la Ley 54 de 1977 y 13 de la Ley 20 de 1979" (folio 14, Cuaderno No. 1).

Como puede observarse, lo expuesto en la citada providencia es más que suficiente para que sin necesidad de ningún argumento adicional se acceda a lo pretendido en la demanda, mayormente si se tiene en cuenta que para decretar la medida provisoria como ya se dijo, se consideró que la violación fuera manifiesta, tal como lo exige el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo (antiguo) y, además, a la fecha no se han presentado nuevas circunstancias que puedan modificar la decisión adoptada inicialmente.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del aparte de la Circular Externa No. D-014 del 10 de diciembre de 1979, dictada por el Superintendente de Sociedades, que expresa:

"1a. La base para calcular el 2% en mención, hace referencia al 30% de las acciones pagadas; no al 100% de las acciones en circulación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se hace constar que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día. . .

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

IMPUESTOS.— Términos para la realización de los actos de los contribuyentes y de la Dirección de Impuestos. Declárase la nulidad del literal b) de la Circular No. 005 de 6 de febrero de 1980 dictada por la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de impuestos Nacionales.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio veintidós (22) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Actor: **Alejandro Páez Murillo, con C.C. No. 17.050.769.**
Proyecto: Doctor Víctor Manuel Estupiñán Calderón.
Referencia: **Expediente No. 6887.**
Nulidad y suspensión provisional del literal b) de la Circular No. 005 del 6 de febrero de 1980, dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

En ejercicio de la acción pública prescrita en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano señor ALEJANDRO PAEZ MURILLO, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.050.769, demandó del Consejo de Estado, la declaración de nulidad del literal b) de la Circular No. 005 de febrero 6 de 1980 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, e igualmente la suspensión provisional de este literal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94 del citado Código.

El acto acusado reza:

b) Los términos para comparecer en el caso de citaciones efectuadas durante el cese de actividades, serán de quince (15) días contados a partir del 25 de enero, si estas fueren realizadas a través del correo (artículo 66 de la Ley 52 de 1977). De lo contrario sólo serán de diez (10) días pues en este caso no es necesario observar los cinco (5) días previstos en el inciso 4o. del artículo 68 de la misma Ley 52, pues la citación debió verificarse directamente a través de los funcionarios.

Normas violadas y concepto de su violación:

El actor los consigna en su libelo de demanda así:

"RAZONES. Los argumentos de ilegalidad e inconstitucionalidad en que fundamento mi petición surgen de la comparación del texto del artículo 1o. del Decreto 2540 de octubre 18 de 1979, dictado en uso de las facultades que le otorga al Presidente de la República el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto 2131 de 1976, con el contenido del literal demandado de la Circular número 005 de febrero 6 de 1980, y los resumo:

"1o. El artículo 1o. del Decreto 2540 de 1979, promulgado en el Diario Oficial No. 35388 de noviembre 12 de 1979 expresa lo siguiente:

"Artículo 1o. El artículo 5o. del Decreto 2062 de 1979 quedará así:

"Mientras subsistan los hechos a que se refiere el Decreto 2026 de 1979, están suspendidos los términos *para la realización de los actos de los contribuyentes* y de la Dirección General de Impuestos Nacionales desde el 13 de agosto de 1979, hasta la fecha que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como fecha de terminación de las actividades anormales en dicha Entidad.

"*Cuando los términos se cumplan dentro del período de suspensión indicado, el plazo se prorrogará hasta el mes siguiente a la fecha de terminación de las actividades anormales.* Cuando el término se cumpla después de la fecha de terminación de las actividades anormales, su fecha de vencimiento no sufrirá modificación.

"A partir del 29 de octubre de 1979, queda abolida la suspensión de términos para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, relativas al pago de la retención en la fuente, anticipo, cuotas de la liquidación privada en los impuestos sobre la renta y ventas e intereses moratorios correspondientes a períodos gravables de 1978 y siguientes". (He subrayado).

"De acuerdo con el anterior texto legal, se pueden establecer dos hechos fundamentales en el caso *sub-júdice* y que he subrayado:

"a) En vista de la huelga de los funcionarios del Ministerio de Hacienda, el Gobierno Nacional suspendió los términos para la realización de actos tanto de los contribuyentes como de la Dirección de Impuestos.

"b) El Decreto 2540 de 1979 estableció que si los términos, del contribuyente o de la Dirección de Impuestos, se cumplen dentro del período de suspensión, el plazo o término se prorrogará *hasta el mes siguiente* a la fecha de terminación de las actividades anormales".

"Lo anterior es tan claro, que no se requiere incurrir en profundas lucubraciones interpretativas para entenderlo.

"En mi concepto, el literal b) de la Circular acusada violó ostensiblemente el contenido del Decreto 2540 de 1979 porque limitó la facultad del contribuyente para realizar los actos que debía cumplir durante el cese de actividades a quince (15) días, cuando el decreto antes citado le concedió un mes contado a partir de la fecha de terminación de las actividades anormales.

"Es obvio que mientras subsistieron los hechos anormales en el Ministerio de Hacienda, éste produjo alguna citación al contribuyente para que compareciera dentro de un plazo cobijado por esa anormalidad, en vista del Decreto 2540 de 1979 el contribuyente tenía la facultad de comparecer dentro del mes siguiente a la fecha de terminación de la anormalidad y la Dirección de Impuestos no podía quitarle ese derecho simplemente mediante una circular.

"Por las razones antes expuestas, que surgen de la comparación del texto legal con el demandado, se colige claramente que el literal b) de la Circular No. 005 de febrero 6 de 1980 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales es violatoria del artículo 1o. del Decreto 2540 de 1979.

PETICIONES

"Respetuosamente solicito del Honorable Consejo de Estado admitir esta demanda, decretar la suspensión provisional del literal b) de la Circular No. 005 de febrero 6 de 1980, dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales y posteriormente declarar la nulidad del acto demandado.

"Interpongo esta demanda en papel común de conformidad con el numeral 3o. del artículo 13 de la Ley 2a. de 1976". (folios 4, 5 y 6).

Por Auto del 19 de mayo de 1980, se admitió la demanda y suspendió provisionalmente el literal b) de la Circular No. 005 de febrero 6 de 1980, de la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Por medio de representante legal, la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se hizo parte en el proceso y solicitó que se revocara la suspensión provisional del literal citado. Esta corporación previo análisis y transcripción de las razones expuestas por la parte impugnadora, confirmó el Auto suplicado por Auto del 5 de diciembre de 1980 (folios 22 vto a 31).

Las consideraciones expuestas en los autos dictados por esta Corporación por medio de los cuales se suspendió la norma demandada y se confirmó el Auto suplicado,

son suficientes para llegar a la conclusión de que el literal b) de la Circular No. 005 de febrero 6 de 1980 de la Sub-Dirección Jurídica, Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe anularse, tal como conceptuó el señor Fiscal Tercero de esta Corporación; pues del cotejo objetivo entre la norma que se dice violada, o sea el artículo 1o. del Decreto 2540 de 1979 y la acusada, el literal b) de la Circular No. 005 de febrero 6 de 1980, surge claramente que el decreto amplió hasta el mes siguiente a la fecha de terminación de las actividades anormales en la Dirección de Impuestos, los términos para la realización de los actos de los contribuyentes y de la misma dirección, cumplidos dentro del mencionado período de suspensión, y el literal b) de la Circular No. 005 citado, lo redujo a 15 o 10 días según el caso, con restricción del término autorizado en la norma superior, reducción de términos que, por lo tanto, implica violación directa del decreto citado.

Como consecuencia 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:

DECLARASE la nulidad del literal b) de la Circular No. 005 del 6 de febrero de 1980, dictada por la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se hace constar que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintidós de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

José A. Torrado Torrado, secretario.

CAMBIOS INTERNACIONALES.— LEYES MARCO.— Regulación. Numeral 22 del artículo 76 y numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional. Reglas generales en el derecho colombiano (Decreto 444 de 1967 y 2206 de 1963). Mercado de capitales y mercado de certificados de cambio: Ambas son regladas por la Junta Monetaria. Licencia de Cambio. Garantía para la utilización de divisas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Radicación No. 10.584. Nulidad del ordinal 4o. de la forma OC-978 garantía global de giro-cláusula penal-fletes de importación-zona franca.
Demandante: **Rafael Ospina Barreiro.**

Mediante demanda ante esta Corporación el ciudadano Rafael Ospina Barreiro solicitó la nulidad del artículo 4o. de la Forma OC-978 garantía global de giro-cláusula penal-fletes de importación-zona franca, establecida por el ordinal 22 del literal B de la circular general de la Oficina de Cambios número 70 de 1979 y conservada en vigencia por el ordinal 1.4 de la circular general número 39 de 1980.

La norma acusada reza así:

"Por el solo hecho del vencimiento del plazo estipulado para la presentación de los documentos señalados en la cláusula segunda, o si presentados estos en tiempo, no fueren demostrativos del cumplimiento de las obligaciones contraídas por este documento, la Oficina de Cambios queda facultada para exigir a título de pena concesional, el equivalente en moneda legal colombiana del 30% del valor de las divisas de la correspondiente licencia de cambio sobre la cual se declaren incumplidas las obligaciones. La pena se hará exigible en moneda legal colombiana a la tasa de cambio vigente a la fecha de constitución del presente documento".

El demandante considera violadas las siguientes disposiciones: artículos 26, 28, 120-3, 22 y 135 de la Constitución Nacional, 4o., 12, 137, 216, 217, 218, 220, 224, 246 y 247 del Decreto-Ley 444 de 1967.

El actor explica que se han desconocido las garantías de preexistencia de la ley penal y del debido proceso y que se ha usurpado la potestad reglamentaria que corresponde al Ejecutivo. También considera el demandante que la Oficina de Cambios ha creado una infracción no contemplada por el Decreto 444 de 1967, establece presunción de infracción cambiaria por el simple incumplimiento del plazo señalado; la Oficina de Cambios se abroga la facultad de investigar y sancionar infracciones, atribución que corresponde exclusivamente a la Superintendencia de Control de Cambios. Finalmente alega el actor que el acto acusado crea una pena no prevista en la ley.

Durante el proceso se constituyó como parte opositora el ciudadano Roberto Salazar Manrique quien explicó que el artículo 97 del Decreto 444 de 1967 establece que se pueden autorizar giros al exterior para el pago de fletes correspondientes a mercancías con destino a la *zona franca*. . . *"previa constitución de una garantía* que asegure la devolución del valor de los fletes en caso de que la mercancía sea reexportada".

Alega el opositor que los giros para pagos de fletes en importación de mercancías se limitan a giros para mercancías que efectivamente se nacionalizan, razón por la cual es necesario constituir una garantía cuando la mercancía entra por una zona franca pues ésta puede bien nacionalizarse o bien reexportarse. La garantía se constituye como elemento esencial para asegurar el cumplimiento de la obligación pactada.

Alega el opositor:

"Dos aspectos son importantes resaltar de la anterior norma que desvirtúan por sí solos los expuestos por el demandante al respecto:

"a) Con la constitución de las garantías ante la Oficina de Cambios no se está creando un procedimiento especial para determinar si hubo o no infracción cambiaria, ni se están asumiendo competencias que corresponden a otros organismos. En efecto, el artículo 1o. de la Resolución 80 de 1971, establece para la persona que se acoja a tal sistema de giro una *obligación de hacer*: la de presentar los documentos justificativos del giro, obligación que resulta por demás obvia dentro de un sistema de control de cambios cuando el Estado autoriza divisas sin que para ello se satisfagan todos los requisitos previamente fijados. En otras palabras, con esa obligación de hacer, simplemente se está garantizando al Estado que las divisas se utilizarán para los fines autorizados.

"b) Por el sólo hecho del vencimiento del plazo de la garantía, la Resolución 80 de 1971, no la Oficina de Cambios, establece que deben declararse incumplidas las obligaciones en ella estipuladas, o sea, las de *presentar los documentos justificativos del pago*, o el certificado del reintegro de las divisas autorizadas.

"Como puede verse, no se está presumiendo que se ha cometido una infracción cambiaria. Prueba de lo anterior es que al momento de hacerse efectiva la garantía, se da traslado de tal hecho a la Superintendencia de Control de Cambios para que se efectúen las investigaciones pertinentes con el fin de determinar si se cometió o no alguna infracción, asunto éste totalmente independiente de las obligaciones contraídas ante la Oficina de Cambios".

Y luego agrega:

"Sostiene el demandante que 'la Oficina de Cambios crea una nueva multa que llama pena convencional, que no está prevista por la ley y para imponer la cual, la Oficina de Cambios no tiene ninguna competencia'.".

"En este punto vale la pena citar sentencias de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia del 21 de febrero de 1947, LXI, 767 y del 9 de junio de 1958, LXXXVIII, 37:

"La cláusula penal o *pena convencional* es un pacto por el cual se obliga al deudor a una determinada prestación o indemnización si deja de cumplir una obligación contractual, o si la cumple con atraso: . . .la pena es la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el *incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo*" (el subrayado es del opositor).

"El anterior principio jurisprudencial aplicado al caso de las garantías, nos indica que la pena convencional allí impuesta no es otra cosa que la efectividad de la misma, o sea la pena a que se hace acreedor el otorgante de la garantía por su incumplimiento y en ningún caso, multa creada por la Oficina de Cambios.

"Lo anterior ha sido reconocido por el Honorable Consejo de Estado al resolver apelaciones presentadas por el Banco de Bogotá contra autos ejecutivos del Juzgado de Ejecuciones Fiscales, proferidos con base en resoluciones dictadas por la Oficina de Cambios que declaraban el incumplimiento de las obligaciones contraídas en las mismas y hacían efectiva la pena a favor del Tesoro Nacional (expedientes Nos. 3978, 3288 de 1977, 4532 y 4915 de 1978, Sección Cuarta)".

Por su parte el actor, en alegato de conclusión observa que el Decreto 444 de 1967 ha distinguido dos mercados: el mercado de capitales y el mercado de certificados de cambio y ha otorgado a la Junta Monetaria la facultad de señalar los límites de uno u otro. No es por ello posible aplicar el artículo 97 señalado por el impugnador pues en forma expresa se limita a reglar giros que emanan del mercado de capitales. De otro lado, la Junta Monetaria ha limitado las operaciones cambiarias al mercado de certificados de cambio desde el año de 1968 con la Resolución 24 de 1o. de julio de ese año.

Agrega el actor:

"La única garantía que el Estatuto Cambiario previó de manera indiscriminada para los Mercados de Certificados de Cambio y de Capitales, es la *garantía bancaria* que está prevista en el literal e) del artículo 14, cuya reglamentación fue asignada con exclusividad a la Junta Monetaria en el artículo 15 del mismo Estatuto Cambiario, pero esta Garantía Bancaria nada tiene que ver con la Garantía Global creada por la Oficina de Cambios para pagar fletes por la introducción de mercancías a Zona Franca.

"Ahora bien, al haber quedado sin vigencia, por eliminación del Mercado de Capitales, la garantía prevista en el artículo 97; y al no haber sido prevista en el Mercado de Certificados de Cambio actualmente vigente una garantía especial, distinta de la bancaria ya mencionada, la Junta Monetaria no podía crear legalmente otras garantías ni reglamentarlas, ni delegar a la Oficina de Cambios para que las creara o las reglamentara".

Alega igualmente el actor que la *pena convencional* que impone la Oficina de Cambios no tiene nada que ver con la cláusula penal de los contratos accesorios de garantía sino una auténtica multa y que esta se ha creado contrariando normas claras de la Constitución Política.

Vista fiscal

Considera la señora fiscal que las súplicas de la demanda deben denegarse por las siguientes razones:

"Ciertamente como lo aduce la parte opositora el artículo 97 del Decreto-Ley 444 de 1967 dispone que pueden autorizarse giros por el mercado de capitales para el pago de fletes correspondientes a mercancías con destino a zonas francas, 'previa constitución de una *garantía que asegure la devolución del valor de los fletes* en el caso de que la mercancía sea reexportada'; (destaca la fiscalía) y el artículo 12 del mismo decreto otorgó a la Junta Monetaria la facultad de señalar los requisitos para obtener licencias de cambio.

"En ejercicio de tal atribución la Junta dictó las Resoluciones 63 de 1974 y 80 de 1971. Mediante la primera se autorizó como mecanismo para pagar fletes de importación, la apertura y manejo de fondos rotatorios en moneda extranjera o el otorgamiento de garantías globales y se facultó a la Oficina de Cambios para reglamentar el sistema. Por la segunda, se impuso como requisito para autorizar licencias de cambio, cuando no se pudiere acompañar la documentación justificativa del pago, la constitución de una garantía en virtud de la cual el solicitante '*se obligue a presentar los documentos* que acrediten la correcta utilización de las divisas en el término que señale la Oficina de Cambios'. (Subraya la fiscalía). Y se señaló que 'por el solo hecho del vencimiento del plazo pactado en la garantía, *se entenderán incumplidas las obligaciones en ella estipuladas*, sin que los interesados queden exentos de la ejecución de la obligación principal'. (Vuelve a subrayar la fiscalía).

"La Oficina de Cambios del Banco de la República expidió las siguientes circulares: 70 de 1974 en la cual se impuso como obligatorio el Formato OC-978 para la constitución de las garantías globales para fletes de importación y se señaló los documentos que debía presentar el importador para la cancelación de la garantía; la 6 de 1978 en donde se reitera la vigencia de la Forma OC-978; y la 39 de 1980 que reglamenta los mecanismos y procedimientos aplicables en materia de garantías requeridas para obtener licencias de cambio en los casos en que no se pueda acompañar la documentación necesaria.

"Dentro de este marco normativo que no fue acusado por el accionante, debemos examinar la forma cuya nulidad se solicita.

"El texto del formato contiene básicamente dos estipulaciones: las prestaciones a que se obliga el importador y la consecuencia de su incumplimiento.

"Las obligaciones se señalan en los ordinales 1o. y 2o. y consisten en pagar el 80% del valor en dólares del flete autorizado mediante licencia de cambio y presentar dentro

del plazo de seis meses los documentos que acrediten la nacionalización de la mercancía y el pago del flete, o el reintegro de divisas al Banco de la República en caso de que la mercancía no sea nacionalizada en su totalidad o se reexporte.

"La consecuencia del incumplimiento está estipulada en el ordinal 4o. acusado y consiste en la exigibilidad de la cláusula penal que allí mismo se pacta y cuantifica.

"Del examen anterior podemos concluir:

"1o. Que la forma acusada constituye un documento de garantía con cláusula penal, cuya naturaleza describe el artículo 1592 del C.C. como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar a hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

"Conforme al artículo 1594 del C.C. la cláusula penal puede ser compensatoria si cumplida la pena el prestatario se libera de la obligación principal, o moratoria si por el pago de la pena no se entiende extinguida ésta. La que nos ocupa es simplemente moratoria, toda vez que como lo estipula el ordinal acusado, la pena convencional se hace efectiva por el solo hecho del vencimiento del plazo sin que se haya comprobado satisfactoriamente el pago y nacionalización o el reintegro y, como lo señala el artículo 2o. de la Resolución 80 de 1971 cuyo texto se incorpora a la forma acusada, la garantía se hace efectiva sin que los interesados queden exentos de ejecutar la obligación principal.

"Lo que se pena entonces con la cláusula convencional no es el incumplimiento en el pago o reintegro sino su no comprobación oportuna, de manera que el documento nada tiene que ver con la tipicidad de infracciones cambiarias ni con la imposición de sanciones penales, como equivocadamente lo interpreta el accionante.

"2o. Que la garantía en mención tiene soporte legal en el artículo 97 del Decreto-Ley 444 de 1967 y en las resoluciones de la Junta Monetaria dictadas al respecto.

"Por las razones puntualizadas, coincidimos con el oponente en que se hace imposible la confrontación del acto acusado con las disposiciones del Decreto-Ley 444 de 1967 que se citaron como violadas, porque se refieren a materia distinta y estimamos que la transgresión de los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional no tuvo ocurrencia. En cuanto a la violación de los artículos 120 y 135 de la carta por ejercicio indebido de la potestad reglamentaria, consideramos que constituye acusación que debió imputarse a las resoluciones expedidas por la Junta Monetaria o a las circulares de la Oficina de Cambios, pero no al formato, que como ya vimos se ajusta estrictamente a sus previsiones.

"La fiscalía solicita a la Honorable Sala, DENIEGUE las pretensiones de la demanda".

Decisión:

1o. La Constitución Nacional ha sido especialmente sabia y celosa en materia de establecer una cierta flexibilidad y una gran discrecionalidad en el manejo de los cambios internacionales. De una parte establece en el artículo 76 numeral 22 que el Congreso por medio de leyes dicta "las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para. . . regular el cambio internacional", de otra parte, el artículo 120 numeral 22 autoriza al Gobierno para regular el cambio internacional con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76. Las reglas generales en el caso colombiano son, entre otras, el estatuto cambiario, Decreto 444 de 1967 y el Decreto 2206 de 1963 que otorgan amplias facultades especiales a la Junta

Monetaria en materia de regulación cambiaria. Uno y otro decreto tienen jerarquía de ley pues fueron dictados por el Gobierno en uso de atribuciones temporales y extraordinarias del Congreso. Son las *leyes marco* que establecen las reglas generales a las que debe sujetarse el ejecutivo dentro de los términos de nuestra Carta Constitucional.

Estas leyes marco han previsto:

1o. La existencia de dos mercados cambiarios: el mercado de capitales a que se refieren los artículos 28 y siguientes del estatuto (Decreto 444 de 1967) y el mercado de certificados de cambio al que se refieren los artículos 18 y siguientes del mismo Decreto 444 de 1967. Ambos mercados son reglados por la Junta Monetaria como se desprende del texto expreso de los artículos referidos 18 y 28 del estatuto cambiario.

La Junta Monetaria en forma clara y expresa ordenó por Resolución 24 de 1968 lo siguiente:

"Artículo 1o. Trasládase al mercado de certificados de cambio la totalidad de los ingresos y egresos de cambio exterior que hoy constituyen el mercado de capitales.

"En consecuencia, los ingresos y egresos de divisas a que se refiere el inciso anterior entrarán a formar parte del mercado de certificados de cambio y se regirán por las disposiciones que lo reglamentan".

De este hecho se desprende que es incorrecta la apreciación tanto del impugnador como de la señora agente del Ministerio Público cuando sostienen que la garantía a que se refiere la norma acusada es la autorizada por el artículo 97 del Decreto 444 de 1967 porque esta norma limita su campo de aplicación al mercado de capitales que no existe desde la Resolución 24 de 1968. En esta apreciación tiene razón el actor.

2o. No obstante, el estatuto cambiario consagra una facultad amplia a la Junta Monetaria para "señalar los requisitos para obtener licencias de cambio" (artículo 12), para "reglamentar . . . el otorgamiento de garantías" (artículo 15) y para regular el manejo de los certificados de cambio, etc.

En uso de esas facultades, se dictó la Resolución 80 de 1971 que dice:

"La Junta Monetaria de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 12 del Decreto-Ley 444 de 1967,

RESUELVE:

"Artículo 1o. Las solicitudes de licencia de cambio a las cuales no se pueda acompañar la documentación justificativa del pago, por tratarse de circunstancias excepcionales, podrán autorizarse por la Oficina de Cambios previa constitución de una garantía en virtud de la cual el solicitante se obligue a presentar los documentos que acrediten la correcta utilización de las divisas en el término que señale la Oficina de Cambios y siempre que se trate de pagos que tengan derecho a giro según las normas cambiarias vigentes.

"Igualmente la Oficina de Cambios podrá autorizar licencias de cambio para efectuar giros anticipados a la ejecución de las obligaciones por parte del beneficiario del pago, siempre que se garantice la ulterior presentación de los documentos probatorios del caso.

"Artículo 2o. Por el solo hecho del vencimiento del plazo pactado en la garantía, se entenderán incumplidas las obligaciones en ellas estipuladas, sin que los interesados queden exentos de la ejecución de la obligación principal.

"Artículo 3o. La Oficina de Cambios, por causas justificativas y a solicitud escrita de parte interesada, hecha antes del vencimiento del plazo otorgado para la presentación de los documentos, podrá prorrogarlo por un término no superior a tres meses.

"Artículo 4o. Facúltase a la Oficina de Cambios para reglamentar lo concerniente a las modalidades de la garantía, especialmente en lo que respecta a su naturaleza jurídica, objeto de las obligaciones y términos de vencimiento, previo visto bueno de la Junta Monetaria".

Con atinado criterio dijo la Sala de decisión en auto que revocó el que dictó el suscrito conductor del proceso:

"A primera vista, la exigencia de la constitución de la garantía para el fin indicado, tiene soporte en estas normas lo mismo que el procedimiento para comprobar el cumplimiento de los fines para los cuales se autorizan las divisas; obvio es, que competen al importador comprobar la correcta utilización de las divisas ante la oficina que las autorizó".

3o. Queda por último analizar la norma acusada al tenor de las normas que se dicen violadas:

a) Estudiando el expediente la Sala encuentra que la norma acusada no establece una pena o multa. Se trata de una cláusula contractual que deben contener las garantías que se otorgan para obtener las licencias de cambio. Así las cosas es equivocado el criterio expuesto en la demanda y acogido por el suscrito conductor del proceso en el auto de suspensión provisional en cuanto al tratarse de la imposición de una multa correspondería a la Superintendencia de Control de Cambios la competencia sancionatoria. Bien hizo la Sala de decisión al rectificar este criterio pues en este caso no existe sanción de tipo punitivo por incumplimiento de un deber legal; se trata de una garantía contractual que involucra una pena pactada, similar, como bien lo anota la señora fiscal a las cláusulas contractuales que consagra el Código Civil en sus artículos 1592 y siguientes. En este aspecto la Sala acoge el atinado criterio de la señora agente del Ministerio Público. No se han violado por tanto los artículos 216, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 246 y 247 del estatuto cambiario.

b) Tampoco caben los argumentos relativos a la presunta violación de las normas citadas de la Constitución pues como se analizó a espacio existe facultad legal para obligar el otorgamiento de la garantía.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS.— LIQUIDACIONES PRIVADAS Y PRACTICADAS.— FIRMEZA.—

1o. (Ley 20 de 1979, artículo 26). Para hacerse acreedor el contribuyente al tratamiento especial en ella consagrado, éste deberá probar dentro del término allí señalado, que se encuentra a paz y salvo con los impuestos de renta y ventas, pero no indica la ley el medio probatorio por el cual tal hecho debe demostrarse, el cual obviamente debe ser en principio, el respectivo CERTIFICADO, debidamente expedido por las autoridades competentes.

2o. Copias del certificado. Valor probatorio. (Artículo 254 del Código de Procedimiento Civil).

Declárase la nulidad del ordinal 4o. del literal b) de la Instrucción No. 6 de 19 de junio de 1979 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, Sub-Dirección Jurídica, Sección Relatoria, que dice: "4o. No tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de paz y salvo estén o no autenticadas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**

Proyecto: **Doctor Víctor Manuel Estupiñán Calderón.**

Referencia: Expediente No. 6370.
Actor: **Vicente Amaya Mantilla con C.C. No. 17.181.016**
Nulidad y suspensión provisional del ordinal 4o. del literal b) de la Instrucción No. 006 del 19 de julio de 1979 originaria de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El doctor VICENTE AMAYA MANTILLA, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.181.016, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Consejo de Estado la nulidad del ordinal 4o. del literal b) de la Instrucción No. 006 de junio 19 de 1979 originaria de la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales y relacionada con la materia de la amnistía tributaria consagrada en el artículo 26 de la Ley 20 de 1979, e igualmente la suspensión provisional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94 del citado Código.

El acto acusado reza:

"4o. No se tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticadas.

HECHOS DE LA DEMANDA

"Primero. El Congreso de la República en uso de las facultades que le confiere el artículo 79 y siguiente de la Constitución Nacional, expidió la Ley 20 de abril 16 de 1979, en cuyo artículo 26 consagró un beneficio especial en favor de los contribuyentes del impuesto sobre la renta que, habiendo interpuesto recursos gubernativos, éstos cumplieron a primero de noviembre de 1978 dos años o más de presentados sin haber

sido resueltos. En tal evento, dispone la norma, quedarán en firme las liquidaciones privadas y las practicadas para reclamar según el caso, sin necesidad de pronunciamiento previo.

"Segundo. La precitada disposición legal exige, para acceder al beneficio en ella consagrado, que el contribuyente pruebe la fecha de interposición del recurso y que, a más tardar dentro del cuarto mes siguiente a la fecha de entrar a regir la ley, se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos, recargos y sanciones en materia de renta y complementarios y ventas. Para tal efecto, no es requisito cumplir con los presupuestos procesales del respectivo recurso.

"Tercero. La Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, expidió la Instrucción No. 006 de junio 19 de 1979, en cuyo literal b) dispuso que no procedería a conceder la amnistía anteriormente señalada, y no se tramitará la solicitud correspondiente, si se presentan 'fotocopias del certificado de paz y salvo estén o no autenticadas', conforme se lee a la altura del ordinal número 4o. de dicho literal.

"Resulta empero que el citado despacho administrativo no puede, en uso de sus facultades de interpretación de las disposiciones tributarias, llegar hasta el punto de modificar o adicionar las leyes de la República. Al pretender modificar las normas legislativas al respecto, hizo uso de una facultad privativa del Congreso Nacional, violó la Constitución y, de consiguiente, su disposición es nula".

CONCEPTO DE LA VIOLACION Y DISPOSICIONES VIOLADAS

"El artículo 26 de la Ley 20 de 1979, a la altura del ordinal segundo, exige que el contribuyente que desee acogerse al tratamiento previsto en la norma, 'se encuentre a paz y salvo por concepto de impuestos, recargos y sanciones, en materia de renta y complementarios y ventas', dentro del término allí señalado. En modo alguno esta disposición señala el medio probatorio que debe considerarse idóneo para demostrar tal circunstancia.

"En tal circunstancia, el artículo 32 de la Ley 52 de 1977 remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstas sean compatibles con las leyes tributarias, dependiendo la idoneidad de los medios de prueba de las exigencias contenidas en las normas tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de una y otras, de la mayor o menor conexión con el hecho y del valor de convencimientos que puede atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"Tomando en cuenta que el ordinal segundo del artículo 26 de la Ley 20 de 1979, meramente exige la prueba de que el contribuyente que se acoge a la amnistía allí consagrada se encuentre a paz y salvo, sin que determine expresamente cuál ha de ser el medio por el cual puede y debe hacerse tal comprobación, mal puede la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, a través de una instrucción administrativa señalar cuáles instrumentos probatorios, como lo son las fotocopias autenticadas o no de los Certificados de Paz y Salvo, no son idóneos, como en efecto lo ha hecho a través del ordinal cuarto del literal b) de la Instrucción 006 de 1979.

"Al proceder en tal sentido, no solamente ha violado el artículo 26 de la Ley 20 de 1979 y el artículo 32 de la Ley 52 de 1977, pues se abrogó la facultad de legislar en concreto y en abstracto sobre la materia probatoria allí establecida por el legislador, sino que también viola el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicable plenamente a este asunto en desarrollo del principio establecido en la segunda norma mencionada, y según el cual las copias tienen el mismo valor probatorio del original, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público, en cuyo

despacho se halle el original o copia auténtica, 'y cuando se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente' (ordinal 1o. ibídem), es decir, previo el respectivo cotejo.

"De suerte que si, según la interpretación ilegal de la Dirección de Impuestos, un contribuyente presenta una fotocopia autenticada por el *funcionario competente* de un certificado oficial de paz y salvo, ese documento carece totalmente de validez. E igualmente, si la fotocopia no es autenticada, también se le deniega toda posibilidad probatoria, con lo cual igualmente se viola otra disposición legal, como lo es el artículo 61 del Decreto Extraordinario 1651 de 1961, norma que impone que se consulten los documentos originales que se guarden en las oficinas de impuestos, cuando el contribuyente los invoque como prueba. En este segundo caso, la fotocopia del certificado constituye por sí misma una invocación del documento expedido por las mismas oficinas de impuestos, por lo que, según la norma, debe consultarse. Al negar la Dirección de Impuestos este derecho, ha excedido la ley y la ha modificado, como igualmente lo ha hecho al negarle toda validez probatoria a la fotocopia autenticada según lo expresado, con lo cual se está señalando un procedimiento muy distinto al que contiene la norma legal, modificándola a través de una simple interpretación administrativa, lo cual conlleva no solamente la declaratoria de nulidad, sino también la suspensión provisional, todo lo cual muy respetuosamente solicito se declare por el Honorable Consejo de Estado" (folios 3, 4, 5 y 6 del Cuaderno No. 1).

De la confrontación del literal 4o., de la Instrucción No. 006 del 19 de junio de 1979, transcrito con lo dispuesto por los artículos 26 de la Ley 20 de 1979 y del artículo 3o. de la Ley 52 de 1977 que el demandante señala como infringidas, fácilmente puede advertirse que este tiene razón en su pretensión anulatoria, pues tal como se afirma en la demanda es manifiesta la contradicción en la parte de la Instrucción enjuiciada y los preceptos legales que se consideran infringidos.

Así quedó expuesto en el Auto del 18 de septiembre de 1979 en el cual se accedió a decretar la suspensión provisional cuando se manifestó:

"El artículo 26 de la Ley 20 de 1979 establece que en materia de impuesto sobre la renta y complementarios, quedarán en firme, sin necesidad de pronunciamiento previo, las liquidaciones privadas y las practicadas para reclamar acreditadas en recursos gubernativos que a 1o. de noviembre de 1976 hubieran cumplido dos o más años de interpuestos sin haber sido resueltos, añadiendo textualmente:

"Para tener derecho al tratamiento previsto en este artículo el contribuyente deberá probar:

"1o. La fecha de interposición del recurso.

"2o. Que a más tardar dentro del cuarto mes siguiente a la fecha de entrar a regir la presente ley, se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos, recargos y sanciones, en materia de renta, complementarios y ventas.

"La citada norma, por lo que dice referencia al punto particular de la demanda, simplemente señala que para hacerse acreedor el contribuyente al tratamiento especial en ella consagrado, éste deberá probar dentro del término allí señalado, que se encuentra a paz y salvo con los impuestos de renta y ventas, pero sin indicar el medio probatorio por el cual tal hecho deba demostrarse, el cual obviamente debe ser, en principio, el respectivo certificado debidamente expedido por las autoridades tributarias competentes.

Ahora bien: al confrontar el ordenamiento anterior con el texto del ordinal 4o. acusado, que niega tramitar la solicitud 'cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticadas', el sustanciador encuentra patente y ostensible choque no solo con el mencionado artículo 26, sino principalmente, y por su íntima conexión, con las disposiciones contenidas en los artículos 32 de la Ley 52 de 1977 y 254 del Código de Procedimiento Civil, citados por el demandante, por cuanto con relación a la idoneidad de los medios de prueba, el primero, el 32, no descarta, sino antes autoriza expresamente la utilización en materia referente al impuesto de renta y ventas, de los medios probatorios señalados en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto no resulten incompatibles con los indicados en las normas tributarias; y, el segundo, es decir, el 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en desarrollo de lo dispuesto en el anterior, en cuanto confiere a las copias autorizadas por notario o funcionario público en cuyas oficinas se encuentra el original o copia auténtica, 'el mismo valor probatorio del original'.

"Si es indudable que legalmente el documento público demostrativo de estar a paz y salvo con el impuesto, es el respectivo certificado oficial que así lo declara, también lo es que según las voces del artículo 254, las copias tienen el mismo valor probatorio del original, cuando son expedidas con los requisitos legales por notario o funcionario competente.

"En el caso *sub-júdice*, mientras el artículo 26 de la Ley 20 de 1979 solamente exige al contribuyente probar que se encuentra a paz y salvo, sin restricción alguna en cuanto al medio probatorio idóneo, la norma acusada limita la amplitud probatoria consagrada en disposiciones de superior categoría.

"Basta, pues, la simple confrontación de las normas en comento, para que surja en forma manifiesta y positiva la violación de normas superiores, hecho que hace posible la suspensionalidad impetrada" (folios 11, 12 y 13 del Cuaderno No. 1).

Como se observa lo expuesto en la citada providencia, es más que suficiente para que sin necesidad de ningún argumento adicional se acceda a lo pretendido en la demanda, pues la violación es manifiesta, tal como lo exige el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo (antiguo) y, además, a la fecha no se han presentado nuevas circunstancias que puedan modificar la decisión adoptada inicialmente.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del Ordinal 4o. del literal b) de la Instrucción No. 006 de junio 19 de 1979 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, Sub-Dirección Jurídica, Sección relatoría, que dice:

"4o. No se tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de paz y salvo estén o no autenticadas".

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se hace constar que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

ENCAJE EN CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA.— Las corporaciones de ahorro y vivienda reciben depósitos a término y a la vista por disposición de decretos de ejecución por lo cual no es difícil concluir que ellos están comprendidos entre las entidades a las cuales se refiere el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, y por lo mismo, sometidos a las normas que sobre encaje legal dicte la Junta Monetaria, que es el órgano oficial a través del cual el Estado colombiano ejerce soberanía monetaria.

Revócase la suspensión provisional de los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 1979 expedida por la Junta Monetaria.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Actores: **Mario Alario Méndez y Rodrigo Noguera Laborde.**
Referencia: Expedientes Nos. 6308 y 6381.
Nulidad de los artículos 12 y 13 primer parágrafo de la Resolución No. 30 del 28 de marzo de 1979 de la Junta Monetaria.

Los doctores Mario Alario Méndez y Rodrigo Noguera Laborde, por separado y actuando en su nombre personal demandan la nulidad de los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 28 de mayo de 1979 expedida por la Junta Monetaria, las normas cuya nulidad se piden dicen textualmente:

"Resolución número 30 de 1979, marzo 30 de 1979.

"Por la cual se dictan medidas sobre las corporaciones de ahorro y vivienda.

"La Junta Monetaria de la República de Colombia en ejercicio de sus facultades legales, en particular de las que le confiere el Decreto-Ley 2206 de 1963, en concordancia con los artículos 9o. y 10 del Decreto 677 de 1972 y 11 del Decreto 359 de 1973,

RESUELVE:

Capítulo III. Sistema de cómputo de encaje.

"Artículo 12. La posición de encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda, sobre depósitos a término, cuentas de ahorro de valor constante y depósitos ordinarios, a que se refiere el artículo 6o. del Decreto 1728 de 1974, el artículo 7o. del Decreto 1414 de 1976 y el artículo 1o. del Decreto 676 de 1977, se determinará por cada día en la siguiente forma: el encaje requerido se calculará con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje que registre la respectiva institución durante los días hábiles de cada mes calendario. La cifra así determinada se comparará con las cifras diarias de las disponibilidades computables que presente la corporación durante el mínimo período mensual.

"Artículo 13. El exceso o defecto diario de encaje se determinará de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior. En estas condiciones se entiende que existe situación de desencaje o posición negativa de encaje cuando durante un mes calendario la suma de los defectos diarios sobrepase la suma de los excesos diarios de encaje.

"Para los efectos de este artículo se entiende como disponibilidades computables las inversiones en obligaciones de valor constante, sin interés, emitidas por el Fondo de Ahorro y Vivienda y los depósitos, sin interés, mantenidos en el mismo FAVI".

Las demandas son sustancialmente idénticas en cuanto a las normas de superior jerarquía que se dicen violadas, al concepto de la violación de las normas, las que se pueden sintetizar diciendo que la fijación del encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda es de la competencia del Presidente de la República conforme al numeral 14 del artículo 120 de la Constitución según el cual corresponde a tan alto funcionario como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, "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 del ahorro privado" y que ha sido en virtud de esta facultad que se crearon dichas corporaciones y se han dictado todos los decretos que han gobernado todo su régimen.

También se acusa la violación del artículo 6o. párrafo segundo del Decreto 1728 de 1974 en el cual se dispuso que con el fin de garantizar su liquidez, las Corporaciones de Ahorro y vivienda constituirán su encaje: 10% sobre depósitos a término y 15% sobre las cuentas de ahorro y, además, se dispuso como sistema para computar el encaje que este se determinará "aplicando la tasa respectiva sobre los saldos correspondientes al término de cada mes", al paso que en la norma que se acusa se dispone que él se computa día por día.

2o. Por auto de diez (10) de agosto de mil novecientos setenta y nueve el Consejero a quien tocó la demanda en el reparto, doctor Alfonso Angel de la Torre, la admitió pero negó la suspensión fundándose especialmente en que no parecía evidente que los artículos acusados violaran normas de superior jerarquía ya que el artículo 23 literal a) de la Ley 7a. de 1973 faculta expresamente a las corporaciones de ahorro y vivienda para "señalar los sistemas de cómputo para liquidar los encajes", por lo cual no se daban las condiciones previstas en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo, para decretar la suspensión provisional.

3o. El auto anterior fue suplicado (folios 15 a 17), recurso resuelto el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta, confirmando la decisión suplicada con base, entre otras, en que las disposiciones acusadas y cuya suspensión provisional se demanda, dejan de tener existencia jurídica en virtud de la disposición de la Resolución No. 53 de 16 de agosto de 1979, también originaria de la Junta Monetaria que las derogó y cuya suspensión se decretó en otro proceso y no cabía suspender una disposición que no estaba produciendo efectos jurídicos.

4o. Por auto de diez (10) de abril de mil novecientos ochenta y uno (1981) se dispuso la acumulación de los procesos 6308 y 6381 y al alegar de conclusión el actor en uno de los procesos, doctor Alario Méndez, pide que se dicte un fallo de fondo pues durante la vigencia de los actos impugnados, se impusieron sanciones con base en estas normas por parte de la Superintendencia Bancaria como se demuestra con las resoluciones agregadas por el actor a la corporación de ahorro y vivienda "Colmena".

5o. En el otro proceso iniciado, como ya se dijo, por el doctor Rodrigo Noguera Laborde, obrando en su propio nombre y en el cual se demanda la nulidad de los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 28 de mayo de 1979 expedida por la Junta Monetaria, el desarrollo procedimental fue el siguiente:

5.1. El libelo se introdujo el 2 de agosto de 1979 y el 18 de septiembre del mismo año el Consejero a quien le correspondió la sustanciación, dispuso su admisión y la suspen-

sión provisional de los artículos 12 y 13 demandados de la Resolución No. 30 de 28 de marzo de 1979 originaria de la Junta Monetaria y mediante la cual se fijó la forma o técnica de fijar el encaje de la corporación de ahorro y vivienda (folios 9 a 12) que la recurrió en reposición el apoderado de la Junta Monetaria, quien fundó su petición en el concepto de que habiendo conocido de otra demanda similar contra los mismos artículos por el Consejero doctor Alfonso Angel de la Torre, inhabilitó a los demás consejeros para conocer de cualquier otro litigio similar contra los mismos artículos; el recurso anterior fue resuelto por auto de 2 de noviembre de 1979, negando el recurso de reposición; esta decisión fue recurrida en súplica ante los restantes magistrados de la Sección Cuarta (folios 30 a 58) por el apoderado judicial de la Junta Monetaria, recurso resuelto en auto de treinta (30) de enero de mil novecientos ochenta, desechándolo por extemporáneo, ya que el auto recurrido tiene conocimiento el suplicante desde cuando interpuso contra el mismo el recurso de reposición.

5.2. Al evacuar el traslado para alegar de conclusión, el demandante, insiste en la tesis fundamental de la demanda, cual la de expresar que es competencia del señor Presidente de la República intervenir en las personas que captan fondos provenientes del ahorro privado y que siendo un acto de intervención el señalamiento del encaje para las corporaciones de ahorro y vivienda, por lo cual la Junta Monetaria carece de competencia para señalar el encaje de estas entidades y que hasta la expedición del acto acusado era el Presidente de la República quien se venía ocupando mediante decretos dictados con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución del régimen de las corporaciones de ahorro y vivienda. Así mismo insiste en que en lo tocante con las corporaciones de ahorro y vivienda, lo único que compete a la Junta Monetaria de conformidad con el Decreto 1110 de 1976, es estudiar y proponer al Gobierno Nacional normas reguladoras del encaje y no tomarlas ella directamente.

5.3. El Ministerio Público en este proceso no tuvo oportunidad de exponer su criterio porque el expediente le fue solicitado por oficio 136 de mayo de 1981 para resolver sobre la acumulación pedida por el fiscal que conocía del otro expediente.

5.4. Si lo hizo, en cambio, la apoderada sustituta de la Superintendencia Bancaria (folios 77 a 101, expediente 6381) en el que casi textualmente se expone el criterio ya resumido al evacuar el traslado ordenado en el otro expediente acumulado a éste, el No. 6308 por lo cual se prescinde de repetirlos aunque simplificados.

5.5. Al descorrer el traslado para alegar en el fondo, el Ministerio Público representado en la persona del Fiscal Tercero de la Corporación doctor Carlos Octavio Rodríguez consideró que las demandas estaban llamadas a prosperar porque la facultad de encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda, era de la competencia del Presidente de la República, acogiendo lo expuesto sobre el particular en un salvamento de voto elaborado por los ex-consejeros doctores Carlos Galindo Pinilla y Alfonso Arango Henao.

6. A su turno la apoderada de la Superintendencia Bancaria, se opone al concepto emitido por el Ministerio Público manifestando en lo fundamental que el manejo de la política monetaria corresponde por mandato constitucional al Congreso de la República que creó la Junta Monetaria en el artículo 5o. de la Ley 21 de 1963 y autorizó al Gobierno Nacional para organizarla, lo que se cumplió mediante la expedición del Decreto 2206 de septiembre 20 de 1963; posteriormente el Congreso de la República complementó las atribuciones de la Junta Monetaria y dictó la Ley 7a. de 1973 en cuyo artículo 23, literal a) se le facultó para regular el encaje de distintas instituciones de crédito por lo cual la Resolución 30 de 1979 la expidió la Junta Monetaria que aclaró los equívocos a que se prestaba el artículo 6o. del Decreto 1728 de 1974.

7. El impugnador Néstor Ricardo Chacón (folios 62 a 89) expediente No. 6308, comienza su alegato afirmando que la mayor dificultad para el entendimiento de las facultades de la Junta Monetaria en cuanto a encajes, en la naturaleza económica más que jurídica de las medidas adoptadas a través del encaje legal que es una medida destinada al volumen de los medios de pago en circulación, siendo también evidente, por otra parte, que desde los comienzos del régimen capitalista, y desde antes diríamos hispánica por ser atributo del soberano la regulación de la moneda, la fijación del tipo, denominación y demás características de la moneda metálica, noción conocida como *Ius Monetandi* o soberanía monetaria del Estado que le permite al Estado tanto la emisión de moneda como su control, incluyendo los bancos, control que se ejercía en nuestro país antes de la Junta Monetaria por el Banco de la República conforme al artículo 1o. del Decreto 756 de 1951 en el cual se dijo:

"De conformidad con las disposiciones contenidas en el presente decreto, el Banco de la República realizará una política monetaria de crédito y de cambio encaminadas a estimular condiciones propicias al desarrollo de la economía colombiana.

"Artículo segundo. La Junta Directiva del Banco de la República, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá:

"j) Fijar y variar el encaje de los bancos y cajas de ahorro que funcionen en el país, a fin de hacer efectiva la política monetaria y de crédito que se estimara más oportuna, ajustándose a las siguientes normas:".

Agrega que los establecimientos de crédito utilizan los fondos del público para otorgar crédito a quienes lo solicitan y que los préstamos al incorporarse al medio circulante aumentan la provisión de dineros en virtud del principio multiplicador de la reserva fraccionaria, por lo cual la exigencia del encaje legal es importante en el control del medio circulante pues la tasa del encaje determina los límites del poder de los establecimientos de crédito puesto que la reserva congelada les impide otorgar créditos sobre esos fondos, con el cual se obtiene control sobre el volumen de los medios de pago en circulación. Y en cuanto a las corporaciones de ahorro y vivienda se refiere, el encaje legal ejerce papel preponderante en la lucha contra la inflación, puesto que las disponibilidades del FAVI se determinan por los porcentajes de encaje de las corporaciones, por lo cual en ausencia de disponibilidad provenientes del encaje legal, para poder suplir la liquidez de las corporaciones debe obtener recursos directamente de emisión, generándose de este modo un mayor volumen de los medios de pago en circulación por todo lo cual el encaje legal unido a las operaciones de mercado abierto, al redescuento y al sistema de inversiones por zonas, constituye un valioso instrumento en la lucha contra la inflación, por tanto, no puede afirmarse que la fijación del encaje legal constituya norma de intervención en el manejo del ahorro privado.

El memorialista cuenta cómo mediante el Decreto 756 de 1951, se señaló como objetivo primordial al Banco de la República, crear condiciones monetarias, crediticias y cambiarias propicias a un desarrollo ordenado de la economía nacional, funciones que hoy corresponden a la Junta Monetaria ente que tiene piso legal en la Ley 21 de 1963 y el Decreto-Ley 2206 de 1963 en cuyo artículo 3o. se dijo: corresponde a la Junta Monetaria estudiar y adoptar mediante normas de carácter general, las medidas monetarias de crédito conforme a las disposiciones vigentes que corresponden a la Junta Directiva del Banco de la República, particularmente las siguientes:

"g) Fijar y variar el encaje legal de los bancos y cajas de ahorro que funcionen en el país, a fin de hacer efectiva la política monetaria y de crédito que se estime más oportuna".

La norma anterior fue complementada por el artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1973, en los términos que siguen:

"Adiciónase las facultades encomendadas a la Junta Monetaria:

"a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término".

Para finalizar el memorialista alega que las facultades de la Junta Monetaria para regular el encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda está comprendida en el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la que fue ponente el doctor Hernán Toro Agudelo sobre funciones de la Junta Monetaria.

SE CONSIDERA:

Del relato que antecede de la relación procesal, sin esfuerzo aparece muy clara la materia que debe decidirse, la que a juicio de la Sala es muy concreta. Se trata de establecer si todo lo que tenga que ver con la regulación de la moneda y de los medios de pago en general, en materia para su regulación de competencia del Congreso Nacional o si ella y en particular en lo relativo a las corporaciones de ahorro y vivienda, es competencia exclusiva y excluyente del Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución.

Si bien es que las corporaciones de ahorro y vivienda fueron autorizadas por decretos del Presidente de la República dictados con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución y que decretos posteriores del mismo origen regularon lo relativo al encaje de dichas corporaciones, es también evidente que es el Congreso Nacional el depositario de la soberanía monetaria conforme al artículo 76 numeral 15 de la Constitución Política de la República y que es a este órgano del poder público a quien le está atribuída la función legislativa en todos los órdenes como función propia conforme al artículo 76 de la Constitución Política y concretamente en el numeral 15 se le faculta para "fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda", que hay que entender que es no solo de la metálica, sino de todos los medios que sirven para facilitar el intercambio económico, como el billete de banco y los llamados cuasi-dineros, por lo que la cantidad en circulación de los medios de pago es esencial en el manejo de la inflación, siendo por lo mismo eficaz instrumento para esta regulación la fijación del encaje de bancos y demás intermediarios financieros incluidas las corporaciones de ahorro y vivienda, ya que están autorizadas para recibir no sólo depósitos en cuentas de ahorro, sino también depósitos a términos y ordinarios, conforme a los artículos 2o. del Decreto 678 de 1972 y 1o. del Decreto 1414 de 1976, por lo cual debe considerarse que tales corporaciones están comprendidas en la enumeración del artículo 23 literal a) de la Ley 7a. de 1973, cuando expresa:

"Artículo 23. Adiciónanse las facultades encomendadas a la Junta Monetaria con las siguientes:

"a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término".

En un caso similar la Sala dijo:

"El tema principal a decidir es el relativo a las facultades de la Junta Monetaria en relación con el manejo de la política monetaria y especialmente del crédito y los encajes

de bancos y demás intermediarios financieros, tienen por fuente constitucional normas originarias del Congreso Nacional, o si la reglamentación de esta materia corresponde al Presidente de la República, conforme al numeral 14 de la Constitución. La cuestión, en verdad, no es nueva, puesto que ha sido objeto de decisión de la Corte al declarar que son exequibles los artículos 21 y 23 de la Ley 7a. de 1973 y 24 inciso 1o., literales a) y d) en sentencia dictada en sede constitucional y por lo mismo de Sala Plena, de fecha 14 de diciembre de 1973.

"El fundamento constitucional de dicha sentencia está en lo fundamental en que conforme al artículo 76-15 de la Constitución corresponde al Congreso Nacional:

"Fijar la ley, tipo y denominación de la moneda, en lo cual consiste el ejercicio de la soberanía monetaria; que el control y ejecución de la política monetaria se cumplen a través de dos organismos administrativos que son la Junta Monetaria, creada por la Ley 21 de 1963, artículo 5o., en el cual se dispuso:

"Artículo 5o. Créase una Junta Monetaria encargada de:

"a) Estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y de crédito que, conforme a las disposiciones vigentes, corresponden al Banco de la República y,

"b) Ejercer las demás complementarias que se adscriban por el Gobierno Nacional, y en el futuro por mandato de la ley".

"Se concedieron además, en esta ley, autorizaciones al Gobierno Nacional para proceder a su organización, etc, en desarrollo de las cuales el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2206 de 20 de septiembre de 1963 que ratificó la competencia de la Junta Monetaria en cuanto al estudio y adopción de la política monetaria, cambiaria y de crédito del país, sustituyendo en esta materia a la Junta Directiva del Banco de la República, y en desarrollo de tales competencias la Junta Monetaria está facultada para ejercer las siguientes funciones: señalar las pautas sobre el encaje legal de las instituciones bancarias; el volumen total de los préstamos e inversiones de las instituciones de crédito y las tasas maximas de interés o descuento de las mismas. Concluye la Corte en este punto de la sentencia:

'De acuerdo con este régimen legal, es forzoso concluir que la adopción y dirección de la política monetaria del Estado, sin reserva, está encomendada a la Junta Monetaria, por decisión, soberana, y privada del Congreso, y como una expresión democrática de la voluntad popular; lo cual se refuerza con el hecho probado de que la misma ley impugnada hace parte de los artículos 23 y 24, amplían tal competencia'.

"El artículo 23 de la citada Ley 7a. de 1973, declarado exequible por el Tribunal con competencia constitucional para hacerlo, como es la Corte, expresa:

"Artículo 23. Adiciónanse las facultades encomendadas a la Junta Monetaria con las siguientes:

"a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y, *en general de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término*, establecer encajes diferenciales de acuerdo con las clases de actividades que se quieran fomentar o desalentar; *señalar sistemas de cómputo para liquidar encajes* y establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas". (Subraya la Sala).

"Y es bien sabido que las corporaciones de ahorro y vivienda reciben depósitos a término y a la vista por disposición de decretos de ejecución por lo cual no es difícil

concluir que ellas están comprendidas entre las entidades a las cuales se refiere el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, y por lo mismo, sometidas a las normas que sobre encaje legal dicte la Junta Monetaria que es el órgano oficial a través del cual el Estado colombiano ejerce la soberanía monetaria.

"Por otra parte, los decretos que dicte el Presidente de la República con fundamento en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, son decretos administrativos y por lo mismo no tienen fuerza de ley, en sentido material, ya que tales decretos los dicta el Jefe del Estado como 'suprema autoridad administrativa', aunque es verdad que como atribución constitucional propia, según la reforma constitucional de 1968, además, tampoco la Constitución relaciona como decretos con fuerza material los que dicte el Gobierno Nacional, con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, por lo cual la doctrina los llama reglamentos constitucionales autónomos, siendo por lo mismo atribución del Congreso Nacional todo lo relativo a 'fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda' conforme al artículo 76-15 de la Constitución la que incluye naturalmente el control de flujo de moneda y de los cuasi-dineros en circulación para cuya regulación se creó por el legislador la Junta Monetaria.

"Finalmente, es conveniente precisar, como es evidente que una cosa es el sistema del cómputo del encaje, que debe ser diario según el artículo 2o. de la Resolución 53 de 16 de agosto de 1979 acusada, y otra es la determinación de la posición negativa o positiva de encaje, que solo se determina comparando los saldos diarios de las exigibilidades sujetas a encaje con las disponibilidades diarias de la respectiva entidad crediticia, liquidada el último día de cada mes".

Por lo anterior habrá de negarse las súplicas de las demandas contenidas en los procesos acumulados radicados bajo los números 6381 y 6308.

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

FALLA:

1o. NIEGANSE las peticiones de las demandas con las cuales se iniciarion los procesos radicados bajo los números 6381 y 6308.

2o. REVOCASE la suspensión provisional de los artículos doce (12) y trece (13) de la Resolución No. 30 de 1979 expedida por la Junta Monetaria.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

CAPITULO V

ACTOS DE AUTORIDADES NO ADMINISTRATIVAS

DEL ORDEN NACIONAL

ACCION DE PLENA JURISDICCION.— NOTIFICACION A UN TERCERO.— Cuando un particular ejerce dicha acción en la cual tenga interés otra persona o pueda ser afectada por la correspondiente decisión, la demanda, a pesar de ello, se dirige exclusivamente contra la entidad oficial que haya proferido el acto administrativo y que tenga naturaleza de persona moral. En ningún caso puede dirigirse contra el particular que se encuentre en las condiciones antes mencionadas de interés o de posible perjuicio, sino que se debe pedir que se le cite al proceso y notificarsele el auto admisorio de la demanda, a fin de que pueda intervenir en defensa de sus intereses.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., febrero dos (2) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**

Referencia: Expediente No. 7702.
Actor: **Oscar Valencia Quintero.**
Autoridades Nacionales.

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, el apoderado del señor OSCAR VALENCIA QUINTERO, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1o. Que es nula la Resolución No. 001 de mayo 17 de 1982 proferida por el Juez Cuarto Civil Municipal de Armenia y por medio de la cual se separó al señor OSCAR VALENCIA QUINTERO del cargo de Escribiente, Grado 4o., del citado Juzgado.

"2o. Que en virtud de la declaración anterior mi mandante sea restablecido en su derecho, ordenándose su reintegro al cargo del cual fue separado o a otro equivalente o de superior categoría.

"3o. Que desde la fecha en que se produjo la separación de mi mandante de su cargo, o sea desde el 17 de mayo de 1982, hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo al cargo o hasta la fecha del vencimiento del actual período o sea hasta el 31 de agosto de 1983, no ha existido solución de continuidad y por ende, mi mandante gozará de todas las prestaciones sociales como si no se hubiera producido separación alguna del cargo y que el tiempo transcurrido entre el 17 de mayo de 1982 hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo o hasta la fecha del vencimiento del actual período o sea hasta el 31 de agosto de 1983, es acumulable para todos los efectos de reajuste de sueldos, derecho a las vacaciones, pensión de jubilación, primas, cesantías. Que mi mandante igualmente gozará de todos los derechos y garantías que cobijan o llegaren a cobijar a los empleados de la Rama Jurisdiccional como si hubiese estado desempeñando el cargo del cual fue separado.

"4o. Que se condene a la Nación, Ministerio de Justicia, a pagar a favor de mi mandante todos los salarios, reajustes, primas, vacaciones y demás emolumentos que hubiere podido devengar en el desempeño de su cargo desde el 17 de mayo de 1982 hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo o hasta la fecha de terminación del actual período o sea hasta el 31 de agosto de 1983.

"5o. Que se condene a la Nación, Ministerio de Justicia, al pago de los perjuicios morales sufridos por mi mandante con motivo de su separación intempestiva del cargo que desempeñaba, perjuicios que estimo como equivalentes a UN MIL (1.000) gramos de oro.

"6o. Que el monto de la condena en dinero en contra de la Nación, Ministerio de Justicia, y en favor de mi mandante se fije teniendo en cuenta la depreciación que sufre la moneda colombiana por la depreciación de la misma, para que así la indemnización por parte del Estado sea íntegra y completa frente al perjuicio sufrido por mi mandante.

"7o. Que a la sentencia proferida por esa Honorable Corporación se le dé cumplimiento dentro del término fijado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos, las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación aparecen consignados a folios 15 y 16; y 18 a 20 del expediente.

Al descorrer el traslado que se le dio para que emitiera su concepto de fondo, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado se expresa en los siguientes términos:

"En el asunto de la referencia se discute sobre la validez de la Resolución número 001 del 17 de mayo de 1982, del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Armenia y, además, el posible derecho del actor a que se le reintegre y paguen los haberes dejados de percibir como Escribiente, Grado 4o., del mismo Juzgado.

"Se descorre el traslado para el concepto de la Fiscalía:

"El acto impugnado no solo nombró el Escribiente Grado 4o. del aludido Juzgado, que desempeñaba el accionante, sino los demás empleados del mismo despacho judicial.

"En hipótesis de que solamente se hubiera pedido la nulidad del acto en cuestión, en lo atinente al empleo que el interesado desempeñaba, la nulidad así pedida afectaría al señor Carlos Alberto Rincón Ordóñez. Pero como la petición se dirige contra toda la Resolución No. 001, por medio de la cual se nombraron cinco empleados, la nulidad afectaría no solo el reemplazo del demandante sino a todos los demás nombrados.

"Al respecto esa Honorable Corporación ha sentado esta Doctrina:

"El Consejo ha sostenido en repetidas ocasiones que cuando se impugna como en el presente caso, un acto del cual se deriva una situación jurídica de la cual es titular una persona, no puede adelantarse el proceso sin su audiencia, porque se configura un típico *litis consorcio* necesario pasivo, frente al cual, surge para el juez el deber imperioso de la citación prevista en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil". (Auto del 30 de enero de 1981, Tomo 113, folio 170, actor: Sindicato de Trabajadores del ICSS, ponente: doctor Samuel Buitrago Hurtado).

"Ahora bien, del precepto citado se desprende, con toda nitidez, que ese 'deber imperioso de la citación' emerge para el juez en razón de la omisión del demandante de

formular la demanda contra todas las personas que deben integrar el contradictorio, la cual citación se debe ordenar en el auto que admite aquella. Mas sí, por cualquier causa así no ocurriere. '. . . el juez la decretaría posteriormente, de oficio o a petición de parte, *mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia. . .*' según las voces de la norma en comento. Resulta claro, entonces, que el remedio procesal para la omisión del demandante es de exclusiva y obligatoria utilización por el juez de primera instancia, de suerte que si éste no lo utiliza se genera la nulidad por falta de notificación prevista en el precepto 113-3o. del Código Contencioso Administrativo, a partir del auto de citación para sentencia. (Subraya la Fiscalía).

"Una correcta inteligencia del texto conduce a inferir que en los procesos de única instancia, la obligación del demandante de dirigir la demanda contra todas las personas que deben integrar el contradictorio, a fin de vincularlas al proceso mediante la notificación, es inexcusable, pues el juez no tiene la obligación de remediar la omisión del accionante por medio de la citación. Por ello, resultaría improcedente declarar la nulidad por falta de notificación o emplazamiento de *litis consorte*. La decisión adecuada es la de declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, por no haberse designado como parte a quien debió serlo (artículo 84-1o. del Código Contencioso Administrativo.

"En consecuencia, en el caso objeto de examen, debe declararse la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda".

Para resolver, se considera:

La Sala comparte el criterio del señor Fiscal Cuarto de la Corporación, según el cual la demanda es inepta, y, por consiguiente, no procede sino un pronunciamiento inhibitorio. Pero se aparta de su concepto en cuanto estima que debieron ser demandadas las personas que fueron nombradas para ejercer cargos en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Armenia, mediante el acto acusado, y considera que en los procesos contencioso-administrativos debe aplicarse una regla del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que solo tiene sentido en aquellos que se adelantan ante la correspondiente jurisdicción.

En lo que respecta a la primera cuestión, considera la Sala que cuando un particular ejerce la acción de plena jurisdicción en la cual tenga interés otra persona o pueda ser afectada por la correspondiente decisión, la demanda, a pesar de ello, se dirige exclusivamente en contra de la Nación si el acto administrativo emana de un Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia u otro organismo del orden nacional que carezca de personería jurídica, o contra la entidad oficial del mismo orden que tenga naturaleza de persona moral, como es el caso de un establecimiento público, que lo haya proferido. En ningún caso puede dirigirse contra el particular que se encuentre en las condiciones antes mencionadas de interés o de posible perjuicio, sino que se debe pedir que se le cite al proceso y notificársele el auto admisorio de la demanda, a fin de que pueda intervenir en defensa de sus intereses.

Al respecto dijo la Sala en providencia del 6 de mayo de 1983:

"No comparte la Sala las apreciaciones de la Fiscalía Cuarta de la Corporación, pues si lo que se pidió fue la nulidad de un acto administrativo, no podía ser parte demandada un particular, en este caso la sociedad Mishaan Hermanos Ltda., Textiles Miratex S. en C. La sociedad en mención tiene interés en los resultados del proceso, pero ella no podía ser demandada, pues no dictó el acto acusado, que tampoco en tal calidad puede figurar el organismo oficial que lo profirió.

"No entiende la Sala por qué para pedir ante esta jurisdicción la nulidad de un acto administrativo haya que demandarse a un particular.

"Los mismos términos del concepto de la Fiscalía señalan a la sociedad Mishaan Hermanos Ltda., Textiles Miratex S. en C. como simple parte interesada; indiscutiblemente con menor interés que el Sindicato de Base de Trabajadores de Textiles Miratex; pero con algún interés, al fin, por lo cual también debió habérsele dado oportunidad de vincularse al proceso para defender aquél". (Expediente No. 5731. Actor: Sinaltradhitexco. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

Sobre la segunda cuestión, fue tesis de la Sala la siguiente:

"Tampoco está de acuerdo la Sala con el criterio del señor Fiscal en el sentido de que solamente el Juez de primera instancia puede remediar la falta de citación en el auto admisorio de la demanda 'de quienes falten para integrar el contradictorio', solo porque el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil dispone que ello es procedente 'mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia'; de donde deduce el señor agente del Ministerio Público que ese procedimiento no se puede aplicar en los procesos de única instancia que se adelantan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es apenas natural que el Código de Procedimiento Civil hable de sentencia de primera instancia, pues en la respectiva jurisdicción la regla general es la doble instancia, con excepción 'del recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los jueces del circuito, municipales, territoriales y de menores, y de los procesos sobre responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los jueces cualquiera que fuere la naturaleza de ellos', lo cual está atribuido a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y de 'los procesos contenciosos entre particulares y de sucesión, que sean de mínima cuantía', de que conocen los jueces municipales, en única instancia, mediante el proceso verbal regulado en el Título XXIII de dicho estatuto (artículo 3o., 14, 26 y 397 del Código de Procedimiento Civil). (Auto del 26 de septiembre de 1983; expediente No. 7422; actor: Ariel de Jesús Zapata Berrío; ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

Ciertamente el proceso se adelantó sin intervención de las personas que podrían ser afectadas por las resultas del mismo. Pero observa la Sala que, en primer lugar, el apoderado del demandante ha ejercido, en su nombre, dos acciones: la de simple nulidad en lo que concierne al nombramiento de Gustavo Caicedo Trujillo, Iván Hurtado Restrepo, Flor Alba Bolívar Cardona y Rubenia Londoño López (artículos 1o., 2o., 3o. y 5o. de la Resolución No. 001 del 17 de mayo de 1982) y la de plena jurisdicción con relación al nombramiento del señor Carlos Alberto Rincón Ordóñez (ordinal 4o. de dicha providenia). Según jurisprudencia del Consejo de Estado es procedente la acumulación de la acción de plena jurisdicción con la de simple nulidad de un nombramiento cuando éste y el restablecimiento del derecho que se impetra se refieren al mismo empleo. En este caso la petición de nulidad de la totalidad de la providencia acusada comprende el empleo que desempeñaba el actor y para el que fue nombrado el señor Carlos Alberto Rincón Ordóñez y al cual se solicita su reintegro, como también los cargos para los que fueron nombrados los señores mencionados en los ordinales 1o., 2o., 3o. y 5o. de dicho acto administrativo, sin que con relación a tales empleos se pretenda ningún restablecimiento de derechos. Existe, pues, una indebida acumulación de acciones.

En segundo lugar, se observa que el señor Oscar Valencia Quintero no confirió poder para pedir la nulidad de la totalidad del acto acusado, ni siquiera de disposición alguna del mismo como tampoco para solicitar su reintegro, pues solo habla del restablecimiento de su derecho, que no podría entenderse como una alusión a su reincorporación al servicio sino en cuanto el poder se refiera a la nulidad del acto que lo desvinculó o al menos al hecho de su remoción del cargo que ejercía.

Dicho poder fue conferido en los siguientes términos:

"OSCAR VALENCIA QUINTERO, mayor y vecino de Armenia, identificado con la cédula de ciudadanía número 7.512.294 del lugar de mi domicilio, a ustedes, con todo comedimiento, me permito manifestarles que confiero poder amplio y suficiente al doctor HENRY GONZALEZ MEZA, abogado titulado e inscrito, para que a mi nombre y representación inicie y lleve hasta su culminación Proceso de Plena Jurisdicción de Carácter Laboral en contra de la Nación, Ministerio de Justicia, a fin de obtener de tal entidad el restablecimiento de mi derecho y pago de salarios, primas, vacaciones, reconocimiento de prestaciones sociales y demás emolumentos que hubiere podido devengar como empleado de la Rama Jurisdiccional en el cargo de Escribiente Grado 4o., del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Armenia.

"Mi apoderado queda facultado para desistir, recibir, sustituir, reasumir y en fin, para adelantar todos los actos que sean pertinentes al logro del objetivo que por este mandato se le confiere.

"Sírvanse señores Consejeros concederle personería al doctor González Meza para los fines y dentro de los términos del presente poder".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, parcialmente de acuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase inhibido para un pronunciamiento de fondo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de enero de 1984.

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

FACULTADES PRO TEMPORE.— CONFERIDAS A UN GOBERNADOR.— Uso de tales facultades después de la expiración del término concedido.

Decrétase la suspensión provisional de los Decretos 400 y 485 de 1978 originarios de la Gobernación del Atlántico.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., febrero veinte (20) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**

Referencia: Expediente No. 4583.
Actor: **Pedro Lozano Pacheco.**

Decide de plano la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte opositora contra el auto de 4 de noviembre de 1983, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio del cual fue decretada la suspensión provisional de los actos acusados.

ANTECEDENTES

1o. En ejercicio de la acción establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Pedro Lozano Pacheco solicitó ante el citado Tribunal la nulidad total de los Decretos Nos. 400 de 8 de agosto de 1978, 'por el cual se reorganiza la Fábrica de Licores del Atlántico como empresa descentralizada', y 485 de 13 de septiembre del mismo año, 'por el cual se aprueban los Estatutos de la Fábrica de Licores del Atlántico', expedidos por el gobernador de dicho departamento.

2o. Por auto de 4 de octubre de 1983 el Tribunal del conocimiento admitió la demanda y dispuso darle el trámite legal y mediante providencia del 4 de noviembre siguiente accedió a la petición de suspensión provisoria de los referidos decretos, providencia ésta que fue recurrida en apelación por la Fábrica de Licores del Atlántico, entidad que se constituyó en parte impugnadora.

3o. El actor solicitó la medida cautelar en los siguientes términos:

"De conformidad con el artículo 94 de la Ley 167 de 1941, respetuosamente solicito a ustedes ordenen la suspensión provisional de los Decretos 400 y 485 de 1978, originarios de la Gobernación del Atlántico, por violar en forma manifiesta el artículo primero de la Ordenanza No. 25 de 1977. Esta suspensión deberá ordenarse antes de surtir las comunicaciones y la fijación en listas ordenadas en el artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

4o. El auto objeto del recurso que se resuelve decretó la suspensión pedida, con fundamento en la motivación a que posteriormente se hará referencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según la transcripción que atrás se hizo, el demandante pidió la suspensión en comento por estimar que los decretos enjuiciados violan de manera manifiesta el artículo 1o. de la Ordenanza No. 25 de 1977, originaria de la Asamblea del departamento del Atlántico.

Es cierto que el accionante se abstuvo de analizar la alegada transgresión manifiesta, siendo que dicho examen les obliga a los demandantes, tal como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación. Pero no obstante lo anterior, en el caso *sub-júdice* se puede excusar esa omisión, en vista de que de la mera confrontación de los decretos atacados y el artículo 1o. de la Ordenanza ya determinada surge de manera clara y directa la ostensible infracción del artículo ordenanzal.

Evidentemente, corre al folio primero del expediente la copia autenticada de la Ordenanza 25 de 1977, de la Asamblea Departamental del Atlántico, por cuyo artículo 1o. se dispuso:

"Facúltase al Gobernador del departamento del Atlántico, por el término de ciento cincuenta (150) días, a partir de la fecha de la sanción de esta Ordenanza para reestructurar la Fábrica de Licores del Atlántico como un instituto descentralizado, expidiendo las normas que considere conveniente, tanto de carácter administrativas como tércnicas, para obtener el fin deseado".

Partiendo de la base de que la Ordenanza en cuestión fue sancionada por el gobernador del indicado departamento el 15 de diciembre de 1977 y que su artículo 1o. le confirió al gobernador las autorizaciones de que él trata por el término de 150 días, contados desde la fecha de la sanción, *prima facie*, se deduce, sin necesidad de razonamientos detenidos, que dicha disposición fue violada manifiestamente al ser expedidos los decretos demandados después de expirado el término de las facultades conferidas al gobernador del Atlántico.

En el anterior sentido, la Sala reproduce y prohija lo afirmado al respecto por el *a-quo* en el auto recurrido, a excepción del cómputo que hace de los "lunes y martes de carnaval". Dice el Tribunal:

"Los decretos demandados aparecen en fotocopias autenticadas a folios 3 a 15 del expediente y ambos se basan en las facultades conferidas al señor gobernador del departamento del Atlántico por el artículo 1o. de la Ordenanza No. 25 de 15 de diciembre de 1977 originaria de la Asamblea Departamental del Atlántico, quien a su vez usó de las atribuciones que le confiere el artículo 187 de la Constitución Nacional.

"Radica la inconformidad de la demanda, en que el artículo 1o. de la Ordenanza No. 25 de 15 de diciembre de 1977 confirió al señor gobernador del departamento del Atlántico facultad para reestructurar la Fábrica de Licores del Atlántico como un instituto descentralizado, expidiendo las normas que considerara convenientes, tanto de carácter administrativas como técnicas, por el término de 150 días a partir de la fecha de la sanción de dicha ordenanza. Sostiene el actor que como el primero de los actos acusados o sea el Decreto No. 400 de 1978 fue expedido el día 8 de agosto de ese año, y el segundo o sea el 485 del mismo año fue expedido el día 13 de septiembre de 1978, rebasaron el término de la facultad conferida por la Asamblea que fue solo de 150 días.

"No es necesario hacer un análisis de fondo para observar que los decretos demandados fueron expedidos cuando ya había vencido el término de 150 días al señor gobernador del departamento para reestructurar la Fábrica de Licores. En efecto, si se tiene en cuenta que la Ordenanza que otorgó las facultades empezó a regir desde su sanción el 15 de diciembre de 1977, se tiene que el término de 150 días hábiles vencía el día 23 de julio de 1978, descontando los días feriados, sábados y lunes y martes de carnaval. Como los Decretos No. 400 de 1978 y No. 485 del mismo año fueron expedidos después de expirado el término que tenía el gobernador del departamento para hacerlo, aparece a primera vista violado el artículo 1o. de la Ordenanza No. 25 de 1977 que determinó un plazo de 150 días para hacer uso de la facultad conferida, siendo procedente suspender provisionalmente los decretos acusados".

En consonancia con lo anterior y sin más consideraciones, es procedente confirmar el auto apelado.

Por tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, resuelve:

Confírmase la providencia materia del recurso de apelación.

En firme este auto, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, no asistió, **Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.**

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

DOCENTES.— FACULTAD REGLAMENTARIA DE QUE GOZAN LOS GOBERNADORES en relación con la docencia y los maestros en ejercicio cuando la ley les ha conferido a éstos determinadas garantías y explícitos derechos, bien porque se encuentren escalafonados o por ser funcionarios de libre nombramiento y remoción.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., mayo cinco (5) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**

Referencia: Juicio No. 6855.
Actor: **Reynero Molina Vergara**
Autoridades departamentales.

Actuando en su propio nombre en acción de simple nulidad el abogado REYNERO MOLINA VERGARA, promovió demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, en la cual solicita "la nulidad del artículo único del Decreto 1323 del 7 de septiembre de 1979, en donde se establece que no gozan de plenas facultades físicas y mentales los maestros que padecen alguna de las enfermedades previstas en el mismo artículo único del susodicho Decreto 1323, decreto que se cumplió inexorablemente.

Los *hechos* en que el actor fundamenta sus anteriores pedimentos se relatan en el libelo, así:

"Por Decreto 931 de 5 de julio de 1979, de la Gobernación de Córdoba, se *desincorporaron* del servicio activo de la docencia primaria del departamento a todos los maestros que figuran en dicho Decreto número 931, quienes gozan de una pensión de jubilación.

"En el artículo único del Decreto 1323, acusado de nulidad, que *aclaró el artículo segundo* del Decreto 931, está previsto que sólo gozan de plenas facultades físicas y mentales los *maestros que no registren adolecer*, de alguna de las *enfermedades* determinadas en dicho *artículo único* de dicho Decreto 1323; como también que no obtenga *reprobación* por cuestiones *mentales* o por otras *anomalías* especificadas dizque por el resultado del *médico internista.*

"Como se desprende, *muy claramente*, del texto del *artículo único* del Decreto 1323, demandado de nulidad, en armonía con lo contemplado en *el ordinal b)* del *artículo tercero* del Decreto 931, los que están facultados para determinar si los maestros *registran algunas de las enfermedades determinadas* en el *artículo único* de dicho Decreto 1323, como también si los *maestros* adolecen de *incapacidad mental* o de *otras anomalías especificadas dizque por el resultado del médico internista*, son los médicos de la Caja Departamental de Previsión Social.

"En otras palabras, concretando la cuestión, el *artículo único* del Decreto 1323, acusado de nulidad, al establecer que no gozan de plenas facultades físicas y mentales los maestros que adolezcan de alguna de las enfermedades previstas en éste, o que resulten con incapacidad mental o con alguna otra anomalía, como resultado de exámenes médicos de la Caja Departamental de Previsión Social, lo que, *realmente*, establece es que pueden *removerse libremente*, por el departamento de Córdoba, los maestros que tengan alguna de las *enfermedades* contempladas en dicho *artículo único* de dicho Decreto 1323, que se demanda de nulidad; o los *maestros* que resulten con *incapacidad mental* o con otra anomalía distinta, dictaminado *todo* por los médicos de la Caja Departamental de Previsión Social, aunque los maestros no hayan llegado a la edad de *sesenta y cinco años*, que es la edad de retiro forzoso. (Lógicamente si el maestro, de los exámenes que se le practiquen, sale con incapacidad mental o física, debidamente comprobada, que le impidan el ejercicio del cargo, el asunto no tendrá discusión").

Se aducen como disposiciones infringidas por el acto impugnado, los artículos 120 y 194, numeral 12, de la Constitución Nacional; Decreto Extraordinario 2 de 1935; Decreto 2255 de 1938 y la Ley 97 de 1945. En relación con cada una de las normas precedentes el demandante hace un extenso estudio jurídico, con el fin de demostrar el derecho que dice asistirle en sus pretensiones, como también la violación de que fueron objeto los preceptos legales anteriormente invocados.

El señor gobernador del departamento de Córdoba, designó apoderado para que representara a la entidad en el juicio, lo que hizo, en efecto, en las distintas etapas procesales del mismo, durante la primera instancia, al solicitar al Tribunal en su alegato de conclusión que declarara que el Decreto acusado se ajusta a derecho.

Por medio del fallo dictado por el *a-quo* con fecha 15 de diciembre de 1981, fueron denegadas las súplicas de la demanda, decisión que fue apelada por el accionante ante esta Superioridad, la cual, una vez cumplido el trámite pertinente de la segunda instancia, sin que se observe nulidad alguna, entra a proferir la correspondiente sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Al dársele traslado para emitir su concepto de fondo en el presente proceso, la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, hizo un acertado estudio sobre la facultad reglamentaria de que gozan los gobernadores en relación con la docencia y los maestros en ejercicio, cuando la ley les ha conferido a éstos determinadas garantías y explícitos derechos, bien porque se encuentren escalafonados o por ser funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Esta entidad comparte, en un todo, las razones expresadas por la Agencia del Ministerio Público, en su vista reglamentaria, acogiéndolas como fundamento de la providencia que debe dictar, y al efecto se permite transcribirlas, sin que estime necesario agregar otras diferentes a ellas.

Sobre el particular la Fiscalía sostuvo:

"La gobernación del departamento de Córdoba, por Decreto 931 de 1979, decidió retirar del servicio, por haber llegado a la edad de retiro forzoso y estar gozando de pensión de jubilación, a un buen número de maestros.

"Y el artículo 2o. de este mismo decreto dispuso:

"Tienen derecho a reintegro, aquéllos maestros que siendo menores de 65 años, gocen de plenas facultades físicas y mentales y cumplan normalmente su deber".

"Esta disposición fue aclarada por el artículo único del Decreto 1323 de 7 de septiembre de 1979, cuya nulidad se solicita en este proceso, y que es del siguiente tenor:

"Aclárase el artículo 2o. del Decreto 931 de julio 5 de 1979, en el sentido de que gozan de plenas facultades físicas y mentales aquellos maestros cuyos resultados de los exámenes médicos no registren adolecer de la siguiente sintomatología (sic): 1o. Hipertensión, 2o. Defectos visuales (presbicial), 3o. Defectos auditivos, 4o. Diabetis (sic), 5o. Artritis, 6o. Hiperuricamia, 7o. Reprobación de capacidad mental, 8o. Laringofaringitis y otras anomalías especificadas por el resultado del médico internista (sic) comuníquese, publíquese y cúmplase.

"El Tribunal en la sentencia apelada negó las súplicas de la demanda.

"Indudablemente el artículo acusado es una norma de carácter general que establece, por exclusión, quiénes gozan de plenas facultades físicas y mentales para continuar en la docencia, indicando que los que estén afectados por las enfermedades que enumera, certificadas por médicos internistas, no podrán hacerlo.

"Es cierto que las leyes relativas a la docencia, disponen que los educadores podrán continuar en sus cargos aun después de pensionados, sin que exista incompatibilidad entre sueldo y pensión, mientras no lleguen a la edad de retiro forzoso y gocen de plenas capacidades físicas y mentales que les permitan ejercer con eficiencia sus funciones.

"También lo es, que quien tiene la facultad de nombrar y remover a los docentes, puede separarlos del servicio libremente una vez que ya han obtenido derecho a pensión de jubilación; según constante jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, las garantías propias del Escalafón solo operan hasta cuando se adquiere el status de pensionado. De ahí en adelante, es potestativo de la Entidad nominadora, mantenerlos o no en el servicio, atendiendo, claro está, en cada caso concreto, a que no haya llegado el maestro a la edad de retiro forzoso y se encuentre en condiciones físicas y mentales satisfactorias para dar el rendimiento que exige el buen servicio público.

"Pero lo que si no es aceptable jurídicamente, es que los gobernadores, por vía general, determinen qué enfermedades implican incapacidad física y mental para ejercer un cargo docente.

"La facultad de reglamentar las leyes, por mandato constitucional corresponde al Presidente de la República y no a los gobernadores.

"El hecho de que un gobernador tenga competencia para retirar del servicio a un maestro por estar disfrutando de pensión o por haber demostrado que no es apto física o mentalmente para desempeñar sus funciones, no implica que la haga para establecer por vía general incompatibilidades así sea en desarrollo de una norma legal; no existe una sola disposición constitucional o legal que le permita hacer tal cosa.

"Por tanto, el gobernador del departamento de Córdoba, cuando pretendió mediante el artículo acusado reglamentar la ley disponiendo que quienes padezcan determinadas enfermedades que enumera en la norma no son aptos para permanecer en el servicio o volver a él, excedió los límites de su competencia.

"Ello es suficiente en opinión de la Fiscalía, para que prospere la nulidad solicitada en la demanda, y para que se revoque la sentencia 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 de Córdoba, con fecha 15 de diciembre de 1981 y en su lugar se dispone:

Declárase la nulidad del artículo único del Decreto 1323 del 7 de septiembre de 1979 expedido por el gobernador del departamento de Córdoba.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el 30 de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Los consejeros:

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., secretario.

CAPITULO II

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES.— La Ley 6a. de 1958 limitó los gastos totales de las Contralorías Departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental de donde claramente se deduce que tales partidas deben ser atendidas con los ingresos propios del respectivo departamento y que la disposición ordenanzal que ordene cosa distinta resulta inaplicable de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 215 de la Constitución Nacional. (Reiteración Jusrisprudencial Sentencia agosto 11 de 1972).

Suspensión provisional de la Ordenanza No. 28 del 29 de noviembre de 1982 expedida por la Asamblea de Risaralda.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., abril siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**

Referencia: Expediente No. 4617.
Actor: **Fabio Gómez Botero.**
Asuntos departamentales.

Contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 25 de enero del año en curso, se interpuso recurso de apelación por parte impugnadora. En el proveído en mención el Tribunal decretó la suspensión provisional de la Ordenanza No. 28 del 29 de noviembre de 1982 expedida por la Asamblea de ese departamento, ordenanza demandada por el señor Fabio Gómez Botero, "por la cual se fija el porcentaje que por concepto de cuota de auditaje el departamento y sus entidades descentralizadas, deben transferir a la Contraloría Departamental".

De plano procede la Sala a la decisión del recurso. Para ello CONSIDERA:

En ejercicio de la acción pública el ciudadano Fabio Gómez Botero demandó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad de la Ordenanza No. 28 de 1982 expedida por la Asamblea Departamental. Igualmente solicitó la suspensión provisional de ella.

El tribunal para acceder a la suspensión impetrada, tuvo en cuenta que si bien a la Asamblea corresponde expedir anualmente el presupuesto de gastos y gastos del departamento, pudiendo destinar el 2% de ese presupuesto para el funcionamiento de la Contraloría Departamental, en cuanto hace relación con los presupuestos de la Lotería de Risaralda, de Caseris, del Fondo Rotatorio de Valorización y del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte, salta a la vista la intromisión de la Asamblea en asunto que no es de su incumbencia, porque cada uno de esos entes públicos es autónomo en el manejo de su presupuesto, sin que ella pueda entrar a imponerles obligaciones en cuanto a su expedición y ejecución. En el caso a estudio, dice el Tribunal, la Ordenanza impugnada sobrepasa el 2% previsto en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, al ordenar a las entidades descentralizadas que también aporten el 2% de su presupuesto para el funcionamiento de la Contraloría Departamental, lo que entraña una ostensible violación de la ley en cita.

Reiterada y unánimemente ha sostenido el Consejo de Estado que la figura jurídica de la suspensión provisional solo tiene operancia en la acción pública cuando aparece de manifiesto y en forma por demás ostensible, el divorcio y contradicción de la norma impugnada con una disposición de jerarquía más elevada. De tal manera que es esencial condición que la transgresión de la norma superior señalada en el libelo de demanda se capte mediante la simple comparación del acto acusado con la norma que se dice violada, sin necesidad de escudriñar y ahondar en razonamientos jurídicos.

La idea anterior ilustra el presente asunto, como pasa a explicarse:

"El artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 en su primer inciso, dice: 'las partidas anuales para gastos' totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos".

Ha dicho esta Sala que la facultad que le otorga el artículo 187-8 de la Constitución a las Asambleas para organizar las Contralorías Departamentales, debe ser ejercitada dentro de las previsiones que el legislador establezca en esta materia. "La Ley 6a. de 1958 limitó los gastos totales de las contralorías departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental, de donde claramente se deduce que tales

partidas deben ser atendidas con los ingresos propios del respectivo departamento y que la disposición ordenanzal que ordene cosa distinta resulta inaplicable de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 215 de la Carta". (Agosto 11 de 1972 anales 435-436, páginas 333 y siguientes).

En la ordenanza acusada, la Asamblea del departamento de Risaralda dispuso en su artículo primero que "A partir de la vigencia fiscal de 1983, tanto el departamento como sus entidades descentralizadas, deberán transferir a la Contraloría Departamental, por concepto de cuotas de auditaje el dos por ciento (2%) del total de sus presupuestos". En el artículo segundo dijo que para efectos del artículo anterior, se denominan descentralizadas las siguientes: "*Lotería de Risaralda, Caseris, Fondo Rotatorio de Valorización, Instituto Departamental de Tránsito y Transporte*; así como las que en el futuro sean creadas y que la Contraloría Departamental deba auditar". Y en el artículo tercero prescribió que, "Tanto el departamento como sus entidades descentralizadas de no haber presupuestado transferencia en base al dos por ciento (2%); deberán hacer los ajustes y traslados correspondientes, a fin de dar correcto cumplimiento a la presente ordenanza".

Planteadas así las cosas, es cierto, protuberante y de indiscutible realce dentro del informativo, el hecho de que la ordenanza acusada con la censura de ilegalidad, vulnera notoriamente el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, tal como lo destacó el Tribunal de Risaralda en la providencia apelada, pues es de toda evidencia que la exigencia de ella quedaba satisfecha y cumplida con el 2% del presupuesto departamental, sin computar aportes de entes autónomos en el manejo de sus presupuestos. Esto salta a la vista sin necesidad de adentrarse en apreciaciones complejas en torno de la situación que plantea el demandante.

Por consiguiente, ante la notoria contradicción de la ordenanza impugnada con el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, se imponía de modo ineludible una declaratoria de suspensión provisional.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CONFIRMA la providencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 26 de enero de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El proveído anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 30 de marzo de 1984.

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

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

IMPUESTOS.— LICORES NACIONALES Y EXTRANJEROS.— MONOPOLIOS.—

1o. Si bien el artículo 1o. de la Ley 8a. de 1909, cedió a los departamentos específicamente las ventas derivadas de "Licores Nacionales" en cambio el artículo 97 ordinal 36 del C.R.P. y M., no hizo esa distinción y de manera general facultó para monopolizar la (. . .) de licores destinados embriagantes "sin discriminar su origen nacional o extranjero".

2o. La facultad de monopolizar la comercialización de licores extranjeros conferida a los departamentos, cumple objetivos de orden

público en defensa de la seguridad y la salubridad colectivas con una doble funcionalidad: asegurar el control de calidad y desestimar el consumo por el aumento de precios.

3o. Dentro de los criterios que en la legislación colombiana han inspirado la facultad de los departamentos para monopolizar el comercio de los licores extranjeros ésta puede ejercerse, tanto sobre licores procedentes de países signatarios del Pacto Andino como de los licores procedentes de cualquier otro país, sin que en modo alguno se afecten las disposiciones contenidas en el Acuerdo Subregional Andino, aprobado por la Ley 8a. de 1973.

Declárase la nulidad de la palabra "importados" empleada por el artículo 1o. de la Ordenanza número 29 de noviembre 29 de 1977, dictada por la Asamblea Departamental de Antioquia y en su lugar debe considerarse como empleada la palabra "introducirlos".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., abril trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**

Referencia: Expediente No. 7806.
Actor: **Miguel González Rodríguez.**
Apelación sentencia de noviembre 28 de 1980. Tribunal de Antioquia. Nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., y 9o. de la Ordenanza No. 29 de 1977 de la Asamblea Departamental de Antioquia.
Autoridades Departamentales.

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia del 28 de noviembre de 1980 declaró la nulidad de los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., 7o., 9o. y 10 de la Ordenanza No. 29 de noviembre 29 de 1977 dictada por la Asamblea Departamental de Antioquia y por medio de la cual se intentaba "reglamentar" el monopolio de licores extranjeros.

El demandante interpuso recurso de apelación contra dicha providencia en cuanto no accedió a declarar la nulidad del artículo 1o. de la misma ordenanza que textualmente dice:

"Artículo 1o. El monopolio sobre los licores extranjeros que consisten en el privilegio de importarlos, conducirlos, conservarlos, y expenderlos, establecido por el artículo 1o. de la Ordenanza No. 6 de 1929, continúa siendo departamental. Por tanto, sólo el departamento podrá importarlos, conducirlos, conservarlos y expenderlos.

"Parágrafo. La importación de cervezas y vinos así como su distribución y expendio se regirán por las normas vigentes en la actualidad".

Como la apelación se halla circunscrita a este punto, la competencia para conocer del negocio está limitada a conocer las razones de hecho y de derecho que tuvo el Tribunal para negar la nulidad del mencionado artículo 1o.

El Tribunal en su providencia fundamentó su decisión al respecto en la siguiente forma:

"Se desprende como conclusión de todo lo anterior, que al demandante le asiste toda la razón en sus pedimentos, a excepción de los planteamientos expuestos con el fin de

obtener la nulidad del artículo 1o. de la Ordenanza *sub-júdice*, por cuanto como bien lo dice el Honorable Consejo de Estado: 'En cambio el artículo 1o. de la misma Ordenanza, que no hace cosa distinta que ratificar el alcance y la razón de ser del monopolio con relación a los licores extranjeros, como facultad que puede ejercitar el departamento, no contiene violación ninguna de las normas sino que por el contrario define y puntualiza el espíritu de las mismas'."

Por su parte el apelante considera que el monopolio de introducción y venta de licores extranjeros lo conserva la Nación y no los departamentos y que dicho monopolio no opera en frente de las disposiciones contenidas en la Ley 8a. de 1973 que incorporó a la legislación colombiana las normas convenidas en el Acuerdo Subregional Andino y al efecto se expresó así:

"*El monopolio de licores extranjeros.* Por el artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 41 de 1905, ratificado como norma permanente de la República por medio de la Ley 15 de 1905, se estableció el monopolio estatal de licores, tanto nacionales como extranjeros, al disponerse en desarrollo de la norma constitucional vigente en ese entonces (hoy artículo 31 de la Carta Política): 'La renta de licores consiste en el monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, y comprende. . . b) el brandy o cogñac, whisky, el champagne, pousse-cafés, chartreusse, cremas, curazao, cireh y sus similares, y el extracto de cogñac y los espíritus concentrados para la fabricación de licores antes dichos'."

"Ese monopolio estatal de la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, o sea, la denominada Renta de Licores, en cuanto hace relación a los licores de producción nacional, no en lo que respecta a licores extranjeros, fue cedido a los departamentos del país al disponerse por la Ley 8a. de 1909, lo siguiente:

"*Artículo 1o.* Serán en lo sucesivo rentas departamentales además de las que lo eran antes de la expedición de la Ley 1a. de 1908 y que no están cedidas a los municipios, *las de licores nacionales*. . . (subrayo).

"*Artículo 6o.* Los departamentos quedan subrogados a la Nación en todos los derechos y obligaciones provenientes de los contratos de arrendamiento que estén vigentes en relación con dichas rentas.

"Conforme a la norma transcrita que cedió a los departamentos tan solo el *monopolio de producción, introducción y venta de licores nacionales*, el Congreso Nacional mediante la Ley 4a. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), radicó en su artículo 97, numeral 36, en las Asambleas de los departamentos, la facultad de 'Monopolizar' en beneficio de su Tesoro, y de *conformidad con la ley*, la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, o gravar esas industrias en la forma que lo determine la ley, si no conviene el monopolio" (subrayo).

"Es decir, de un lado, que la facultad de monopolizar los licores destilados embriagantes nacionales se radicó, única y exclusivamente, en las Asambleas Departamentales y de otro, ellas tenían la alternativa de monopolizar la producción, introducción y venta de licores, si estaban en condiciones de hacerlo estableciendo sus propias fábricas de bebidas embriagantes, o por el contrario, gravando esas industrias existentes en el momento de implantación del monopolio, si este no convenía o no estaban en condiciones los fiscos departamentales de establecer su propia empresa licorera.

"Inicialmente, algunos departamentos del país establecieron el monopolio de los licores nacionales, mediante la creación de sus propias fábricas de licores encargadas de producirlos; otros, que no estaban en condiciones económicas o técnicas de montar sus

factorías de licores, permitieron la producción de licores por particulares, gravando la actividad conforme a la Ley 4a. de 1913 y otros, adquirían los licores en fábricas oficiales de otros departamentos del país. Empero, vino la Ley 88 de 1928, que estableció:

"*Artículo 2o.* En la administración de la renta de licores por los departamentos, éstos deberán producir tales licores directamente en fábricas oficiales o adquirirlos de las fábricas oficiales de otros departamentos.

"Entonces, tenemos, que a pártir de la vigencia de esta Ley 88 de 1928, ya los departamentos del país tenían que ejercer directamente el monopolio, produciendo, distribuyendo y vendiendo sus propios licores, y en manera alguna, podían permitir que particulares siguieran produciendo bebidas embriagantes, previo el pago de un gavamen, tributo o regalía conforme a lo que establecieran las asambleas. Y si no podían establecer su propia empresa de licores, no les quedaba otra alternativa —que es la que han utilizado los departamentos recién creados mientras se colocan en situación de establecer su propia factoría— que adquirir los licores en fábricas oficiales de otros departamentos.

"En otras palabras, se puede decir que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 88 de 1928, quedó derogado el inciso 2o. del numeral 36 del artículo 97 del C. de R. P. y M., en cuanto expresa: 'o gravar esas industrias en la forma que lo determine la ley, si no conviene el monopolio', pues, como se ha dicho, los departamentos a través de sus fábricas de licores producen las bebidas embriagantes, o adquieren los licores producidos en fábricas oficiales de otros departamentos.

"Se explica así la aseveración que se hizo por el Honorable Consejo de Estado en el auto de suspensión provisional de febrero 7 de 1980, de que el monopolio no puede ser ejercido por los particulares o cedido a estos.

"Por el contrario, *en cuanto hace relación al monopolio de la introducción y venta de licores extranjeros, ese privilegio lo conserva la Nación, pues no lo ha cedido o dado, por disposición legal alguna, a los departamentos del país.* Ha sucedido con ellos, que como la Nación no ha considerado que debe ser productor o fabricante de bebidas embriagantes, a diferencia de los departamentos, ha ganado la actividad mercantil de introducirlos y darlos al expendio con el denominado 'impuesto de consumo de licores extranjeros'.

"Y es así como ha expedido una serie de disposiciones, entre las cuales merecen citarse la Ley 88 de 1928, en cuanto por su artículo 4o. estableció que los impuestos de consumo serían nacionales desde su sanción; en cuanto por su artículo 5o. cede a los departamentos del país el cincuenta por ciento del producto bruto del impuesto de consumo de licores extranjeros; y en cuanto fija en su artículo 17 los impuestos de consumo que se podrían cobrar en esa época por los departamentos; y el Decreto Legislativo No. 131 de abril 30 de 1958 (adoptado como norma permanente de la República por la Ley 141 de 1961, declarada exequible por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 3 de 1971, G. J. CXXXVIII, Nos. 2340, 2341 y 2342, páginas 33 a 39), por cuyo artículo primero se cede en su totalidad a los departamentos el producto del impuesto de consumo de licores extranjeros —no el monopolio o privilegio—, y se señalan las tarifas que se pueden cobrar a los diferentes licores extranjeros, conforme al volumen o tamaño de los envases.

"Téngase, por otra parte, muy en cuenta que cuando se controvirtió ante la Honorable Corte Suprema de Justicia la constitucionalidad de la Ley 141 de 1961, por considerar los departamentos del país que el Congreso, por medio de la ley, estaba invadiendo

zonas de competencia reservadas a las Asambleas Departamentales, dizque porque la renta o monopolio de licores tanto nacionales como extranjeros, por mandato de la Carta política de 1886, era un bien de los departamentos del país, claramente se dijo por la más alta corporación encargada del control constitucional que eso no era cierto (sentencia de febrero 3 de 1971, atrás citadas): que los monopolios los consagra la ley, y solamente ella, al igual que los impuestos de consumo sobre licores, la cual puede ser modificada, reformada o derogada por el propio Congreso.

"En síntesis, que en materia de licores extranjeros el monopolio como arbitrio rentístico, como lo ordena la Constitución Nacional en su artículo 31, y no como privilegio de solo poder producirlos la Nación —pues dejarían de ser licores extranjeros para convertirse en licores de producción nacional—, no ha sido cedido por la Nación a los departamentos del país por ley alguna; estableció como arbitrio rentístico, repito, un impuesto de consumo sobre ellos que inicialmente percibió directamente; que posteriormente cedió en un 50% a los departamentos del país como contribución a la lucha antialcohólica, para finalmente, cederlos en su totalidad, pero reservándose el legislador la facultad de fijar la cuantía del impuesto. Diferente ha sido, repito, la situación de los licores nacionales: el monopolio de la producción y comercialización de ellos fue dado a los departamentos desde la expedición de la Ley 8a. de 1909.

"Y no se diga que por el artículo 97, numeral 36 del C. de R. P. y M., se otorgó también la posibilidad de monopolizar los licores extranjeros, en cuanto hace relación a su comercialización (introducción y venta) en el territorio del respectivo departamento, porque es lo cierto, desde un punto de vista, que la norma no indica esa cesión del monopolio de licores extranjeros, sino simplemente radica en las Asambleas Departamentales la facultad, poder o competencia para implantar el monopolio de bebidas embriagantes, bebidas embriagantes que no son otras que las de producción nacional puesto que es para las cuales existía norma en ese momento que indicara que el monopolio pertenecía a los departamentos; no existía, ni existe aún, repito, norma que disponga la cesión del monopolio de licores extranjeros, aun cuando la Nación les haya cedido a los departamentos —años después— la totalidad de las rentas provenientes de los denominados impuestos de consumo, y como no existía esa norma de cesión del monopolio de licores extranjeros, mal podía dársele a las Asambleas Departamentales facultad alguna de implantar el monopolio de ellos; porque, de otro lado, si la facultad de las Asambleas para establecer el monopolio de licores, comprendiera a los licores extranjeros, no se habría hablado de producción, pues es lógico que si se importan de otras naciones, no hay producción nacional; y, finalmente desde otro punto de vista, porque si fuera cierto que se cedió el monopolio tanto de licores nacionales como de los extranjeros a los departamentos, sería ilógico, no se comprendería, que la Nación hubiera seguido, durante muchos años, expidiendo normas contemplando o estableciendo el impuesto de consumo que se debe pagar por la introducción y venta de licores extranjeros, especialmente si se tiene en cuenta que el producido de dicho impuesto, desde el año de 1958 con la expedición del Decreto 131, va a los mismos fiscos departamentales.

"Todo lo anteriormente expuesto, nos debe llevar a la conclusión ineluctable de que el monopolio o privilegio de la introducción y venta de licores extranjeros, no ha sido cedido por norma alguna a los departamentos del país; que el poder central, a través del Congreso de la República, conserva la facultad o competencia para legislar sobre ese privilegio y establecer la forma como se ejerce o desarrolla el monopolio, como efectivamente lo ha hecho con el establecimiento de los impuestos de consumo de licores extranjeros, la fijación de sus cuantías y la cesión del producido total a los fiscos departamentales; y, que finalmente, los departamentos solo tienen el monopolio de la producción, distribución y venta de licores nacionales.

"En tales condiciones, el artículo 1o. de la Ordenanza acusada en cuanto establece que es del departamento de Antioquia el monopolio de licores extranjeros es abiertamente inconstitucional e ilegal.

"*El supuesto monopolio de licores extranjeros frente a las normas contenidas en el Acuerdo Subregional Andino, aprobado por la Ley 8a. de 1973.* Pero pensemos que en este proceso, pudiera citarse y presentarse alguna norma proveniente del Congreso de la República de Colombia, que expresa y claramente establezca la cesión del monopolio de la comercialización de los licores extranjeros en favor de los departamentos del país, o que aceptemos, en gracia de discusión, la existencia de ese monopolio en los fiscos departamentales. La situación se mantendría inalterable, no obstante la expedición por el Congreso de Colombia de la Ley 8a. de 1973, aprobatoria del Acuerdo Subregional Andino suscrito en Cartagena por los plenipotenciarios de los gobiernos de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile que después se retiró, y por Venezuela que después adhirió a él".

Si tenemos presente, como lo debemos tener, que el objetivo claro y fundamental del denominado Acuerdo Subregional Andino —como el de todo mercado común—, es el de "promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, *acelerar su crecimiento mediante la integración económica*" (artículos 1o. y 2o. del Pacto), para alcanzar lo cual se están empleando, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes. . . c) *Un programa de liberación del intercambio* que tiene por objeto eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro, (artículo 41), *programa que será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, para llegar a su liberación total a más tardar el 31 de diciembre de 1980* (artículo 45), se comprenderá fácilmente que para que el acuerdo funcione, es indispensable que no existe posibilidad alguna de monopolios en la producción, distribución y venta de artículo alguno, ni en cuanto hace relación a la Nación que libremente suscribió el acuerdo, en especial Colombia que fue el propulsor de él, ni en este territorio de carácter local.

"Pero es que, además, debe pensarse que, en materia de licores, el acuerdo de Cartagena sería inoperante para los poductores de licores en Ecuador, Venezuela, Perú y Bolivia de tener los departamentos de la República de Colombia el monopolio de los licores, tanto nacionales como extranjeros, pues es apenas lógico que siendo los departamentos colombianos productores y comerciantes de licores, no estarían interesados en permitir el ingreso al territorio de sus respectivas circunscripciones de licores producidos en aquellos países, en razón de la competencia que ello implica y que no es ilegal por ser uno de los objetos u objetivos de la Ley 8a. de 1973, aprobatoria del Acuerdo Andino.

"De modo que, aceptando en gracia de discusión que en un momento dado existió en los departamentos del país, tanto el monopolio de producción y comercialización de licores nacionales, como el de la comercialización de licores extranjeros, tendríamos que llegar a la indubitable conclusión de que, al suscribirse el Acuerdo Subregional Andino y aprobarse por la Ley 8a. de 1973, desapareció ese monopolio de la comercialización de licores extranjeros, sin que por ello, los departamentos puedan alegar derecho alguno, ya que, como tuvo oportunidad de expresarlo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 3 de febrero de 1971, en la cual decidió sobre la inconstitucionalidad del Decreto 131 de 1958, la decisión sobre la implantación o eliminación de un monopolio está reservada a la competencia exclusiva del legislador, es decir, que es el Congreso de la República quien decide sobre su existencia o eliminación.

"Ahora bien, la posición de las autoridades del departamento de Antioquia de evitar a todo trance el ingreso de los licores extranjeros procedentes de los países miembros del Pacto Andino, especialmente del Ecuador de donde provienen algunos anisados, es mucho más incomprensible si se tiene en cuenta que a la República de Ecuador, están ingresando sin restricción de ninguna naturaleza —sin 'restricciones de todo orden' como lo expresa el quebrantado artículo 42 del Acuerdo Subregional—, los licores producidos por las licoreras de los departamentos colombianos, en especial los elaborados por las empresas de licores de Antioquia y Boyacá.

"Por esta razón, el Ministerio de Industrias, Comercio e Integración de la República del Ecuador se ha quejado ante Comisión del Acuerdo de Cartagena, con sede en Lima, y ante el señor Superintendente de Comercio Exterior —INCOMEX— de la República de Colombia, expresando o dando este funcionario colombiano las seguridades de que se tomarán y se están tomando las medidas jurídicas pertinentes para que los departamentos de la República de Colombia, no sigan entorpeciendo el legítimo derecho de los productores de licores del Ecuador de traer a este país sus productos, como los de las licoreras de los departamentos colombianos son llevados a la República del Ecuador. Sin embargo, lo cierto es que las autoridades departamentales no siguen las instrucciones y consejos de las autoridades nacionales de Colombia y, en ejercicio de su supuesta facultad constitucional y legal como entes políticos descentralizados, siguen produciendo actos administrativos, como el acusado, que entraba, dificultan e impiden el libre ingreso de los licores ecuatorianos, concretamente, teniendo los importadores que estar produciendo un sinnúmero de demandas ante los Tribunales administrativos seccionales y el Consejo de Estado, como la que ahora nos ocupa, por lo cual considero que ya es hora de que el Honorable Consejo de Estado, a través de su Sala falladora, siente una posición jurídica definitiva sobre los alcances del Acuerdo Subregional Andino, en materia de licores, frente a la pretendida existencia del monopolio de licores extranjeros en cabeza de los departamentos del país, mientras el Gobierno nos presenta la ley que, según el Director del INCOMEX, se va a presentar al Congreso, o se ha presentado, para la solución definitiva de este problema creado torticeramente por los departamentos colombianos como medio de evitarle la competencia a sus licores, en la mayoría de los casos, de baja calidad.

"Presento al Honorable Consejo de Estado fotocopias de las comunicaciones cruzadas entre el Ministerio de Industria, Comercio e Integración de la República del Ecuador y el INCOMEX de Colombia.

"En síntesis, que no existe el pretendido monopolio de introducción y venta de licores extranjeros —por lo menos en cuanto hace relación a licores procedentes de los países signatarios del Pacto Andino—, y como la medida administrativa de la Asamblea de Antioquia constituye una restricción de todo orden, mediante la cual se impide o dificulta las importaciones ecuatorianas, peruanas, bolivianas, etc., por decisión unilateral tomada, no por el Gobierno Nacional, sino por quien menos lo puede hacer, por una autoridad local, con lo cual se quebranta el artículo 42 del acuerdo, en el menor de los casos, debe declararse la nulidad del artículo 1o. de la ordenanza impugnada en cuanto no excluye de la monopolización —suponiendo que existe— a los licores producidos y procedentes de los países miembros del Acuerdo Subregional Andino.

"Ahora bien, en cuanto a la prevalencia o supremacía de los tratados internacionales celebrados por el Gobierno Nacional y aprobados por el Congreso de la República, aun respecto a la propia normatividad interna, se ha dicho por el propio Consejo de Estado en sentencia de noviembre 17 de 1978, Sección Primera, ponencia del Consejero Alfonso Arango Henao, expediente 2742, lo siguiente: "En principio, el Acuerdo de Cartagena y las decisiones que se han adoptado en su desarrollo y *que se han incorporado a la legislación interna de los países miembros, no son disposiciones transitorias*;

así como la eventualidad de una ulterior derogación de la ley no afecta su naturaleza de permanente o su vigencia indefinida en el tiempo, de la misma manera, la eventual terminación del pacto o acuerdo, tampoco le imprime a sus disposiciones un carácter transitorio. Por lo demás es evidente *que al producirse la incorporación al derecho interno de las normas de la decisión 24*, mediante la expedición de un decreto-ley, dictado en ejercicio de facultades extraordinarias, *ellas hacen parte integral de nuestro derecho positivo interno, con todos los efectos que la Constitución le atribuye a este tipo de decretos*, sin excluir los relativos a su vigencia indefinida, hasta cuando sean derogados o modificados por ley posterior".

Tramitado el proceso en esta segunda instancia sin que se observe irregularidad alguna que pueda generar nulidad en la actuación y después de oído el concepto de la señora Fiscal Sexta del Consejo de Estado se procede a decidir en la siguiente forma: la Fiscalía Sexta del Consejo de Estado, en ese entonces desempeñada por la doctora Susana Montes de Echeverri en un ponderado estudio sobre el punto sometido a decisión pide la confirmación del fallo de primera instancia con fundamento en el siguiente raciocinio:

"Y, encuentro adecuado, también, el fallo del *a-quo*, en cuanto negó la declaratoria de nulidad del artículo 1o. de la Ordenanza 29 de 1977, porque considero que los departamentos conservan la facultad de monopolizar no solo la industrialización y comercialización de los licores nacionales, sino, también, la comercialización de los extranjeros.

"Cierto sí es, como lo advierte el actor, que la Ley 8 de abril 7 de 1909 (por que existe la Ley 8a. de septiembre 9 de 1909 de honores al doctor Sanclemente. Conf: Leyes 1909 página 18 y 38) cedió a los departamentos de manera específica las rentas procedentes de: 'Licores Nacionales. . . ', por lo cual, para entonces, no podían comprenderse también, las derivadas de los licores extranjeros, pero el ordinal 36 del artículo 97 del C. de R. P. y M., no mantuvo dicha distinción, sino que, de manera amplia y general, facultó a las Asambleas para disponer, en favor de sus respectivos departamentos, el monopolio de la producción, introducción y venta de 'licores destilados embriagantes'.

"Y es tan evidente que el legislador no pretendió distinguir, para efectos de dicho monopolio, entre los licores de producción nacional y los licores de producción extranjera que, al expedirse la Ley 88 se dejó precisado en el parágrafo del artículo 17 que:

"Lo dispuesto en este artículo sobre impuesto de consumo a los licores extranjeros, no excluye la autorización que tienen los departamentos para monopolizar la introducción de licores extranjeros, de conformidad con el decreto legislativo número 41 de 1905, aprobado por la Ley 15 del mismo año, y con el numeral 36 del artículo 97 de la Ley 4a. de 1913.

"Y es que, ciertamente, de mantenerse el criterio de interpretación del actor, en el sentido de que lo dispuesto en el ordinal 36, artículo 97 del C. de R. P. y M., tiene que entenderse en referencia a la Ley 8 de 1909, concluiríamos, entonces, paradójicamente sosteniendo que las entidades seccionales sí pueden arrendar o ceder a particulares un monopolio de que gocen, pues dicha hipótesis fue de corriente aplicación y en el inciso 2o. artículo 4o. de la ley mencionada se hizo referencia a ella: 'En los *departamentos*, provincias o municipios en donde el monopolio de licores nacionales esté arrendado. . .'.

"Considero, en conclusión, que si bien el artículo 1o. de la Ley 8 de 1909 cedió a los departamentos específicamente las rentas derivadas de 'Licores Nacionales' en cambio

el artículo 97 ordinal 36 del C. de R. P. y M., no hizo esa distinción y de manera general facultó para 'monopolizar la (. . .) de licores destilados embriagantes' sin discriminar su origen, nacional o extranjero. Apenas obvio es que, en tratándose de licores extranjeros no puede concebirse el monopolio de su producción. Y estimo que ha sido tan inequívoco el propósito del legislador de autorizar a los departamentos el monopolio de la introducción y venta de licores extranjeros que consideró útil reiterar dicha facultad en el parágrafo transcrito de la Ley 88 de 1928.

"3.2. Ahora bien: este despacho, en discrepancia con el Honorable Consejo de Estado, y con el *a-quo* que acogió lo expuesto por esa Corporación en el auto que resolvió en segunda instancia sobre suspensión provisional, considera que el monopolio para la comercialización de licores extranjeros pueden ejercerlo los departamentos, tanto sobre los procedentes de países signatarios del Acuerdo Subregional Andino, como sobre los procedentes de cualquiera otro país.

"Lo anterior porque:

"a) En nuestro criterio, dicho monopolio no ha sido concebido en nuestra legislación, como simple arbitrio rentístico para los departamentos, sino ante todo, desde la expedición de las Leyes 88 de 1923 y 88 de 1928, como un instrumento para proteger la seguridad y la moralidad públicas. Así el artículo 2o. de la Ley 88 de 1923, inequívocamente dispuso:

"La renta de licores será administrada directamente por los departamentos, *a fin de que estos puedan hacer efectivas las restricciones sobre la producción y consumo de licores y bebidas fermentadas, en beneficio de la moralidad y la salubridad públicas.*

"Con la expedición de la Ley 88 de 1928 el impuesto especial al consumo de licores extranjeros pasó a ser del orden nacional, pero, como se sostuvo en 3.1. los departamentos conservaron la opción de disponer el monopolio de su comercialización. Y en todo caso, la finalidad siguió siendo la misma: desestimular el consumo y controlar la calidad, en defensa de la moralidad y la salubridad públicas. Por ello, tanto la Ley 88 de 1923 como la 88 de 1928 se expidieron bajo el epígrafe de:

"Lucha antialcohólica.

"Es claro, entonces, que más allá de su significación fiscal, la facultad de monopolizar la comercialización de licores extranjeros conferida a los departamentos, cumple objetivos de orden público en defensa de la seguridad y la salubridad colectivas, con una doble funcionalidad: asegurar el control de calidad y desestimar el consumo por el aumento de precios.

"Resulta, entonces que, el 'programa de liberación' previsto en el Capítulo V (artículos 41 a 60) del Acuerdo Subregional Andino, aprobado por la Ley 8a. de 1973, no cobija, en nuestro criterio, tales productos respecto de los cuales existen restricciones, controles y monopolios, inspirados en nuestra legislación en motivos de orden público y no simplemente rentísticos o fiscales.

"Es cierto que el artículo 41 de dicho acuerdo prevé que:

"El programa de liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importanción de productos originarios del territorio de cualquier país miembro.

"Pero basta conocer el contenido del artículo 42 (inciso 2o.) para encontrar que si bien la expresión 'restricciones de todo orden' se refiere a:

"Cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral.

"También es cierto que:

"No quedarán comprendidas en este concepto las situaciones previstas por el artículo 53 del Tratado de Montevideo.

"Y, precisamente, el mencionado artículo 53 del Tratado de Montevideo (autorizado por la Ley 88 de 1961), prevé que:

"Ninguna disposición del presente tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

"a) Protección de la moralidad pública:

"(. . .)

"d) Protección de la vida y la salud de las personas. . .

"B) Aun prescindiendo de lo anterior, es necesario advertir que el 'Programa de liberación' a que se refiere el Acuerdo Subregional Andino tiende a eliminar gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de los países miembros, pero ello significa, simplemente, crear las condiciones para un trato igualitario con los productos colombianos, y de ninguna manera, el asegurar condiciones más favorables a los productos de dichos países.

"Por manera que los gravámenes y restricciones cuya eliminación se exige son aquellos que existirían para su condición de artículos extranjeros, y no, jamás, los que cabe aplicar también a los artículos nacionales.

"Así, resultaría absurdo que, a las disposiciones del Acuerdo aludido se les reconociera el alcance de impedir la aplicación de impuesto a las ventas a los productos originarios de los países signatarios del Pacto, mientras, en cambio, dicho impuesto se aplica a los productos nacionales, porque en ese distorsionado entendimiento no habría trato igualitario sino abiertamente preferencial para aquellos productos en detrimento de la economía nacional.

"De igual modo, sostener, por ejemplo, que a los licores de producción nacional cabe aplicar un impuesto especial al consumo, y que, el mismo impuesto con idéntica tarifa no puede aplicarse a los licores de producción extranjera (así procedan de países del Grupo Andino) es, verdaderamente, descabellado.

"Y, finalmente, para el caso en examen, argüir que la comercialización de los licores nacionales puede ser monopolizada por los departamentos pero que estos no pueden, en cambio, monopolizar la comercialización de los licores extranjeros, constituye, evidentemente, no un trato igualitario para estos productos sino una preferencia inadmisible que resultaría catastrófica para la producción nacional y que, envuelve, sin duda, una interpretación distorsionada del Acuerdo Subregional y de su ley aprobatoria.

Es apenas obvio que con dicho Acuerdo se pretenden eliminar los derechos aduaneros, recargos de igual efecto, y medidas administrativas, financieras y cambiarias dispuestas por un país miembro para dificultar las importaciones de otro país signatario, pero sería absurdo entender que envuelva, también, la obligación de eliminar para los productos extranjeros, los gravámenes y restricciones que pesan sobre los nacionales. Eso, obviamente, no es trato igualitario sino preferencial.

"Considero en síntesis, que, dentro de los criterios que en la legislación colombiana han inspirado la facultad de los departamentos para monopolizar el comercio de los licores extranjeros, ésta puede ejercerse, tanto sobre licores procedentes de países signatarios del Pacto Andino como de licores procedentes de cualquier otro país, sin que, en modo alguno, se afecten las disposiciones contenidas en el Acuerdo Subregional Andino, aprobado por la Ley 8a. de 1973".

La Sala encuentra ajustado a derecho el criterio consignado por la Fiscalía Sexta en el brillante estudio atrás transcrito, el cual además ha sido ratificado por la actual Ley 14 de 1983 por medio de sus artículos 61 y 63 al decir:

"Artículo 61. La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta ley.

"Artículo 63. En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos.

"Para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios establecidos en esta ley".

Sin embargo, cabe aclarar que en ningún momento el Consejo de Estado y mucho menos en el auto en el que se confirmó la suspensión provisional de las normas acusadas sostuvo que el monopolio para la comercialización de los licores extranjeros provenientes de los países signatarios del Acuerdo Subregional Andino no puede ser ejercido por los departamentos como lo da a entender la Fiscal en la parte inicial de su acápite 3.2 de su concepto.

Aun cuando el actor no fundamenta su alegato en el alcance gramatical de las palabras utilizadas en el artículo 1o. de la ordenanza acusada, la Sala observa que solo podría ser glosada la palabra empleada en el mencionado artículo cuando al definir el monopolio habla de: "importarlos" cuando todas las normas legales inclusive las de la Ley 14 de 1983 utiliza el término "introducción" en lugar de "importación".

En este sentido cabría modificar la sentencia apelada para declarar como nula la palabra "importarlos" empleada en el mencionado artículo para reemplazarla por la palabra "introducirlos" que es el término utilizado en todas las normas legales pertinentes.

En consencuencia, el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, en acuerdo con la opinión de la Fiscalía, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, pero se anula la palabra "importarlos" empleada por el artículo 1o. de la Ordenanza No. 29 de noviembre 29 de 1977 dictada por la Asamblea Departamental de Antioquia y en su lugar debe considerarse como empleada la palabra "introducirlos".

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 13 de abril de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado Torrado, secretario.

EMPLEADOS DEPARTAMENTALES.— NOMBRAMIENTO Y REMOCION.— El nombramiento y remoción libre de los empleados de los distintos servicios y oficinas departamentales que según el artículo 194 C. N. debe hacer el gobernador se refiere únicamente a los empleados de las dependencias de los distintos servicios y oficinas que están bajo la administración directa de la Gobernación pero jamás a los empleados de las entidades descentralizadas del departamento creados por las asambleas en ejercicio de la atribución que le confiere el ordinal 6o. del artículo 187 de la Constitución Nacional.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., abril treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**

Referencia: Expediente No. 4390.
Actor: **Ebert Díaz Serrano.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad legal por la parte impugnadora en el presente proceso contra la sentencia de 11 de mayo de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual se decretó la nulidad del literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 expedida por la asamblea del mencionado departamento y denegó las demás súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El señor Ebert Díaz Serrano, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, demandó del Tribunal Administrativo de la Guajira que

declarara la nulidad del literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 y del parágrafo del mismo artículo, así como también del artículo 3o. de la misma ordenanza.

Considera el demandante que las normas acusadas son violatorias de los artículos 194, ordinal 2o., de la Constitución Nacional; 127, ordinal 2o., de la Ley 4a. de 1913; 1o. y 2o. del Decreto 2235 de 1971, y 3o. del Decreto 604 de 1933.

Afirma en relación con el literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 que él viola las normas constitucionales citadas que le dan atribuciones a los gobernadores departamentales de dirigir la administración del respectivo departamento, porque en las normas cuestionadas se le dio facultad a la Junta Directiva de la Beneficencia de la Lotería de la Guajira de nombrar el personal subalterno tanto administrativo como técnico de la misma.

Además sostiene que el mencionado literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 viola en igual forma los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2236 de 1971 porque las facultades que le da el artículo 1o. de dicho decreto "a los directores departamentales es la de nombrar y remover libremente a los empleados de los distintos servicios y oficinas departamentales"; así mismo se ha violado el artículo 2o. de este decreto porque él solo da a las juntas directivas mencionadas, funciones asesoras pero nunca funciones administrativas. Por ello el único que puede nombrar subalternos es el gerente y no la junta.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de la Guajira tomó la decisión de declarar la nulidad del literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 expedida por la Asamblea del mencionado departamento, único objeto del recurso de apelación, con fundamento en las siguientes razones, que se sintetizan:

"Comparte la Sala lo afirmado por el actor de que el acto acusado en su literal i) viola el artículo 194, ordinal 2o. de la Constitución Nacional y el artículo 127 de la Ley 4a. de 1913, ya que el señor gobernador del departamento le corresponde dirigir la administración departamental y dentro de esa dirección tiene la facultad expresa de nombrar y separar sus agentes, ésta misma facultad, la tienen sus agentes, respecto a los empleados que trabajen o laboren en sus dependencias, en el caso *sub-júdice*, el señor gerente de la Lotería de la Guajira como agente del señor gobernador en dicha dependencia, es quien tiene la facultad de nombrar y remover libremente los empleados de ella, ya que actúa en representación del señor gobernador quien tiene la facultad de dirigir la administración departamental y la respectiva junta directiva sólo tiene facultad asesora en administración. Luego transcribe los apartes de una sentencia del Consejo de Estado sin señalar su fecha.

Más adelante agrega el *a-quo*:

"En estas circunstancias, y de acuerdo a lo anteriormente manifestado, la Sala considera que el literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981, es violatorio de normas superiores de derecho como lo son los artículos 194, ordinal 2o. de la Constitución Nacional, por ende el artículo 127 ordinal 2o. de la Ley 4a. de 1913 y del Decreto 2235 de 1971, ya que está plenamente demostrado que la facultad nominadora de la Lotería de la Guajira la posee el señor gerente como agentes (sic) que es del señor gobernador en ese organismo y no la Junta Directiva que es administradora; pero también estima la Sala que el parágrafo de ese mismo

artículo no es violatorio de norma superior ya que dentro de él se está reservando a la Junta Directiva de la Lotería de la Beneficencia de la Guajira su facultad administradora y le pone freno a las delegaciones que ésta pudiese hacer (sic) y la obliga, a ejercer sus funciones de administradora".

III. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor fiscal primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita que se revoque el fallo recurrido en cuanto declaró la nulidad del literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 y en su lugar se deniegue también esa pretensión de la demanda. Apoya su pedimento al señor Agente del Ministerio Público diciendo que "no se compadece en este punto la sentencia con las normas que se dicen violadas, habida consideración a que el literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 cuya nulidad se declaró está en directa relación con el artículo 1o. de la misma y porque él no está infringiendo ninguna norma de las invocadas".

De otro lado dice el señor fiscal que en el fallo recurrido se confunde lo que es y representa una junta directiva de un establecimiento público, como son las loterías, con una junta asesora o comisiones patrióticas como las denomina el C. de R. P. y M. de que trata el artículo 331 de éste y el artículo 2o. del Decreto 2235 de 1971.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiendo llegado el momento procesal de proferir fallo y no observándose causal alguna que invalide lo actuado en el presente proceso, se entra a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

Habiendo interpuesto el recurso de apelación únicamente la parte impugnadora de la acción, la Sala debe contraerse en su estudio a la nulidad decretada por el *a-quo* del literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981, que es del siguiente tenor:

"Son funciones de la junta directiva de la Lotería de Beneficencia de la Guajira: i) la junta directiva de la Beneficencia de la Lotería de la Guajira nombrará el personal subalterno tanto administrativo como técnico que laborará en dicha institución, pero tales nombramientos se harán en forma gradual y no masiva".

1o. Según el Tribunal *a-quo* la transcrita norma viola el ordinal 2o. del artículo 194 de la Constitución Nacional y, por ende, el artículo 127 de la Ley 4a. de 1913, porque el gobernador del departamento le corresponde dirigir la administración seccional y dentro de esa dirección tiene la facultad expresa de nombrar y separar sus agentes, facultad que se transmite al gerente de la Lotería de la Guajira por ser agente del gobernador.

La Sala no comparte el criterio jurídico expresado por el Tribunal *a-quo*, porque si bien el ordinal 2o. del artículo 194 de la Constitución Nacional le da al gobernador la atribución de "dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando sus agentes", no es menos cierto que por ser la Lotería de la Beneficencia de la Guajira un establecimiento público los empleados subalternos del mismo no son agentes del gobernador. Por consiguiente tampoco la norma cuestionada viola el artículo 127 de la Ley 4a. de 1913, que expresa en similar forma que son atribuciones de los gobernadores la de "dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando libremente a sus agentes" (ordinal 2o.).

2o. Tampoco viola el literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 lo dispuesto en los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2235 de 1971, porque ellos se refieren a

materias un poco distintas. En efecto, el artículo 1o. expresa que "la atribución que el artículo 127 de la Ley 4a. de 1913 otorga a los gobernadores, de "dirigir la acción administrativa' en los departamentos, consiste fundamentalmente en fijar los derroteros de la administración en todos sus aspectos para la eficaz prestación de los servicios a cargo de ésta y en dictar las medidas que aseguren el logro de sus fines tales como señalar la política y aprobar o autorizar los actos de las dependencias que operen con carácter industrial o comercial y nombrar y remover libremente los empleados de los distintos servicios y oficinas departamentales".

En sentencia de 9 de noviembre de 1972 el Consejo de Estado anuló la expresión "y aprobar o autorizar los actos de las dependencias que operen con carácter industrial o comercial".

El nombramiento y remoción libre de los empleados de los distintos servicios y oficinas departamentales que según la norma transcrita debe hacer el gobernador se refiere únicamente a los empleados de las dependencias de los distintos servicios y oficinas que están bajo la administración directa de la gobernación, pero jamás a los empleados de las entidades descentralizadas del departamento creadas por las asambleas en ejercicio de la atribución que le confiere el ordinal 6o. del artículo 187 de la Constitución Política.

El artículo 2o. del Decreto 2235 de 1971 expresa que "las juntas auxiliares de carácter departamental, de que trata el artículo 331 de la Ley 4a. de 1913, únicamente podrán ejercer funciones de asesoría y solo podrán servir como organismos consultores de la administración respectiva, de acuerdo a la reglamentación que dicten los gobernadores". Estas juntas auxiliares, según el citado artículo 331 del C. de R. P. y M., son las llamadas por dicha norma "juntas o comisiones patrióticas" y es bien claro que la junta directiva de la Lotería de la Beneficencia de la Guajira no es de esa clase sino que es una junta que dirige un establecimiento público. Pues dadas las facultades que se le confieren en la Ordenanza No. 10 de 1981 así debe presumirse legalmente por no haberse demostrado lo contrario en el presente proceso.

Lo expuesto es suficiente para concluir que debe revocarse la sentencia apelada en cuanto a la nulidad declarada por ella y que ha sido exclusivamente el objeto de controversia en el recurso de apelación.

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:

Revócase el ordinal 1o. de la sentencia proferida el 11 de mayo de 1983 por el Tribunal Administrativo de la Guajira en cuanto declaró la nulidad del literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 emanada de la asamblea departamental de la Guajira y en su lugar se deniega esta súplica de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan 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 trece de abril de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES.— GASTOS.—

1o. La Ley 6a. de 1958 limitó los gastos totales de las Contralorías departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental, de donde claramente se deduce que tales partidas deben ser atendidas con los ingresos propios del respectivo departamento y que la disposición ordenanzal que ordene cosa distinta resulta inaplicable de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 215 de la Carta.

2o. No es posible admitir la afirmación de que 'un servicio público como el que ejercen las Contralorías Departamentales al efectuar el control fiscal de los entes descentralizados, que además es función asignada por la Carta, debe ser retribuido por quien es fiscalizado al tenor de lo que establece el artículo 10 de la Ley 151 de 1959, a falta de norma específica en tratándose de entes del orden departamental o municipal".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., junio quince (15) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**

Referencia: Expediente No. 4399.
Actor: **Luis Angel Martínez Sendoya.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad procesal por la parte impugnadora contra la sentencia de 23 de mayo de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del artículo 185 de la Ordenanza 016 de 1980 de la Asamblea Departamental del Tolima, en cuanto dice lo siguiente: "y entidades del orden departamental".

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Angel Martínez Sendoya, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la ley 167 de 1941, pidió al Tribunal Administrativo del Tolima que declarara la nulidad parcial del artículo 185 de la Ordenanza No. 16 de 1980 en la parte que ha quedado transcrita.

Según la demanda la norma acusada viola el artículo 187 de la Constitución Nacional en cuanto ésta prescribe que corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas:

"1o. Reglamentar, de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales la prestación de los servicios a cargo del departamento";

"8o. Organizar la Contraloría Departamental". . . pero la facultad que tienen las asambleas para reglamentar el servicio público del control fiscal y organizar el organismo que los ejerce debe ser en los términos previstos en la Constitución y en la ley. Se encuentra en plena vigencia el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, que dice que "las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrá exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del 2% de su respectivo presupuesto". Esta norma también es violada por el artículo 185 de la Ordenanza No. 16 de 1980, por cuanto allí se establece que debe incluirse necesariamente una partida que no puede ser inferior en ningún caso y por ningún motivo al 2% del monto total del

presupuesto de rentas, excluyendo los recursos del crédito, en los presupuestos de rentas y gastos del Departamento y entidades del orden departamental, con destino al funcionamiento autónomo de la Contraloría Departamental. Pues, la ley no tiene en cuenta para este porcentaje el presupuesto de rentas y gastos de las entidades del orden departamental.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal *a-quo* mediante la sentencia objeto del recurso de apelación accedió, como antes se dijo, a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de la expresión contenida en el artículo 185 de la Ordenanza No. 16 de 1980: "y entidades del orden departamental". Como fundamento de su decisión el Tribunal expresa lo siguiente:

"Luego el artículo transcrito al disponer que las entidades del orden departamental 'deberán incluir el 2% de su presupuesto total de rentas, con destino a la Contraloría', viola la Ley 6a. de 1958, porque ésta norma en parte alguna se refiere a las entidades departamentales, sino al 'respectivo presupuesto' del departamento mas no a los presupuestos de dichas entidades departamentales, separadamente.

"De conformidad con el artículo 185 de la Ordenanza, se ordena un recaudo más para engrosar el presupuesto de la Contraloría, que va a gravar el presupuesto de las entidades departamentales, sin que la ley lo haya ordenado".

Seguidamente el Tribunal transcribe apartes de la sentencia de 22 de agosto de 1972, con ponencia del doctor Jorge Dávila Hernández, en la cual se adopta la misma posición jurídica.

III. ALEGATO DEL APELANTE

El recurrente en el alegato de conclusión considera que debe revocarse la sentencia apelada por las siguientes razones:

"a) La creación de establecimientos públicos departamentales corresponde a las respectivas Asambleas Departamentales, por imperativo del artículo 187 —ordinal 6o.— de la Constitución Nacional y el artículo 57 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, que autorizan su creación 'conforme a las normas que determine la ley';

"b) Igualmente, corresponde al gobierno departamental ejercer funciones de inspección y vigilancia sobre los establecimientos públicos departamentales y, desde luego, esa vigilancia fiscal, la efectúa por conducto de las Contralorías Departamentales;

"c) Establecida así la vigilancia de los establecimientos públicos departamentales, corresponde a éstos voluntariamente contribuir con aportes a las Contralorías departamentales para el buen desarrollo fiscalizador que ésta debe ejercer sobre aquellos;

"d) Por tanto, lo que se pretendió con el Acto Administrativo acusado no era aumentar la tasa del 2% impuesta por la Ley 6a. —artículo 6o.— de 1958 para sostenimiento de las asambleas departamentales, sino con ello se quiso regularizar el monto de los aportes que voluntariamente a través de las costumbres esos establecimientos departamentales incluían en los respectivos presupuestos de rentas y gastos, con tal fin".

IV. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación al emitir su concepto de fondo en el presente negocio solicita a la Sala que revoque la sentencia apelada y en su lugar deseche las pretensiones del actor. Sustenta su petición con las siguientes razones, que se sintetizan:

"Si bien es cierto que la Ley 6a. de 1958 determinó una limitante del 2% para los gastos de las contralorías departamentales respecto del presupuesto del departamento, no es menos cierto que la Ley 151 de 1959, que trata sobre 'empresas y establecimientos públicos descentralizados', tiene aplicación para el caso en estudio, habida consideración de las premisas iniciales sobre extensión de las normas de la reforma administrativa de 1968, puesto que esta ley es posterior a la 6a. del año de 1958 y trata sobre entidades descentralizadas, que por no existir norma legal para las del orden departamental o municipal, debe dársele aplicación a la Ley 151 de 1959, que en su artículo 10 establece con toda claridad:

"Los gastos de fiscalización de las empresas y los establecimientos públicos descentralizados afectarán el presupuesto de las respectivas empresas, para lo cual se consignarán en la Tesorería General de la República las sumas apropiadas.

"El Gobierno, con base en estos nuevos recursos, adicionará las partidas correspondientes a contraloría".

"Considera este despacho que las normas últimamente aludidas y sobre todo la transcrita, tiene aplicación en cuanto a entes descentralizados se refiere, que en concordancia con lo expuesto sobre aplicabilidad por extensión, también en este se debe aplicar la Ley 151 de 1959, que no solo es posterior a la Ley 6a. de 1958, sino específicamente en cuanto a 'empresas y establecimientos públicos descentralizados'."

Afirma el señor agente del Ministerio Público que "en cuanto a que un servicio público como el que ejercen las contralorías departamentales al efectuar el control fiscal de los entes descentralizados, que además es función asignada por la Carta, debe ser retribuído por quien es fiscalizado al tenor de lo que establece el artículo 10 de la Ley 151 de 1959, a falta de norma específica en tratándose de entes del orden departamental o municipal. Es por ello que esta Fiscalía considera que la frase impugnada por el actor y cuya nulidad decretó el *a-quo*, está conforme con la normatividad vigente y fue expedida legítimamente por la Corporación Departamental que se estudia'.

Finalmente expresa el señor Fiscal de la Corporación lo siguiente:

"De conformidad con todo lo expuesto, se considera por este despacho, que así como el patrimonio de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del orden departamental, a partir de la creación de cada uno de ellos se convierte en autónomo, así como en cualquier momento la Asamblea Departamental puede suprimirlos y como es apenas obvio, dicho capital o patrimonio volverá al departamento: pues bien, ha de considerarse a imagen y semejanza, que en tratándose de presupuestos de las entidades descentralizadas, que no están incluídos en el del departamento por ser autónomos, podría en el evento comentado conformar un aservo mayor si de prestar dicho servicio se tratara, al desaparecer el ente descentralizado que antes lo realizaba y que por desaparecimiento volviera a ser prestado directamente por los órganos de la administración departamental, —a nivel central—, presupuesto tal que al ser aplicada la norma de la Ley 6a. de 1968, obviamente aumentaría en proporción a los incrementos de los servicios. Por ello, y además por lo establecido en la Ley 151 de 1959, la sentencia apelada, en concepto de este despacho, debe ser revocada y en su lugar, desecharse la pretensión del actor".

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por haberse cumplido el ritual procedimental propio de la segunda instancia y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a fallarlo previas las siguientes consideraciones:

1o. El inciso 2o. del artículo 84 del Acto Legislativo No. 1 de 1946, que vino a constituir el artículo 190 de orden de la codificación constitucional de aquel año, estableció que "la ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a asignaciones de los diputados, gastos del funcionamiento de las asambleas y de las contralorías departamentales".

"En ejercicio de la facultad anterior el Congreso expidió últimamente la Ley 6a. de 1958, por la cual se fija la fecha para la reunión de los Concejos Municipales, las asambleas departamentales, y se dictan otras disposiciones" cuyo artículo 6o. es del siguiente tenor:

"Las partidas anuales para gastos totales de las contralorías departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos.

"Quedan modificados los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Ley 47 de 1945; el primero (1o.) de la Ley 47 de 1946, y derogados los Decretos legislativos 1839 del 1o. de agosto de 1956; el 126 del 20 de enero de 1954 y los demás que sean contrarios a las disposiciones de esta ley".

Después se encuentra que el artículo 59 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 ratificó la norma sobre limitación de las apropiaciones de los departamentos destinadas a gastos de funcionamiento de las contralorías departamentales.

Dice el señor agente del Ministerio Público que dentro del límite del 2% del respectivo presupuesto departamental para gastos de las contralorías seccionales de que trata el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 no se encuentran cobijados los presupuestos de las entidades descentralizadas departamentales, las que también deben contribuir a los gastos de las Contralorías por aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 10 de la Ley 151 de 1959, según la cual "los gastos de fiscalización de las empresas y los establecimientos públicos descentralizados afectan el presupuesto de las respectivas empresas, para lo cual se consignarán en la Tesorería General de la República las sumas apropiadas" y que "el gobierno, con base en estos nuevos recursos, adicionará las partidas correspondientes a Contraloría".

No comparte la Sala el criterio expresado por el señor agente del Ministerio Público, en primer lugar, porque el artículo 2o. de la Ley 151 de 1959 alude específicamente, como otras de sus normas, a la Contraloría General de la República, la cual solo tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de las empresas y establecimientos públicos descentralizados del orden nacional y el de las intendencias y comisarías, por lo que el artículo 10 únicamente se refiere a dichas entidades descentralizadas, sin que pueda aplicarse, por lo mismo, a las entidades descentralizadas del orden departamental o municipal.

En segundo lugar debe tenerse en cuenta que la Ley 6a. de 1958 en su artículo 6o. establece una limitación a las partidas anuales que deben asignarse para los gastos *totales de las contralorías departamentales.* Esto es, que la limitación del 2% del respectivo presupuesto departamental no es para los gastos parciales que deba hacer el ente fiscalizador del departamento. Ello se debe, en opinión de la Sala, a que estas

contralorías tienen, conforme al artículo 190 de la Constitución Política, la función no solo de vigilar la gestión fiscal de los departamentos, dentro de la cual se encuentra la que corresponde a sus entidades descentralizadas, que no diferencia como sí lo hace para la Nación el artículo 60-2 de la Carta, sino también la de los municipios, que son entidades descentralizadas territoriales. Por consiguiente, si se acepta la tesis de que las entidades descentralizadas por servicio de los departamentos deben contribuir con partidas de su presupuesto a los gastos de funcionamiento de las contralorías seccionales, no habría razón valedera para decir que los municipios no estaban también obligados a contribuir con un porcentaje de su presupuesto para cubrir los gastos de funcionamiento de las contralorías departamentales que le ocasione el ejercicio de la función fiscalizadora en dichos entes territoriales y sus entidades descentralizadas. Por estas razones no es posible admitir la afirmación del señor agente del Ministerio Público de que "un servicio público como el que ejercen las contralorías departamentales al efectuar el control fiscal de los entes descentralizados, que además es función asignada por la Carta, debe ser retribuido por quien es fiscalizado al tenor de lo que establece el artículo 10 de la Ley 151 de 1959, a falta de norma específica en tratándose de entes del orden departamental o municipal".

Como bien lo anota el Tribunal *a-quo*, esta corporación ya ha tenido la oportunidad de interpretar el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 en sentencia de 22 de agosto de 1972, de la cual fue ponente el doctor Jorge Dávila Hernández. En ella se dijo lo siguiente:

"Organización de las Contralorías Departamentales. La facultad que le otorga el artículo 187-8 de la Constitución Nacional a las asambleas para organizar las contralorías departamentales debe ser ejercida dentro de las previsiones que el legislador ha establecido en esta materia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 150 (sic) de la Carta, que autoriza al legislador para limitar los gastos de tales organismos.

"La Ley 6a. de 1958 limitó los gastos totales de las contralorías departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental, de donde claramente se deduce que tales partidas deben ser atendidas con los ingresos propios del respectivo departamento y que la disposición ordenanzal que ordene cosa distinta resulta inaplicable de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 215 de la Carta.

Por las consideraciones que anteceden se concluye que debe confirmarse la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima por ajustarse a derecho.

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, en desacuerdo con su colaborador fiscal,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan 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 primero de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, no asistió, **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez.**

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DE ORDEN DEPARTAMENTAL

ESTUDIANTES.— CALIDAD.— ADQUISICION.— La calidad de estudiante se adquiere "mediante el acto voluntario de la matrícula inicial en un programa y se pierde por las causales que se señalen en los reglamentos de la respectiva institución expedidos con arreglo a las disposiciones del presente Decreto 80 de 1980. MATRICULA DE ESTUDIANTE (artículo 169 Decreto 80 de 1980. Concepto. ¿Que presume la matrícula? Derechos de matrícula. PERDIDA DE LA CALIDAD DE ESTUDIANTE.— Causas (artículo 170 del Decreto 80 de 1980. REGLAMENTOS ESTUDIANTILES.— Con relación a la vida estudiantil. REVOCACION DIRECTA.— Inaplicación. En los casos en que se extingue la relación estudiante, universidad, surgida por matrícula y conservada por su renovación, no entiende la Sala que tenga que recurrirse al procedimiento previsto en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 como particular o especial.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., abril seis (6) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Roberto Suárez Franco.**
Referencia: **4184.**
Demandante: **Esperanza Caicedo de Dávila.**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Segundo, que actuó ante el Tribunal Administrativo de Nariño, contra la sentencia de 7 de octubre de 1982, dictada por dicha Corporación, por la cual fue decidido en primera instancia el proceso de la referencia.

LOS ACTOS IMPUGNADOS:

Se acusa la Resolución No. 013 de 9 de septiembre de 1981, expedida por el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño, en ejercicio de sus atribuciones estatutarias y reglamentarias, por la cual le canceló a la señora Esperanza Caicedo de Dávila, matrícula como alumna del primer semestre de la citada Facultad.

Dicen los considerandos de la anterior providencia:

"Que la señora ESPERANZA CAICEDO DE DAVILA, está matriculada en I semestre de la Facultad de Derecho.

"Que la Resolución No. 064 de octubre 14 de 1975, emanada del Consejo Académico de la Facultad de Educación, en la parte resolutiva dice:

'Artículo 1o. Calificar como gravísima la falta cometida por la señora Esperanza Caicedo de Dávila, alumna regular de la Facultad de Educación:

'Artículo 2o. Disponer que pasen las diligencias al Honorable Consejo Directivo para lo de su competencia;

'Artículo 3o. Notificar personalmente esta providencia a la señora de Dávila, con la advertencia de que puede recurrir ante el Consejo Directivo dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación, en caso de no estar de acuerdo con la determinación'.

"Que el artículo 105 del Estatuto Estudiantil reza: 'En ningún caso se aceptará el reingreso del aspirante que durante su permanencia como alumno regular de la Universidad o con posterioridad a su retiro de ésta, haya incurrido en actos de indisciplina o mala conducta, al tenor de las normas estatutarias y reglamentarias".

Igualmente está acusado el Acuerdo No. 279 de 5 de noviembre de 1981, del Consejo Académico de la misma Universidad, expedido también en uso de sus atribuciones legales y estatutarias, que dispuso:

"Artículo 1o. Acoger el concepto emitido por el Decano de la Facultad de Derecho, en el sentido siguiente:

"1. La señora ESPERANZA CAICEDO DE DAVILA, no puede ingresar a la Facultad en este semestre, porque el cupo es intransferible e intransmisible.

"2. El cupo que existe para un profesional en la Facultad de Derecho, ya está cubierto.

"3. La señora ESPERANZA CAICEDO DE DAVILA no está inhabilitada para ingresar a la Universidad con el lleno de los requisitos reglamentarios.

"Artículo 2o. Facultad de Derecho y Vice-Rectoría Académica, anotarán lo de su cargo".

Los hechos de la demanda los presenta la actora, así:

"1. La señora Esperanza Caicedo de Dávila fue aceptada como alumna regular del primer semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, para el período comprendido entre los meses de agosto y diciembre de 1981.

"2. Con motivo de su aceptación por parte de la Universidad de Nariño como alumna de la Facultad de Derecho, la señora Caicedo de Dávila inició los estudios respectivos en dicho centro de educación superior, estudios que se vio obligada a suspender con motivo de la expedición del Acuerdo No. 279 de 5 de noviembre de 1981, proferido por el Consejo Académico de la Universidad mencionada.

"3. Mediante Resolución número 013 de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño, unilateralmente canceló la matrícula a la señora Caicedo de Dávila, como alumna del primer semestre de la Facultad de Derecho.

"4. Al ser notificada personalmente la señora Esperanza Caicedo de Dávila de la Resolución de que habla el hecho anterior interpuso contra ella el recurso de apelación.

"5. Surtidos los trámites reglamentarios ya en grado de apelación, el Consejo Académico de la Universidad de Nariño, reformó la resolución objeto de la alzada, expresando que la señora Caicedo de Dávila 'no pudo ingresar a la Facultad de Derecho en este semestre, porque el cupo es intransferible e instransmisible', tocando temas que no eran objeto del recurso;

"6. Como consecuencia de lo anterior, mi mandante perdió su calidad de alumna regular del primer semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño".

Como única disposición violada la demandante indica el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, cuyo concepto de la violación lo expresa de la siguiente manera:

"La aceptación por parte de la Universidad de Nariño de la matrícula de la señora Caicedo de Dávila, es sin duda alguna un acto administrativo de carácter individual. La jurisprudencia nacional desde tiempo atrás venía insistiendo en la tesis de que los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas individuales no podían ser revocados discrecionalmente por las autoridades respectivas. Dicha opinión fue elevada a la categoría de ley, con la expedición del Decreto 2733 de 1959, el cual, en su artículo 24 consagró que, 'cuando el acto administrativo haya 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'. El status consagrado en favor de mi mandante, es decir, el de reconocerla como alumna regular de la facultad de derecho de la Universidad de Nariño, no únicamente reúne los requisitos del denominado derecho adquirido consagrado en la Constitución Nacional de Colombia, sino que, por otra parte, no se encuentra en oposición manifiesta con la Carta ni con la ley, no perturba el interés público y menos causa agravio injustificado a persona alguna.

Así las cosas, la intangibilidad del acto se presenta como algo diáfano y si la Universidad de Nariño creyó que el mismo estaba en contradicción con alguna norma positiva de derecho, lo propio era, en ausencia del consentimiento de la titular para su revocatoria, acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero en ninguna forma tenía capacidad jurídica para revertir un acto suyo unilateralmente".

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* decidió el proceso en primera instancia por medio del fallo recurrido, que en su parte resolutiva dispone:

"PRIMERO. Se inhibe de declarar la nulidad de la Resolución No. 013 de 9 de septiembre de 1981, emanada del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, por sustracción de materia, por haber sido revocada por el Acuerdo No. 279 de 5 de noviembre de 1981, proferido por el Consejo Académico de la Universidad de Nariño.

"SEGUNDO. Declárase la nulidad del Acuerdo No. 279 de 5 de noviembre de 1981, dictado por el Consejo Académico de la Universidad de Nariño.

"TERCERO. Como consecuencia de la nulidad que se declara la Universidad de Nariño dará cumplimiento a la orden de matrícula impartida por el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, con la observancia del Reglamento Interno en la Facultad, en concordancia con el Decreto No. 080 de 22 de enero de 1980.

"CUARTO. Como del estudio del proceso se tiene conocimiento de la posible comisión de un delito, que debe investigarse de oficio, la Secretaría sacará fotocopia de lo conducente y remitirá lo actuado a LA AUTORIDAD competente para lo de su cargo.

"Previa ejecutoria se enviará copia para su cumplimiento al señor Rector de la Universidad de Nariño, y al Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma Universidad. Hecho, se archivará el proceso".

La parte motiva de la sentencia que se revisa en grado de apelación, se encuentra expuesta en cuatro consideraciones, así: la primera titulada "Diferencia entre la revocatoria directa y la cancelación de un acto administrativo de carácter académico"; la segunda, llamada "la situación jurídica de la demandante", la tercera, denominada "Antecedentes que motivaron la expedición de la Resolución No. 13 del 9 de septiembre

de 1981, por la cual se le canceló la matrícula a la demandante, señora Esperanza Caicedo de Dávila" y la cuarta, intitulada "Naturaleza del acto acusado". Estas consideraciones se sintetizan a continuación:

1. En la primera dice el Tribunal que los reglamentos que rigen en la Universidad de Nariño, especialmente el Estatuto General de la Universidad, el Reglamento Interno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y el Estatuto Estudiantil, que obran en los autos y que en lo pertinente transcribe, no consagran el recurso de revocación directa de un acto administrativo académico, razón por la cual para establecer la comentada diferencia se debe recurrir a los artículos 21 y 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación estima que en el caso de autos no se ha configurado el fenómeno jurídico de la revocación directa y le propone a la Sala que se revoque la sentencia de primer grado y que, en su lugar, se nieguen las peticiones de la demanda. Fundamenta su criterio en el siguiente razonamiento:

"Un acto de matrícula académica, además que ser simplemente un acto de ingreso a una entidad educativa pública, como en este caso, es un acto reglado a unos estatutos y reglamentos preestablecidos, cuya ubicación y lleno de las condiciones exigidas dan como resultado una autorización de ingreso simplemente.

"Pero existen unos estatutos académicos y disciplinarios que determinan hacia el futuro y permanentemente un condicionamiento tanto para la permanencia, como para la continuidad y culminación de un programa académico cuya aplicación permite ampliamente imponer sanciones, tanto académicas como disciplinarias a los estudiantes, siempre que se presenten circunstancias en ellos contempladas.

"Lo que de ninguna manera se puede pretender es que una matrícula, mero derecho al ingreso a una matrícula que, dicho sea de paso, no se probó plenamente en el proceso según lo corrobora el mismo fallo en el folio 236, hoja 12 de la providencia.

"De todos modos, los actos demandados son consecuentes de la aplicación de unos reglamentos con consideraciones posteriores y aisladas de las que pueden haber motivado el acto de matrícula que se pretende revocado directamente por la Universidad de Nariño.

"Sería tanto como si la licencia de un conductor no se pudiera suspender o cancelar, o si la licencia de un establecimiento público, o bar, o restaurante constituyan un derecho adquirido".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para decidir este asunto en la segunda instancia, en una u otra forma, es indispensable establecer si la señora Esperanza Caicedo de Dávila fue matriculada como alumna regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, en el semestre primero, comprendido entre los meses de agosto y diciembre de 1981.

Sobre este particular no existe duda, por cuanto en el texto mismo de la Resolución acusada y que aparece firmada por el Presidente y el Secretario de dicha Facultad se parte del supuesto inicial de la existencia de tal acto.

Hecha la anterior aclaración pasa la Sala a ocuparse de la anulación propuesta tal como fue formulada en la demanda. Como ya tuvo oportunidad de expresarse en otro aparte de esta misma providencia el único cargo formulado en la demanda se concreta a la violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, cuyo concepto se transcribe en otro aparte de esta misma providencia.

No se considera entonces necesario entrar a estudiar el aspecto relacionado con la naturaleza jurídica y los alcances de la matrícula académica por cuanto, como se dijo, ello se halla debidamente demostrado sin que se hubiese suscitado controversia sobre el particular.

Pero lo que sí se torna de imperioso análisis es, si en el caso sub-judice, el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 era aplicable a la situación contemplada en autos.

Dicha norma es del siguiente tenor:

"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".

Para llegar a una decisión sobre el particular es menester precisar los alcances de algunos antecedentes de carácter legal.

Conforme al artículo 168 del Decreto 80 de 1980 "el estudiante es la persona que posee matrícula vigente en cualquiera de las Instituciones del Sistema de Educación Superior para un programa Académico debidamente autorizado".

A renglón seguido, y en el artículo subsiguiente del mismo estatuto legal, se prevé que la calidad de estudiante se adquiere "mediante el acto voluntario de la matrícula inicial en un programa y se pierde por las causales que se señalen en los reglamentos de la respectiva institución expedidos con arreglo a las disposiciones del presente decreto".

Del texto de la norma citada se deduce que dos son los momentos mas trascendentales en la vida de todo estudiante, en cuanto a su permanencia en la Universidad: el de la adquisición de la calidad de estudiante por la matrícula y el de la pérdida de tal calidad.

Por la matrícula se adquiere la calidad de estudiante. Se trata de un acto voluntario de quien desea ingresar a la Universidad (artículo 169 Decreto 80 de 1980) que le da derecho a cursar "el programa de formación previsto para el respectivo período académico y deberá renovarse dentro de los plazos señalados por la institución". (Artículo 169 ibídem).

La matrícula presupone, a su vez, el cumplimiento de unos requisitos de orden académico y el lleno de unas exigencias de carácter económico. Con respecto a los primeros la ley exige el haber obtenido el puntaje mínimo en el respectivo examen de Estado, el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para las diferentes modalidades educativas, y, aquellos que se establezcan en los reglamentos de la respectiva institución. (Artículo 169 ibídem).

En cuanto a las exigencias de carácter económico el artículo 165 del Decreto 80 de 1980 establece que "se entiende por derechos de matrícula la contraprestación pecuniaria a cargo del estudiante por beneficiarse de los servicios y usar los recursos institucionales necesarios para cumplir un plan de estudios en un período académico".

Pero la calidad de estudiante, lograda por matrícula se pierde, de acuerdo al texto de la misma ley, por una de las causas que de manera precisa y concreta prevé la misma ley.

Al fin y al cabo por tratarse de cuestiones de orden docente o disciplinario, de ocurrencia diaria en las diversas Universidades del Estado que funcionan en el país, tenía que establecerse un sistema acorde con la naturaleza de tales instituciones y con la propia labor del servicio de la docencia que ellas se encargan de adelantar.

Esto explica el por qué de la redacción del artículo 170 del Decreto 80, según el cual, la calidad de estudiante se pierde por las siguientes causas:

"a) Cuando se haya completado el programa de formación previsto.

"b) Cuando no se haya hecho uso del derecho de renovación de la matrícula dentro de los plazos señalados en la institución.

"c) Cuando se haya perdido el derecho a permanecer en la institución por inasistencia o bajo rendimiento académico, de acuerdo con lo establecido en los respectivos reglamentos.

"d) Cuando se haya cancelado la matrícula por incumplimiento de las obligaciones contraídas.

"e) Cuando haya sido expulsado de la institución.

"f) Cuando por motivos de salud, previo el dictamen médico, la institución considere inconveniente su permanencia en la institución".

Pero es más, el mismo Decreto 80 tantas veces citado impone en su artículo 171 a las Instituciones de Educación Superior, la utilización de "expedir un reglamento estudiantil en el que se atiendan las normas del presente decreto y se desarrollen como mínimo los siguientes aspectos: requisito de inscripción, admisión y matrícula derechos y deberes, distinciones, incentivos y régimen disciplinario y aspectos relativos a los estudiantes".

"El estudiante tiene derecho a acogerse, en casos de sanción a un reglamento estudiantil previamente expedido y a ser oído en descargos".

En el caso de autos se allega un ejemplar correspondiente al reglamento o estatuto estudiantil expedido mediante acuerdo 008 de 7 de junio de 1978 por el Consejo Superior de la Universidad de Nariño. Aunque tiene fecha de vigencia anterior a la del Decreto 80 de 1980, mientras sus disposiciones no se opongan a éste o no sean derogadas o sustituidas por acuerdos posteriores deben entenderse vigentes. Por otra parte tampoco ha sido impugnado o redargüido de falso.

En dicho estatuto y en parte pertinente del artículo 10 se determinan las faltas en que pueden incurrir los alumnos y las sanciones que les imponen por cada una de ellas.

Para aplicar las sanciones previstas en el estatuto estudiantil, se debe recurrir al procedimiento determinado en los artículos 89 y siguientes del mismo estatuto.

No se aprecia entonces, en ninguna de las normas legales que contemplan lo relacionado con la pérdida de la calidad de estudiante, como tampoco en las normas específicas del reglamento estudiantil de la Universidad de Nariño que tiene su

respaldo en la misma ley, que para ponerle fin a la calidad de estudiante tenga que recurrirse al procedimiento breve y sencillo previsto en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. Antes, por el contrario, en encuentra que conforme al procedimiento específico del estatuto estudiantil debe cumplirse un trámite si se quiere dispendioso y detallado con el cual se consignan mayores garantías para los derechos del estudiante y de consiguiente para el que incurra en alguna falta o se le pretenda hacer efectiva una sanción por la respectiva autoridad universitaria.

Es entonces obvio que al participar la relación de estudiante y Universidad de carácter eminentemente docente o académico, sus diversos pormenores se encuentren detalladamente reglamentados en la ley, por tal motivo le serán aplicables a su nacimiento, permanecia o extinción las normas que específicamente se han expedido por el legislador para garantizar la mayor estabilidad del estudiante y no otras de tipo genérico.

Es que, por demás, dentro de un sano criterio de lógica jurídica no entiende la Sala como en cada uno de los casos en que se extingue la relación estudiante universidad, surgida por la matrícula y conservada por su renovación, tenga que recurrirse al procedimiento previsto en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 existiendo como particular o especial. Ello, por lo demás, resultaría inapropiado y contraproducente dentro de la armonía que debe gobernar la vida universitaria.

Las razones expuestas son suficientes para que la Sala no encuentre la violación propuesta en el libelo, del acto impugnado con respecto a la norma del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, motivo por el cual las súplicas de la demanda están llamadas a fracasar. Ello a su vez impone la revocatoria del fallo apelado.

Por otra parte no debe olvidarse que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa motivo por el cual el propio demandante determina el ámbito dentro del cual debe adelantarse los diversos incidentes del litigio. Mal podría entonces entrar la Sala a hacer análisis de diversa índole para determinar ciertos hechos y actos ajenos al concepto mismo de la violación.

Si el demandante redujo su acusación al artículo 24 del Decreto 2733 de 1969 ha debido probar la bonanza de su acerto, pero que dadas las consideraciones hechas anteriormente ello no se produjo.

Los motivos expuestos son suficientes para llegar a la conclusión de que el cargo tal como se propuso en la demanda y por las razones ya expresadas, no debe prosperar lo que impone la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal de Instancia.

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:

1. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2. Niéganse las súplicas de la demanda.

Sesión del día 23 de marzo de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Roberto Suárez Franco, Con Salvamento de voto.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ESTUDIANTES.— CONSECUENCIAS DE LA MATRICULA.— (Salvamento). La matrícula académica que otorgan los establecimientos de educación superior del orden oficial, constituye un acto administrativo de carácter subjetivo, individual y concreto en favor de aquel. INGRESO DE UN ESTUDIANTE A UNA INSTITUCION DE EDUCACION.— ACTO DE ADMISION.— Concepto doctrinal. ACTOS ACADEMICOS.— Juzgamiento por la jurisdicción contenciosa.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO MARIO ENRIQUE PEREZ

Ponente: **Doctor Roberto Suárez Franco.**
Referencia: Expediente No. 4184.
Actora: **Esperanza Caicedo de Dávila.**

Por haber discrepado de la sentencia recaída en la segunda instancia del proceso de la referencia, atentamente procedo a consignar por escrito mi salvamento de voto.

Un gran acopio probatorio acredita (y así lo reconoce la sentencia de la cual me aparto) que la actora tenía el carácter de alumna regular de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad, en su primer semestre, que se extendía de agosto a diciembre de 1981. Y siendo así no podía desconocérsele unilateralmente ese carácter, dada la naturaleza jurídica del acto de la matrícula académica. En efecto:

La aceptación que hace un establecimiento de educación superior del orden oficial a una persona para que ingrese como estudiante o, más propiamente, la matrícula académica que otorgan dichos institutos, constituye un acto administrativo de carácter subjetivo, individual y concreto en favor de aquél. Sin ser en estricto sentido un derecho adquirido, por no provenir de las leyes civiles, en los términos del artículo 30 de la Constitución Nacional, en cambio sí establece una situación jurídica de índole particular que no puede ser desconocida por tales establecimientos, advirtiendo que esta situación puede perderse en los casos señalados en los reglamentos del respectivo claustro, siempre y cuando que éstos hayan sido expedidos con sujeción al Decreto 80 de 1980.

El ingreso de un estudiante a una institución de educación post-secundaria de la esfera oficial, que es el caso que este proceso contempla, le permite adquirir la suficiente capacitación personal para desempeñarse en la lucha por la existencia y para actuar en el ámbito social. Es, por tanto, una manera de alcanzar preparación en todos los órdenes, incluido el profesional, debiendo entenderse que hay una relación directa entre capacitación y retribución económica, pues en el campo laboral la mayor capacitación representa mejores beneficios económicos, sin perjuicio de otras satisfacciones intelectuales y morales que trae consigo la cultura. En este sentido es oportuno recordar aquí lo expresado por Carlos S. Fayt en su obra "Los Derechos del Hombre y sus Garantías Constitucionales": "Aprender es el fin, estudiar es el medio".

En consonancia con lo anterior, el artículo 2o. del Decreto 80 de 1980 instituye que "La Educación Superior tiene el carácter de servicio público y cumple una función social. Su prestación está a cargo del Estado y de los particulares que reciban autorización de éste". Dentro de este orden de ideas, el artículo 169 del mismo Decreto prescribe que *"La matrícula da derecho* a cursar el programa de formación previsto para el respectivo período académico" (subrayo). Por otra parte, el artículo 170 *ibídem*, al referirse a la pérdida de la calidad de estudiante, menciona varias causales, en las cuales habla de "derechos" a favor de aquél. Así, por ejemplo, dice: "b) Cuando no se haya hecho uso del *derecho de renovación de la matrícula* dentro de los plazos señalados por la institución (subrayo)..." "c) Cuando se haya perdido el *derecho de permanecer en la institución* por inasistencia..." (subrayo).

Los doctrinantes han definido el anterior tema y clasificado el ingreso a los planteles de educación oficial como acto administrativo, llamándolo "acto de admisión". Uno de ellos Gabino Fraga, expresa sobre el particular:

"Los actos administrativos de admisión son los que dan acceso a un particular a los beneficios de un servicio público. Estos actos de admisión tiene lugar cuando se trata de servicios que sólo se prestan a un número limitado de personas, o a personas que se encuentran en determinadas condiciones, a diferencia de otros servicios que sólo requieren el cumplimiento de determinadas exigencias legales. Así mientras que el goce de servicios de correos, telégrafos, bibliotecas y museos no requiere un acto administrativo de admisión, el ingreso a instituciones públicas de enseñanza o de asistencia sólo puede lograrse mediante un acto administrativo especial que es precisamente el acto de admisión.

"La naturaleza de los derechos que engendra el acto de admisión depende de las disposiciones que en cada caso adopte la ley respectiva, existiendo una tendencia bien marcada que coincide con el desarrollo de ideas sociales acerca de las atribuciones del Estado, en el sentido de dar a los particulares un verdadero derecho para exigir las prestaciones de los servicios públicos a que han sido admitidos". (Derecho administrativo", decimocuarta edición página 247).

La jurisprudencia de esta Corporación abona lo que se acaba de exponer. Es cierto que la misma expidió la sentencia de 12 de junio de 1970, en la que se declaró la incompetencia de esta Jurisdicción para conocer de los actos que imponen sanciones disciplinarias, por estimar que "la noción de autonomía reposa en el sistema de que los estamentos básicos de la Universidad son suficientes y capaces por sí mismos para resolver, con aplicación de sus propios reglamentos, los problemas docentes que se le presentan" (Anales, Nos. 425 y 426, página 165). Pero muy pronto el Consejo de Estado rectificó tan equivocada sentencia y entró a ejercer el control jurisdiccional sobre esa clase de actos y es así cómo, desde entonces, con alguna frecuencia, ha juzgado las actuaciones de los planteles de educación oficial en las que por uno u otro motivo se han cancelado las matrículas de sus alumnos.

El control jurisdiccional que esta Corporación ha venido practicando sobre actos emanados de instituciones docentes estatales y que guardan relación con la cancelación de matrículas, parte lógicamente de la base de que éstas configuran una situación de carácter particular entre el plantel y el estudiante, pues no se puede cancelar un derecho que no exista.

Sentado el anterior concepto, entro a referirme específicamente al caso *sub-júdice*.

En el presente asunto hay que separar y distinguir dos situaciones completamente diferentes, a saber:

La primera se relaciona con el hecho de que en 1975, siendo la actora alumna de la Facultad de Educación de la Universidad de Nariño, se le formularon cargos por "pedir cupos para ella y su esposo, a cambio de su silencio en cuanto a supuestas irregularidades en las segundas pruebas de Derecho, actitud que ella misma califica como "acto deshonesto", según reza el considerando 7o. de la Resolución No. 004 de 14 de octubre de 1975 (folio 215), por la cual se calificó como gravísima la falta a ella imputada y se ordenó pasar al Consejo Directivo las diligencias, para lo de su cargo.

La segunda situación está circunscrita a los actos impugnados en este proceso, que versan sobre la cancelación de la matrícula de la demandante, no como alumna de la Facultad de Educación de la aludida Universidad, en 1975, sino como estudiante de la Facultad de Derecho de la misma Universidad, en 1981.

Así las cosas, se observa que por medio de la Resolución No. 013 de 1981 se sancionó por segunda vez un hecho cometido seis años atrás, cuando la señora Esperanza Caicedo de Dávila era alumna de la Facultad de Educación, no con la cancelación de la matrícula para estudiar en esta Facultad, sino con la cancelación de la matrícula como alumna del primer semestre de la Facultad de Derecho, que iba de agosto a diciembre de 1981.

El Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad en mención no podía imponerle nuevamente a la actora la sanción contemplada en la Resolución 013, en atención a que el hecho determinante la misma ya había sido sancionado por medio de la medida adoptada por el Consejo Directivo de la Universidad de Nariño en el punto IV del Acta No. 020 de 1976 (folio 93).

De la anterior manera dicho Consejo desconoció la figura jurídica de la cosa juzgada en materia disciplinaria y, al mismo tiempo, violó el principio universal del non bis in idem de tan inmenso contenido jurídico y humano.

Ahora bien, establecido que la falta cometida por el demandante en 1975 ya había sido sancionada por la misma falta, como en efecto lo hizo. Por tanto, al cancelarle la matrícula como alumna de la Facultad de Derecho para el semestre anotado, el claustro docente en referencia no hizo en la práctica sino revocar directamente el acto administrativo de la matrícula, sin mediar el consentimiento expreso y escrito de la titular de la misma, tal como lo exigía el artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959, única norma superior de derecho que la actora menciona como vulnerada. Esta conclusión es la misma que dedujo el Tribunal Administrativo de Nariño y que planteó la demandante.

La comentada Resolución No. 013 de 9 de septiembre de 1981, del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad en referencia, le fue notificada el mismo día de su expedición a la interesada, quien la recurrió en apelación. Y sucede que el Consejo Académico del mismo establecimiento docente dictó el Acuerdo No. 279 de 5 de noviembre de 1981, demandado, por cuya parte resolutiva acogió un concepto del Decano de la citada Facultad, en el sentido de disponer que la demandante no podía ingresar a la misma; advertir que el cupo existente para un alumno en la misma ya estaba asignado y, finalmente, afirmar que la actora no está inhabilitada para ingresar a la Universidad con el lleno de los requisitos reglamentarios.

Como puede verse, si bien el Acuerdo 279 asevera paladinamente que la accionante no está inhabilitada para ingresar al Claustro, también afirma que la misma no puede ingresar en el semestre en el que estaba matriculada. Y de esta manera, empleando una innegable contradicción, prácticamente confirmó la Resolución No. 013 y, en fin de fines, consolidó la cancelación de la matrícula de que se ha hablado, lo que equivale a reiterar la revocación de la Resolución No. 013.

Lo hasta aquí dicho quiere decir que correspondía decretar la nulidad de los dos actos acusados. Pero como por el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia recurrida el a-quo se declaró inhibido para anular la Resolución No. 013, con base en una motivación que no he podido comprender, lo indicado era reformar la sentencia de primer grado, en el sentido de revocar dicho ordinal primero y, en sustitución de él, decidir en el fondo sobre la ameritada Resolución, a efecto de declararla nula, lo mismo que a la Resolución No. 279.

Lo que de todas maneras no procedía era revocar totalmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar negar las peticiones de la demanda, pues como arriba dije lo que en resumen hizo la Universidad de Nariño fue revocar unilateralmente una

situación de naturaleza subjetiva sin mediar el consentimiento expreso y escrito de la titular del derecho, en abierta contrariedad del artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959, entonces vigentes.

Respetuosamente, **Mario Enrique Pérez**
Bogotá, D. E., diez (10) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

AVALUO DE INMUEBLES.— MUTACION EN UN PREDIO.— Cuando se da una "mutación" de un predio (cambios que surgen en los elementos físicos, económicos o jurídicos de un predio) pueden incuestionablemente realizarse modificaciones del avalúo del inmueble.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, mayo dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 10.730. Apelación de sentencia del tribunal del Quindío. Nulidad del artículo 84 de la Resolución 80 de abril 24 de 1960.
Demandante: **Ana Parra de Peña.**

El tribunal administrativo del Quindío denegó "todas y cada una de las peticiones de la demanda" en el proceso impetrado por el apoderado judicial de la señora Ana de Parra de Peña contra la Resolución 80 de 1960 (artículo 84) emanada de la Oficina Seccional del Catastro del Quindío que fijó el monto del avalúo de los apartamentos y el local ubicados en la calle 16 No. 21-A-20 de la ciudad de Armenia en $ 2.072.000. El apoderado de la actora interpuso el recurso de apelación contra la decisión del tribunal.

ANTECEDENTES:

La demanda informa que la señora Ana Parra de Peña construyó en el año de 1979 un edificio conformado por dos apartamentos y un local en la ciudad de Armenia, calle 16 No. 21-A-20. Al edificio se le fijó un avalúo catastral de $ 450.000 mediante Resolución 103 de 1979.

Posteriormente por Resolución 115 de mayo 11 de 1979 del alcalde de Armenia se autorizó a la señora Parra de Peña para transformar el edificio en propiedad horizontal. Consecuencialmente se corrió la escritura pública 878 de la Notaría Primera de Armenia el 17 de septiembre de 1979, conformando la propiedad horizontal con dos apartamentos y un local. La propiedad del edificio se mantuvo en cabeza de la propia señora Parra de Peña. La propia señora Parra de Peña en la escritura 878 de 1979 estableció como avalúo de los tres espacios del edificio así: el local $ 725.000, el apartamento 201 en $ 630.000 y el apartamento 301 en $ 717.000.

Más tarde, el 24 de abril de 1980, la Oficina Seccional de Catastro, por medio de la Resolución 80, fijó como valor de cada espacio en el edificio los precios señalados por la señora Parra en la escritura 878 de 1979.

Notificada la Resolución 80 de 1980 fue impugnada por la vía gubernativa y luego motivó demanda ante el tribunal administrativo del Quindío.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como normas violadas el actor invoca los artículos 43 y 76-14 de la Constitución que consagran el principio de la legalidad de los tributos, los Decretos 1301 y 1633 de 1940 y 1146 de 1942 sobre el régimen jurídico del Instituto Agustín Codazzi, las Resoluciones 444 de 1977 y 2755 del Director de ese Instituto sobre normas relativas al avalúo, autoavalúo y vigencias del catastro. Considera el actor que se desconocieron normas propias del régimen de catastro en el proceso de ajustar el valor del edificio y que debía de darse vigencia a la Resolución 103 de 1979 manteniendo el precio en $ 450.000. Según el demandante mientras no haya venta no puede haber reclasificación ni reavalúo de un predio.

CONCEPTO DEL FISCAL SEGUNDO DEL TRIBUNAL

Se transcriben los siguientes párrafos del concepto del fiscal segundo ante el tribunal administrativo del Quindío:

"La Resolución número 444 de 1977 expedida por la Dirección del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", con fundamento en la Ley 65 de 1939, Decreto 1301 de 1940 y Decreto Ley 290 de 1957, reglamentó las disposiciones sobre la formación y conservación de los catastros. El artículo 116 de la Resolución dice que 'se entiende por mutación catastral la inscripción de todo cambio que sobrevenga respecto de los elementos físicos, económico o jurídico de los predios'. Y el ordinal b) del artículo 117 señala como mutaciones de segunda clase 'las que ocurran en los límites de los predios, sea por agregación o segregación, con o sin cambio de propietario'.

"A *prima facie*, de las normas transcritas se desprende que cuando un predio se transforma en propiedad horizontal, al haber un cambio jurídico en la propiedad, tiene que haber lógicamente una reclasificación de un nuevo avalúo de los predios deslindados, aunque aún no haya cambio de propietario, que fue lo que ocurrió en el caso que se debate.

"Conforme a lo anotado, puede entonces afirmarse que la Resolución número 80 de la Seccional de Catastro del Quindío no quebrantó ningún ordenamiento de orden superior, mucho menos los artículos citados de la Constitución, porque dicha Resolución no impone ninguna clase de tributo, sólo desarrolla una facultad inherente a la autoridad que la expidió".

FALLO DEL *A-QUO*

El tribunal denegó las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos:

"El Poder Ejecutivo por medio del Decreto 1301 de 1940 procedió a reglamentar la ley antes citada sobre catastro, lo que igualmente hizo mediante el Decreto 290 de 1957.

"El Decreto 1301 de 1940 señala en varios de sus artículos lo siguiente:

"Artículo 176. Se entenderá por 'Mutación Catastral' una modificación cualquiera que sobrevenga bien en las personas de los propietarios identificados en las operaciones del establecimiento de catastro, o bien, relativas a la descripción física, al valor económico o a la situación jurídica de sus predios.

"Se clasificarán estas mutaciones en el orden siguiente:

"1o. Mutaciones en la propiedad y en los derechos reales accesorios concernientes a la totalidad del predio;

"2o. Mutaciones en los límites de los predios, sea por división o por reunión con otros, con o sin cambio de propietarios;

"3o. Mutaciones en el interior de los predios;

"a) En las construcciones o edificios;

"b) En las diferentes partes del predio gravadas con hipoteca, y

"c) En los distintos elementos permanentes del suelo, cuando estas mutaciones tengan un carácter importante y definitivo, y

"4o. Mutaciones en los avalúos, como consecuencia de las precedentes o por renovación total o parcial de los mismos'.

" .....

"Del estudio de las normas señaladas podemos concluir que, respecto al inmueble de propiedad de la demandante, ya se había llevado a cabo un avalúo por las oficinas del Catastro de esta ciudad mediante la Resolución número 103 de junio 27 de 1979 y luego al presentarse una mutación o modificación en el aspecto jurídico del inmueble, sin cambio del propietario, consistente en que fue segregado o dividido el precio original en tres (3), al constituirlo en propiedad horizontal, desapareciendo el primero, se llevó a cabo la actuación correspondiente del Catastro relacionada con la conservación del mismo, conforme a lo autorizado en el artículo 121 de la mentada resolución, produciéndose en consecuencia la Resolución número 80 de abril 24 de 1980, cuyo artículo 84 fue atacado mediante la demanda que dio origen a este proceso.

"Al existir norma expresa que autorizó a la seccional del Catastro de este departamento para proceder a avaluar los nuevos predios que se segregaron del original, se actuó conforme a la ley, actuación que era necesaria por cuanto al formarse nuevos 'predios' desde el punto de vista catastral, tenía que fijársele a cada uno de ellos un avalúo diferente al que tenía todo el inmueble originalmente, independiente de que figuraran o no en cabeza de un mismo propietario y, lo más lógico fue, que se tuvieran en cuenta los valores que la misma dueña le señaló a cada predio conformante de la propiedad horizontal en la escritura pública contentiva del reglamento de la misma.

"Por lo anotado, concluye la Sala que no se violó con la Resolución 80 de 1980, lo dispuesto en el artículo 195 de la Resolución 444 de 1977, por cuanto dicha norma se refiere a catastros relacionados con predios que no hubieren experimentado ninguna mutación en sus elementos físicos, económico o jurídico, pues de acuerdo con el artículo 121 *ibídem*, cuando se presentan dichas mutaciones puede llevarse a cabo la correspondiente actuación catastral para mantener al día la documentación del catastro de acuerdo con los cambios que experimente la propiedad inmueble.

"Tampoco se violaron los artículos 43 y 76, ordinal 14 de la Constitución Nacional, por cuanto mediante dicha resolución no se impusieron ni decretaron impuestos, pues simplemente lo que hizo la seccional del Catastro del Quindío fue llevar a cabo la actuación administrativa que la ley le autoriza, para con base en ello liquidar el respectivo impuesto predial que ella misma consagra.

"Al señalar la demandante como demás normas violadas la parte tercera del Decreto 1301 de 1940, el Decreto 1633 de 1949, el Decreto 1146 de 1942, la Resolución 444 de 1977 y la Circular 2755 de 1976 del director general del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en forma genérica, sin determinar artículo o artículos concretos

materia de dicha violación, ha procedido en forma antitécnica, lo que impide que pueda dictarse sentencia favorable a ella, pues ante la exigencia que al respecto hace el artículo 84, ordinal 4o., del Código Contencioso Administrativo, y en relación al concepto de la violación si no se expresan por el demandante en forma precisa y clara las normas violadas y en qué consisten dichas violaciones, la jurisdicción contencioso administrativa, que es rogada, no puede pronunciarse sobre normas y violaciones no invocadas".

APELACION

Por su parte el apelante impugnó la sentencia insistiendo que las mutaciones a que se refiere el artículo 176 del Decreto 1301 de 1940 no implican necesariamente modificación del avalúo del predio.

VISTA FISCAL

El señor fiscal tercero de esta corporación al rendir su vista de fondo observa:

"La materia *sub-júdice* ha sido resuelta por el *a-quo* en forma muy clara por cuanto de acuerdo con las normas orgánicas del Catastro hay mutación catastral cuando existe una modificación cualquiera que sobrevenga en relación con la descripción física del inmueble. No hay duda que respecto de este factor el inmueble que se constituyó física y jurídicamente en una propiedad horizontal no es el mismo. Este sufrió una verdadera mutación no solo en el aspecto físico sino jurídico y de una propiedad se constituyó en varias que pudieron ser desmembradas en el acto constitutivo de propiedad horizontal y hasta con valores estimados en forma diferente por su propietaria quien les dio el valor denunciado.

"Ante este fenómeno de mutación la autoridad administrativa no hizo otra cosa sino aplicar la hipótesis jurídica a la mutación fáctica y bien podría afirmarse aquí que la propietaria actora no puede alegar su propia culpa para relevarse de pagar el impuesto predial que a los distintos inmuebles de su nueva propiedad horizontal les corresponde pagar.

"El Catastro no fija impuesto, el Catastro fija bases impositivaas y éstan son regladas y no pertenecen a la discreción de los jefes de Catastro.

"Los fundamentos jurídicos expuestos claramente por el Ministerio Público del Quindío y por el a-quo al proferir su desición son más que suficientes para impetrar de la sección la confirmación de la desición apelada".

DECISION

La sala hace suyos los argumentos del tribunal y de los dos agentes del Ministerio Público que intervinieron en este proceso.

Según el demandante mientras no haya venta no puede haber ni reclasificación ni reavalúo de un predio. Pero basta leer los decretos y resoluciones orgánicas del Catastro que cuando se da una "mutación" de un predio (cambios que surgen en los elementos físicos, económicos o jurídicos de un predio) pueden incuestionablemente realizarse modificaciones del avalúo del inmueble. Como en el caso de autos hubo una mutación del edificio ubicado en la calle 16 No. 21-A-20 de la ciudad de Armenia, como que se transformó en un edificio de propiedad horizontal, debe aceptarse que hubo mutación y por consiguiente que la oficina de Catastro actuó correctamente.

De otro lado, el actor no precisa en la demanda ninguna norma legal específica que prohiba a las oficinas de Catastro realizar el avalúo del predio en los términos que se hizo y las que cita que no tienen fuerza legal no pueden ser consideradas puesto que no acompañó copia auténtica de ellas. Entiéndase que referir un decreto de más de doscientos artículos sin citar concretamente alguno de ellos no puede servir de base para la prosperidad de la desición y aún si sirviera no encuentra la sala después de leer y releer el principal estatuto legal (el Decreto 1301 de 1940) un artículo que haya sido contrariado. Por el contrario existe perfecta coincidencia entre la actuación del Catastro de Armenia al dictar la Resolución 80 y el régimen del referido decreto.

Finalmente, no hay decisión más justa que la de aceptar el avalúo que del inmueble hizo la misma propietaria. Tan justa es esta desición que en la nueva Ley 14 de 1983 se ha fijado como una importante opción la de utilizar el método de la autoestimación del valor del inmueble. Si ella se equivocó no puede alegar después su propio error.

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.

Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, ausente.

Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DOCENTES.— JUNTAS DE ESCALAFON.— Sus actos son susceptibles de recurso de apelación cuando en ellos se niegue la solicitud de reinscripción en el escalafón o se refieran al aplazamiento, suspensión o exclusión del mismo. Dicho recurso se surte ante la Junta Nacional del Escalafón. DOCENTES.— ASCENSOS EN EL ESCALAFON DOCENTE.— EXPERIENCIA NO UTILIZADA.— No existe limitación alguna al derecho consagrado de hacer valer la experiencia docente aún no utilizada para efectos de escalafón y ascenso.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Alvaro Orjuela Gómez.**
Referencia: Juicio número 7378. Autoridades departamentales.
Demandante: **Luis Alfonso Huertas.**

Conoce esta entidad del recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Alfonso Huertas, por medio de apoderado debidamente constituido, contra la sentencia proferidad por el tribunal Contencioso Administrativo de Nariño y en la cual dicha corporación se abstuvo de decidir la demanda instaurada por el actor contra las Resoluciones números 0275 del 17 de julio de 1981, expedida por la Junta Seccional del Escalafón del departamento de Nariño, y 01622, del 23 de octubre de 1981, originaria de esa misma junta.

El demandante interpuso en tiempo el recurso, el cual fue concedido por el *a-quo* para ante esta superioridad, en el efecto suspensivo.

Surtido el trámite legal correspondiente y sin que se adviertan circunstancias que afecten de nulidad lo actuado, se procede al análisis del asunto materia de litigio, a fin de dictar la respectiva sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Estima la sala que lo primero a decidir es si le asistió o no razón al tribunal cuando se abstuvo de resolver sobre el tema planteado en el presente litigio. La razón esgrimida por el **a-quo** fue la de que no se agotó en debida forma la vía gubernativa de reclamo y que ello es requisito procesal insoslayable para acudir ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa. En sustento de su aseveración, invoca lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959 y los artículos 15, 16, 17 y 24 del Decreto 2621 de 1979, para concluir que no puede, en consecuencia, tomar decisión alguna, ya que de hacerlo violaría los artículos 18 y 20 del decreto primeramente citado.

El gobierno dictó el 14 de septiembre de 1979, el Decreto Extraordinario 227, conocido genéricamente como "Estatuto Docente". En uso de la facultad reglamentaria expidió también una serie de decretos que regulan materias y aspectos importantes de la actividad docente. Algunos de esos estatutos se refieren a las actividades de las Juntas Seccionales de Escalafón, entidades éstas encargadas de todo lo relacionado con la inscripción, ascenso, permanencia, evolución, aplazamiento, de los maestros en el Escalafón. Los Decretos 2620 y 2621 de 1979, pertenecen a dicha categoría.

Fundamenta el *a-quo* su negativa en algunos artículos del Decreto 2621. A primera vista parece que lo asiste razón al inferior al invocar las mencionadas disposiciones y concluir con el no agotamiento de la vía gubernativa. Pero no tuvo en cuenta el **a-quo** que el Decreto 2761 de 1979 es reglamentario del Decreto 2277 del mismo año, siendo, entonces necesaria la aplicación de éste.

El artículo 20 del Decreto 2277 de 1979, o Estatuto Docente, establece que el recurso de aplicación procede contra las providencias emanadas de las juntas de Escalafón, cuando en ellas se niegue la solicitud de reinscripción en el Escalafón o se refieran al aplazamiento, suspensión o exclusión del mismo. Dicho recurso se surte ante la Junta Nacional del Escalafón. En el Decreto 2621, según el tribunal, no se hace mención a en qué casos procede tal o cuál recurso, limitándose a señalar las pautas para su concesión y a otros aspectos. Debe entonces, entenderse, en sana lógica, que cuando el Decreto 2621 habla de reposición y de apelación, se refiere a aquellos eventos en los cuales dichos recursos son viables y que se hallan señalados de antemano en el artículo 20 del citado Decreto 2277 de 1979.

Veamos, ahora, si la desición tomada por la Junta de Escalafón del departamento de Nariño, corresponde a alguno de los casos predicados por el artículo 20 del Decreto 2277 de 1979, como susceptibles del recurso de alzada.

Dice la Resolución número 275, de julio 17 de 1981, que por ella "se asciende a un educador en el Escalafón Nacional Docente". Sin mucho esfuerzo se deduce que dicha providencia no era objeto de recurso de apelación, ya que ni se refiere a reinscripción en el Escalafón, ni mucho menos a aplazamiento, suspensión o exclusión del mismo. De todo lo cual se concluye que contra el referido acto, no procedía el recurso de apelación, que hecha de menos el tribunal de estancia.

El único viable era el de reposición y así lo dijo la junta, en el numeral cuarto de la parte dispositiva de la Resolución número 275, cuando en su parágrafo dejó constancia de que contra la misma providencia procedía el recurso de reposición. No dijo nada sobre algún otro; y no podía decirlo.

El actor interpuso en contra de la mencionada resolución los recursos de reposición y en subsidio el de apelación; la junta al resolver el primero mantuvo su primitiva desición, dando por agotada la vía gubernativa.

El hecho de que erróneamente, el demandante hubiera intentado un recurso que no era procedente, no obligaba a la junta a incurrir en el mismo error, resolviéndolo, o mejor, concediéndolo. Por ello, hizo bien al no hacer caso del error y mantener una línea de conducta acorde con las normas aplicadas y con su primera determinación en cuanto a los recursos se refiere.

De lo anteriormente expuesto se desprende que las normas sobre concesión y procedibilidad de recursos, constituyen una especial en el caso del personal docente, frente a lo dispuesto en el Decreto 2733 de 1959, olvidando al *a-quo* citar en su totalidad el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959 que preceptúa:

"Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

"1o. El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.

"2o. El de apelación, ante el inmediato superior con el mismo objeto".

En consecuencia, se debe dar prelación a ese precepto especial, según los principios fundamentales del Derecho. Tal aplicabilidad de la norma especial, en cuanto al procedimiento administrativo, fue mantenida en el actual Código Contencioso Administrativo, según se desprende de la lectura de su artículo 1o., que se refiere al campo de aplicación de dicho código.

De consiguiente, no le asiste razón al tribunal del conocimiento, al abstenerse de decidir la materia del litigio, por lo cual, la sala habrá de revocar, en este punto, el fallo recurrido.

La Fiscalía Cuarta del Consejo es del mismo parecer pero considera que se deben negar las pretensiones de la demanda, porque el artículo 25 del Decreto 259 de 1981, estableció una condición para que se pudiera hacer valer el tiempo de servicio no utilizado. Como se verá más adelante, al estudiar la sentencia de la Sección Primera sobre el artículo 1o. de la Resolución 6746, no le asiste razón, en este aspecto, a la Agencia del Ministerio público.

Procede seguidamente la corporación a dilucidar si las peticiones formuladas por el actor a la Junta Seccional de Escalafón eran de recibo para así poder decidir si las resoluciones enjuiciadas son o no anulables por esta jurisdicción.

El demandante en oficio de marzo 26 de 1981 solicitó que se le ascendiera en el Escalafón Nacional, teniendo en cuenta para esto, lo siguiente: Que había sido asimilado al 8o. grado; que tenía una experiencia docente no utilizada para ascensos y unos cursos de capacitación tanto dictados como recibidos.

Invocó como normas que respaldaban su petición los artículos 10 y 73 del Decreto 2277 de 1979, el 3o. del Decreto 2620 de 1979, el 17 de la Resolución 20508 del mismo año, y el 26 del Decreto número 259 de febrero 6 de 1981.

La Junta Seccional de Escalafón consideró que tal solicitud no era pertinente, toda vez que dentro de los años de servicio que acredita como experiencia docente, figuraban unos de primaria mientras que el actor se hallaba al momento de pedir, laborando en secundaria. En consecuencia, y argumentando una circular del Ministerio de Educación Nacional se le negó la concesión de lo solicitado por él.

Esta Corporación considera que la actuación de la Junta al proferir la Resolución número 275, por medio de la cual se ascendió al educador Luis Alfonso Huertas al grado 9o. del Escalafón, no se ajusta a derecho, ya que se desconoció el tiempo de servicio prestado con anterioridad a la vigencia del Decreto 2277 de 1979, tiempo éste que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 73 del Decreto 2277 de 1979 y 26 del Decreto 259 de 1981 (reglamentario del proceso de inscripción y ascensos en el Escalafón Docente), le debía ser tenido en cuenta al peticionario. En efecto, la argumentación de que el tiempo de servicio a que se refieren las normas antes mencionadas, debe ser laborado en el mismo nivel, había sido consignada con el carácter de norma en el artículo 1o. de la Resolución número 746 de 1981, dictada por el Ministerio de Educación Nacional, artículo que fue declarado nulo por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de diciembre de 1982, expediente número 3969, con ponencia del consejero Doctor Samuel Buitrago Hurtado, cuando al efecto, se sostuvo:

"El Decreto Reglamentario 259 de 1981, bajo el título 'Experiencia docente no utilizada', se refiere en su artículo 26 al educador, en general, que prestó servicios docentes con anterioridad a la asimilación al Escalafón y no había podido hacerlos valer por diversas razones, autorizándolo mediante dicho artículo a que lo haga en el momento de presentar su primera solicitud de ascenso luego de que sea asimilado.

"Como se ve, este decreto que al ser reglamentario podía llegar a puntualizar lo dicho por el Decreto 2277 de 1979, no habla de ninguna limitación al derecho consagrado de hacer valer la experiencia docente, aún no utilizada, para efectos de Escalafón-ascenso.

"Aparece, entonces, claro, que el artículo 1o. de la Resolución acusada, es violatorio de ella, por introducir una condición no expresada en el decreto Reglamentado.

"Por su parte, el decreto reglamentado, el número 2277 de 1979 en la parte pertinente, artículo 73, se refiere a la experiencia docente, en general, y a los cursos de capacitación realizados con anterioridad a la expedición del decreto, que no se hayan hecho valer para efectos de clasificación y asimilación, a que se refiere el capítulo que está inserto dicho artículo.

"Tampoco dicho artículo habla de la limitación contenida en la resolución acusada y sólo menciona como condiciones la siguientes:

"a) Que se trata de la asimilación a que se refiere el Capítulo VIII al cual pertenece el artículo.

"b) Que se reúnan los requisitos del artículo 10.

"La asimilación del Capítulo VIII simplemente define por medio de los artículos 71 y 72, el nuevo Escalafón en el que deberán quedar incluidos los educadores escalafonados por medio de disposiciones anteriores, en el cual se incluyen aún los educadores sin títulos de Bachiller Pedagógico, pero con experiencia docente en educación primaria; el título de Bachiller Pedagógico según el artículo 10o. es el más bajo dentro de los mencionados en ese artículo.

"Por consiguiente, el hecho de que el artículo 71 incluya a docentes sin título pero con experiencia, (docentes estos que en la lista del artículo 10 deben corresponder a algunas de las categorías allí señaladas), está diciendo que tampoco se estableció la limitación que indica la resolución acusada.

"Es cierto que tal resolución se está refiriendo sólo a los docentes con título universitario, distinto a los licenciados en Ciencias de la Educación y también a éstos, todos los cuales tienen derecho a un Escalafón especial, según la jerarquía establecida por los artículos 10 y por el Capítulo VIII del Decreto 2277 de 1979, reservado a los poseedores de dichos títulos; pero la resolución acusada hizo de la condición del título, la base para poder tener en cuenta la experiencia docente que aún no se había hecho valer, excluyendo la condición anterior a la obtención del título, condición, que por lo que se deja dicho, no está prevista en las disposiciones superiores referidas.

"Una cosa es que el título respectivo sea el único que permite llegar a determinado grado del nuevo Escalafón, y otra, que los únicos servicios docentes que se puedan acreditar sean los prestados con posterioridad a dicho título; es obvio que estos (los prestados con posterioridad al título), tendrán que servir para seguir ascendiendo en el Escalafón; pero, justamente, tanto lo que el Decreto 2277 de 1979 como el 259 de 1981 han querido acoger en beneficio de los educadores, es que por una vez se hagan valor también los servicios docentes prestados antes del título mismo".

De lo anteriormente dicho se desprende que en el caso *sub-lite*, el accionante, sí tenía derecho a que se le reconociera por una sola vez el tiempo de servicio o experiencia para su ascenso en el Escalafón.

Queda por definir si aquél cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979 y lo ordenado en el Decreto 259 de 1981, para obtener el ascenso solicitado.

El artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, prescribe que los licenciados en Ciencias de la Educación, y el actor lo es, pueden ascender hasta el grado 14 siempre y cuando reúnan los requisitos de permanencia en grado anterior y cursos de capacitación, según el grado que pretenda alcanzar.

Ya se vio cómo al señor Huertas le asiste derecho para que se le tenga en cuenta su experiencia no utilizada, la cual equivale, según las pruebas allegadas al proceso, a 17 años, 9 meses y 16 días, sumando tiempo de servicio anterior y posterior a la expedición del Decreto 2277 de 1979. El artículo 10 establece que para ascender, además de tiempo, se deben acreditar cursos de capacitación, los cuales están reglamentados en cuanto a sus equivalencias y número por el Decreto 2762 de 1980, que estatuyó en su artículo 18 que cada crédito equivale a 45 horas de trabajo y en el artículo 31 dispuso que los educadores que fueran a ascender de acuerdo con el 2277 de 1979, debían acreditar para el primer ascenso 5 créditos, o sea (225 horas), para el segundo, 6 créditos (279 horas), y para el tercero, 7 créditos (315 horas). Determinó además, en su artículo 33 que aquellos educadores que dicten cursos de actualización para ascenso,

tienen derecho a que las horas dictadas les sean tomadas en cuenta para efectos de ascensos en el Escalafón.

El demandante acreditó un total de 710 horas dictadas, y 120 horas cursadas, las cuales pretende hacer valer como cursos de capacitación. De éstas únicamente lo pueden ser tenidas en cuenta las 710 horas dictadas, ya que las 120 horas a las cuales asistió en la Escuela Superior de Administración Pública (fl. 16), no se encuentran convalidadas por el Ministerio de Educación Nacional, y, por tanto, no cumple el requisito exigido en el artículo 32 del mencionado Decreto 3672 de 1980.

Se dijo con anterioridad que el actor había acreditado una experiencia docente de 17 años, 9 meses y 16 días, la que comprende tiempo servido antes y después de la resolución que lo ascendió al Octavo Grado. De esos años, son anteriores a la vigencia del Decreto 2277 de 1979, 13 años en total, 11 meses y 30 días, y posteriores a la asimilación, 3 años, 9 meses y 16 días.

Según las exigencias del artículo 10 del Estatuto Docente (Decreto 2277 de 1979) para ascender al Grado Noveno, siendo licenciado en Ciencias de la Educación, se requiere de un curso de capacitación y 3 años de servicio. Como se trata del primer ascenso que necesita curso, su equivalencia en créditos es de 5 créditos, acorde con lo expresado en el literal "a" del numeral 3o. del artículo 31 del Decreto 2762 de 1980. Entonces, para ascender al Grado Noveno consume 3 años y 225 horas, quedándole una reserva de 14 años, 9 meses y 16 días, en lapso de servicio y de 485 horas en tiempo de capacitación.

Para llegar a dicho Grado, sólo se necesita según el artículo 10 del 2277 de 1979, un total de tres (3) años y sin que haya necesidad de hacer curso de capacitación. Asciende, entonces, al Grado Décimo y le quedan 10 años, 9 meses y 16 días y las mismas 486 horas de capacitación.

Sube al Grado Once, con la utilización de 3 años y un curso de capacitación, que por ser el segundo ascenso que lo requiere, equivale a 6 créditos (270 horas), según lo consignado en el literal "b" del numeral 3o. del artículo 31 del Decreto 2762 de 1980. En reserva le quedan al accionante 7 años, 9 meses y 16 días y 215 horas.

Va al Grado Doce, utilizando 4 años y no requiere de curso de capacitación; le quedan 3 años, 9 meses y 15 días de experiencia y las 215 horas de capacitación.

Como se ve, el actor con la sola utilización de los 13 años anteriores a la vigencia del Decreto 2277 de 1979, asciende al Grado Doce.

No le es posible acceder al Grado Trece, pues, aunque así lo solicita en la demanda, no tenía a la fecha de la reclamación ante la Junta, los 4 años de servicio, porque le faltaban 3 meses y 14 días, así como no disponía de los 7 créditos necesarios, o 315 horas, ya que quedándole 215, le faltarían 100 horas.

En consecuencia, se dispondrá el ascenso al Grado DOCE del educador LUIS ALFONSO HUERTAS, con vigencia fiscal a partir del 25 de mayo de 1981, teniéndose como fecha para el siguiente ascenso, la del 4 de junio de 1977.

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, en parte, con el concepto Fiscal,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, con fecha dos (2) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), y en su lugar se dispone:

Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 0275 del 17 de julio de 1981, y 1662 del 23 de octubre del mismo año, proferidas por la Junta Seccional de Escalafón del Departamento de Nariño, por las cuales se asciende al educador LUIS ALFONSO HUERTAS, al Grado Noveno del Escalafón Nacional Docente y se niega un recurso de reposición, respectivamente.

Segundo. En consecuencia, se ordena a la Junta Seccional de Escalafón del Departamento de Nariño, ascender en el Escalafón Nacional Docente al Grado Doce (12) al educador LUIS ALFONSO HUERTAS, con efectos fiscales a partir del veintiseis (26) de marzo de mil novecientos ochenta y uno (1981).

Tercero. La Junta Seccional de Escalafón del Departamento de Nariño, dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro del término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Ausente; **Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Título III

Orden Municipal

CAPITULO I

ACTOS DE LOS ALCALDES

CONCEJOS MUNICIPALES.— FACULTAD IMPOSITIVA.— No puede el Alcalde usurpar esta atribución. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.— "NO HAY IMPOSICION SIN REPRESENTACION", Significado. CODIGO SANITARIO NACIONAL.— No es cierto que él delegue la facultad de imponer tributos a las autoridades administrativas: Razones: TRANSITO DE ARTICULOS ALIMENTICIOS NO PROCESADOS.— Prohibición de gravarlos. (Ley 14 de 1983).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, Abril veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**

Referencia: Radicación 10.739. Apelación del auto del Tribunal del Valle. Nulidad del artículo 8o. de la Resolución 28 de 1981 y artículo 8o. del Decreto 451 de mayo 21 de 1982.

Demandante: **Alberto Montoya Montoya.**

El Tribunal Administrativo del Valle decretó la suspensión provisional del artículo 8o. de la Resolución 28 del 9 de Julio de 1981 emanada de la Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali y del artículo 8o. del Decreto 451 del 21 de mayo de 1982 del Alcalde Municipal de Cali.

LOS ACTOS ACUSADOS

A continuación se transcriben las normas acusadas:

Decreto 451 de 1982, artículo 8o.

"Artículo octavo: Se establece como tarifa por el servicio de inspección Sanitaria Veterinaria de carnes el valor de un peso ($ 1.oo) por kilo de carne inspeccionada.

"Parágrafo: Los transportadores de carnes deberán hacer efectivo el pago de este servicio, semanalmente, a favor de la entidad CORPES (Corporación para Programas Especiales de Salud), para efectuar dicho pago deberán presentar los originales de los recibos entregados por los inspectores Sanitarios".

Resolución 28 de 1981, Artículo 8o.

"Artículo Octavo: Se establece como tarifa por el servicio de inspección sanitaria-veterinaria de carnes, el valor de un peso ($ 1.oo) por kilo de carne inspeccionada.

"Parágrafo: Los transportadores de carne deberán hacer efectivo el pago de este servicio, semanalmente, a favor de la entidad CORPES (Corporación para Programas Especiales de Salud). Para efectuar dicho pago deberán presentar los originales de los recibos entregados por los inspectores sanitarios".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor considera que los actos acusados son violatorios de la Ley 20 de 1946 que prohibe gravar la producción y tránsito de artículos alimenticios de primera necesidad, el artículo 1o. del Decreto 84 de 1964 que reglamenta las Leyes 29 de 1963, 26 de 1904 y 20 de 1946 y que reitera la prohibición de gravar la producción primaria agrícola y ganadera y el tránsito de productos alimenticios de primera necesidad, así como los artículos 197 numeral 2o. y 43 de la Constitución Nacional y 169 numeral 2o. del Código de Régimen Político y Municipal que establecen que sólo los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones de carácter municipal.

Cita el actor también el Decreto 887 de 1946 y el Decreto Legislativo 102 de 1957 que enumeran la carne entre los artículos alimenticios de primera necesidad.

AUTO DEL TRIBUNAL

El tribunal administrativo del Valle del Cauca accedió a la suspensión provisional solicitada. Dijo así el tribunal:

"Se aprecia *prima-facie*, la violación de las normas aquí planteadas, puesto que al establecer el artículo 8o. de los actos acusados junto con sus parágrafos, un impuesto de un peso ($ 1.oo) por cada kilo de carne que los transportadores de carne entren al Municipio de Cali, está realmente gravando el tránsito de la carne, —como ya se dijo—, violatorio además por tratarse de un artículo de primera necesidad como quedó plenamente establecido.

"Contradice también esta decisión, lo dispuesto en el artículo 3o. inciso 2o. de la Ley 31 de 1945, a suyo tenor, el impuesto de degüello se pagará en el lugar en donde las carnes se consuman, cuando el dueño del ganado mayor o menor declare que va a sacrificar determinadas reses para transportar las carnes a lugar distinto de aquel en que los ganados se van a sacrificar".

APELACION

El Municipio de Cali, actuando por medio de apoderado judicial debidamente constituido, interpuso recurso de apelación contra la providencia del tribunal arguyendo: a) que según el Código Sanitario Nacional, Ley 09 de 1979, las autoridades de salud tienen la facultad de vigilar el estricto cumplimiento de las disposiciones sanitarias entre las cuales se encuentra la de otorgar licencias a los vehículos que transportan carne, vísceras y demás partes de los animales sacrificados desde los mataderos hasta los lugares de expendio o industrialización (artículos 339 y 564), b) que los servicios nacionales de salud ejecutan como dependencias técnicas del Ministerio de Salud sus funciones en las diferentes regiones del país y éstas a su turno mediante convenios de integración encomiendan el desarrollo de los programas de salud pública a las respectivas unidades regionales. Y añade:

"Por esta razón y como se puede apreciar en la Convención Interadministrativa de Integración de Servicios de Salud suscrita entre el Municipio de Cali y el Servicio Seccional de Salud del Valle, el Alcalde de Cali en uso de autorización concedida por el Honorable Concejo Municipal de Cali por Acuerdo No. 014 de 1967, renovó en asocio del Jefe del Servicio Seccional de Salud, la convención anterior y determinaron de común acuerdo, que con el fin de perfeccionar la integración técnica y administrativa de los Servicios de Salud de la Secretaría de Salud de Cali, ésta se constituye en sede de la Unidad Regional de Salud de Cali, unidad de la cual será director el Secretario de Salud de Cali, nombrado por el Alcalde y ratificado por el Jefe del Servicio de Salud del Valle.

"En dicha Convención, se indican como puntos que merecen realizarse, el incluir como parte de los ingresos y rentas de la Unidad Regional de Salud de Cali, el producto de la venta de servicios y además, que esa unidad actúa como un nivel de programación de la prestación de los servicios en el área asignada a ella, o sea Cali, Yumbo, La Cumbre, Dagua y Jamundí".

c) La recurrente trae a colación el Acuerdo 033 de 1978 que otorgó facultades al Alcalde Municipal, el Decreto-Acuerdo 1469 de 1979 y la Ordenanza Departamental 09—E de 1980 que las desarrolló, normas que establecen el control que deben ejercer las unidades de salud del Municipio sobre los alimentos. De la Ordenanza referida la recurrente destaca el siguiente artículo:

"Artículo 61. Para carnes, vísceras, productos y subproductos provenientes de una res de abasto, que se introducen desde otros departamentos, con licencia de transporte, para fines comerciales, el interesado cancelará el impuesto establecido por la Secretaría de Hacienda del Departamento y serán sometidos a revisión sanitaria, *cubriendo las sumas que se determinen por este servicio a la entidad que lo preste*".

d) Concluye finalmente la recurrente:

"De todo lo antes expuesto, podemos llegar a una primera conclusión, en el sentido de afirmar, que el Secretario de Salud Pública en su carácter de Director de la Unidad Regional de Salud de Cali, estaba plenamente facultado por el Código Sanitario Nacional, por la Ordenanza 09—E de 1980, por la Convención Interadministrativa y por Decreto Extraordinario de la Alcaldía, para dictar todas las disposiciones necesarias para la efectiva vigilancia y control de las medidas higiénico-sanitarias en materia de transporte de carnes y el señor Alcalde, en su calidad de nominador de la Secretaría de Salud Pública y de la Secretaría de Tránsito y Transporte, sin dejar de lado su carácter de Jefe Superior de Policía en la ciudad y representante legal del Municipio.

"De otra parte, como también está demostrado, mediante las disposiciones ya transcritas, la revisión sanitaria, que efectúan las autoridades de la Unidad Regional de Salud, constituye un servicio, atendiendo como tal: 'un conjunto de elementos personales y materiales que, debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general o pública (Diccionario de las Ciencias, políticas y sociales de Manuel Ossorio, página 703)'. ¿Y cuál necesidad se satisface? La de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a higiene y seguridad en el transporte y expendio de la carne, alimento de primera necesidad y fundamental en la salud de la población local.

"Como ha quedado dicho, la Inspección Sanitaria Veterinaria de las carnes en el territorio jurisdicción de la Unidad Regional de Salud de Cali, es un servicio que presta dicha unidad y en ningún momento se trata de un gravamen o impuesto al tránsito de la carne, lo que está expresamente prohibido como manifiesta el Honorable Tribunal, siendo necesario aclarar en forma adicional, que el Impuesto es una carga obligatoria exigida a los individuos para atender las necesidades del Municipio, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales, concepto que no sería aplicable en el presente caso".

Se considera:

1. Es claro el texto constitucional que limita la facultad de imponer contribuciones a los concejos (en el ámbito municipal). No puede el alcalde usurpar esta atribución. Ni aún podría la ley o las ordenanzas departamentales trasladar esa competencia exclusiva y excluyente de los concejos municipales a las autoridades administrativas del Municipio. Es que en esto está envuelto un principio fundamental de nuestras instituciones democráticas: no hay imposición sin representación. Este principio constitucional prima sobre la ley, pues bien es sabido que la Constitución es ley de leyes y que a ella están sometidas todas las normas jurídicas de carácter nacional departamental o municipal.

2. Pero no es cierto tampoco que el Código Sanitario Nacional delegue la facultad de imponer tributos a las autoridades administrativas. Lo que hace es establecer obligaciones a las autoridades de salud de control y vigilancia y naturalmente, correlativas a estos deberes existen facultades de policía que ejercen con la plena autorización de la ley. Pero no les permite imponer tributos. Los recursos generales del presupuesto de salud están llamados a dotar a las autoridades administrativas de los medios necesarios para que puedan cumplir sus funciones.

3. Si bien es cierto que la Ordenanza 9 de 1980 (artículo 61) habla de un impuesto que "establecen las Secretarías de Salud", su texto no puede apartarse realmente de la norma constitucional y debe por ello interpretarse en términos del contexto nominativo que la Carta señala: la Ordenanza hace referencia posiblemente a la administración de

un tributo que se haya establecido conforme a la Constitución y a la ley. En todo caso las Asambleas Departamentales no pueden delegar en un funcionario administrativo la facultad de imponer contribuciones.

4. Tampoco es aceptable el argumento del convenio de salud firmado entre el Alcalde de Cali y el Servicio Nacional de Salud. De este convenio se infieren las facultades y obligaciones que tiene el Alcalde de ejercer un poder policivo para protección de la salud, más no la posibilidad de gravar la carne con un impuesto.

5. También es clara la ley cuando observa que es prohibido gravar el tránsito de artículos alimenticios no procesados. Este punto fue reiterado por la Ley 14 de 1983 que ha servido de instrumento para interpretar las anteriores disposiciones sobre la materia.

6. Finalmente, a juicio de la sala, tampoco es válido el argumento de la recurrente relacionado con la diferencia entre impuestos y tasas: en la doctrina moderna unos y otros caen en la categoría común de tributos y la facultad tributaria es privilegio de los concejos, no de las autoridades administrativas.

Resulta pues ostensible la violación legal alegada por el demandante y cabe, por ello, confirmar el auto recurrido.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso,

RESUELVE:

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LICENCIAS ADMINISTRATIVAS POR ARRENDAMIENTO.— Solicitud. Requisitos. (Artículo 10 Ley 63 de 1977. Certificado del Registrador: finalidad. Linderos en propiedad horizontal. COSTAS.— Reglamentación en el Decreto 01 de 1984. Excepciones en su aplicación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 4427 Asuntos Municipales.
Actor: **Jorge Cáceres Méndez.**

Contra la sentencia proferida contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de mayo de 1983 el señor apoderado de la parte actora interpuso el recurso de apelación para ante esta Corporación. En la citada providencia el Tribunal negó las súplicas de la demanda promovida por el señor Jorge Cáceres Méndez tendientes a obtener la nulidad de las Resoluciones 113 y 397 de marzo 9 y septiembre 24 de 1981 de la Alcaldía Menor de Teusaquillo, y 256 del 19 de abril de 1982, de la Alcaldía Mayor de Bogotá, por medio de las cuales se concedió licencia administrativa a "Inversiones Hacha Ltda." para exigir del actor y demás coarrendatarios la entrega del inmueble de su propiedad ubicado en la Carrera 20 No. 39-62, apartamento 102 de la nomenclatura de Bogotá. Así mismo, condenó en costas a la parte vencida, en favor de la parte impugnadora propietaria del inmueble arrendado.

Los hechos de la demanda se resumen así:

a) La Alcaldía Menor de Teusaquillo concedió a la señora INGE HELIBRONNER VIUDA DE CHASKEL la licencia administrativa impugnada confundiendo los linderos del apartamento situado en la Carrera 20 No. 19-62 con los linderos del Apartamento 102 del mismo edificio, esto es, confundiendo el todo con una de sus partes y aceptando una certificación del Registrador de Instrumentos Públicos correspondientes al edificio situado en la Carrera 20, sin tener en cuenta una para el apartamento en forma específica.

b) La Alcaldía de Teusaquillo concedió a la señora Viuda de Chaskel la licencia administrativa "para destinarlo a oficinas de su propietaria" y en igual forma concedió otras licencias con el mismo motivo para los apartamentos del mismo edificio.

c) La Alcaldía Menor de Teusaquillo concedió la licencia impugnada violando la finalidad social de las disposiciones sobre control de arrendamientos, se dice en la demanda.

En el libelo se indicaron las disposiciones violadas y se enunció el concepto de la violación.

En esta instancia presentaron alegatos escritos la apoderada de "Inversiones Hacha Ltda.", la Representante Judicial del Distrito Especial de Bogotá y el señor apoderado del actor. Las dos primeras se oponen a las súplicas de la demanda y piden la confirmación del fallo apelado, y el tercero recaba en sus razones para impetrar la nulidad de los actos acusados, para lo cual pide se revoque la sentencia del Tribunal, oponiéndose igualmente a la condenación en costas por no aplicarse en los juicios contencioso administrativos.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado por su parte solicita se confirme la sentencia apelada respecto al punto primero, no así en cuanto al segundo, o sea la condenación en costas que hace el fallador de primera instancia.

Ejecutoriado el auto de citación para sentencia se procede a resolver, para lo cual se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES:

Por medio de los actos acusados la Alcaldía Menor de Teusaquillo y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.E., concedieron licencia administrativa a "INVERSIONES HACHA LTDA.", entidad representada por la señora INGE HELIBRONNER DE CHASKEL, para exigir de los arrendatarios Jorge Cáceres Mendez, Aristarco Gómez

Buchelli y Rafael Téllez Páez, la entrega de un inmueble de su propiedad ubicado en la carrera 20 No. 39-62, apartamento número 102 de esta ciudad, con el fin de destinarlo a oficinas de su propietaria.

La demandante se mostró inconforme con la determinación de las autoridades municipales porque en su sentir, se violó de modo ostensible el artículo 10 del Decreto 063 de 1977, por cuanto se confundieron los linderos del edificio con los linderos del apartamento

El artículo 10 del Decreto 063 de 1977 dice que la solicitud de licencia para exigir la entrega del inmueble con el fin de destinarlo para habitación o negocio, deberá formularse al Alcalde Mayor de Bogotá, Gobernador, Intendente o Comisario, según el caso, acompañada de los siguientes documentos:

"a) Copia de la escritura de adquisición del inmueble y certificación del Registrador respectivo sobre vigencia de la inscripción, con la cual se acredite su calidad de propietario.

"b) Garantía bancaria, hipotecaria o prendaria, a favor del Tesoro Nacional, por un término de diez y seis (16) meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución que concede la licencia y por un valor igual al monto de doce (12) mensualidades de arrendamiento, tomando como base el último precio.

"Esta garantía tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la causal aducida en la solicitud de licencia.

"Parágrafo. Las solicitudes de licencia que se encuentren en trámite en la fecha de vigencia de este Decreto, se regirán por las disposiciones vigentes al momento de formularse la solicitud".

En el caso presente, como bien lo explica el Tribunal, lo que persigue el legislador con la exigencia del Certificado del Registrador es la demostración de que la inscripción en la mencionada oficina se encuentra vigente, que no ha sido transferido el inmueble a otra persona y que por consiguiente el peticionario es en verdad el propietario del bien arrendado.

Y en verdad, las resoluciones acusadas concedieron licencia administrativa para poder exigir a los arrendatarios la entrega del inmueble de la actora situado en la Carrera 20 No. 39-62, apartamento 102, dirección ésta que coincide con la del inmueble que figura en el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes tal como se aprecia al folio 4 del cuaderno número 2. Por manera que para los efectos de la licencia poco interesaba que el inmueble cuya desocupación se requiere haga parte de otro y que por tal razón la escritura comprenda como es apena obvio, los linderos de todo el bien, puesto que en el caso presente con el simple número del apartamento se obtiene la identificación del inmueble, sin que en parte alguna la ley exija la determinación clara de los linderos específicos del apartamento, igualmente considerado.

Además, aparece claro en el expediente que para la solicitud de licencia administrativa se cumplió a plenitud con todos los requisitos de ley. Se allegó la escritura de adquisición del inmueble, la póliza de seguro de cumplimiento No. CU-055 CERT, MOD 2511 expedida por la Compañía de Seguros Generales Antioquia S.A., que garantiza la ocupación por parte del propietario del inmueble ubicado en la carrera 20 No. 39-62, apartamento 102 de la ciudad de Bogotá, y el certificado del Registrador.

Por manera que como bien lo evidenció el Tribunal a-quo y lo reitera el señor Fiscal Colaborador, la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de que están investidos los actos impugnados, circunstancia ésta que imponía una negativa de las peticiones por ella formuladas, lo que, de otro lado, entraña la confirmación del fallo recurrido.

Y está de acuerdo la Sala con el señor Fiscal en el sentido de que en el presente caso no era procedente la condenación en costas, puesto que la Ley 167 de 1941, en cuya vigencia se tramitó y falló el juicio nada disponía sobre el particular. Solamente el nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984 que entró a regir el primero de marzo último, en su artículo 171 dispuso que, "En todos los procesoso, con excepción de los de nulidad y de los electorales habrá condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil". Por consiguiente, la sentencia en cuanto hizo condenación en costas será revocada.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación, y administrado Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de mayo de 1985 y REVOCASE su numeral segundo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el cuatro (4) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CAPITULO II

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

JURISDICCION COACTIVA.—COMPETENCIA PARA ADELANTAR PROCESOS DE COBRO POR JURISDICCION COACTIVA.— El artículo 213 del Código de Régimen Político y Municipal le asigna competencia a los Tesoreros o Recaudadores Municipales y por lo tanto los Concejos no pueden crear ("JUECES CON ATRIBUCIONES PARA IMPULSAR JUICIOS Y LLEVARLOS A SU TOTAL EJECUCION") ese tipo de cargos y asignarles sus funciones.

Declárase la nulidad de las siguientes frases del Acuerdo No. 20 de noviembre 30 de 1965 del Concejo Municipal de Cartagena:

a) Artículo 1o. "La que se compondrá de de un Juez de Ejecuciones Fiscales, que debe ser abogado titulado".

b) Artículo 2o. "Del Juez de Ejecuciones Fiscales".

c) Artículo 2o. "b) Impulsar los juicios correspondientes y llevarlos a su entera ejecución bajo la dirección y control del Tesorero".

d) Artículo 2o. Parágrafo 1o.: "Del Juez de Ejecuciones Fiscales, y

e) Artículo 3o. "Iniciar los juicios correspondientes en orden a obtener la plena posesión de esos inmuebles y lanzar a todas aquellas personas que ocupen o puedan ocupar bienes de propiedad municipal".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., febrero diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 5889.
Actor: **Clodomiro Herrera Meñaca.**

Apelación sentencia de 13 de octubre de 1987 Tribunal de Bolívar. Nulidad Acuerdo 20 de 30 de noviembre de 1965 expedido por el Concejo Municipal de Cartagena. **Asuntos municipales.**

El ciudadano abogado Clodomiro Herrera Meñaca en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar para obtener la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1o. del aparte b) del artículo 2o. y del parágrafo primero del mismo artículo así como del artículo 3o.; todos del Acuerdo 20 de 30 de noviembre de 1965 dictado por el Concejo Municipal de Cartagena.

El actor señaló como normas violadas los artículos 169 y 213 de la Ley 4a. de 1913 así como el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil lo mismo que la Ley 41 de 1948 y 19 de 1937.

Las razones que tuvo el demandante para solicitar la nulidad parcial del Acuerdo consisten fundamentalmente en el hecho de que los Concejos Municipales no tienen atribuciones para crear el cargo de Juez y señalarle la competencia por cuanto ello es atributo exclusivo de la ley; y por lo tanto al crear el Concejo Municipal de Cartagena por medio de ese acuerdo el cargo de Juez de Ejecuciones Fiscales, señalarle funciones y disponer la forma de asignarle el sueldo, desconocía las previsiones legales mencionadas.

El Tribunal mediante sentencia del 13 de octubre de 1978 denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Ahora bien, al denominar el artículo 1o. del acuerdo a este funcionario "Juez de Ejecuciones Fiscales", no puede entenderse que aplicó los numerales 3o. y 12 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, y que quiso referirse al cargo, mejor aún, crear el cargo de Juez Municipal, cuyas calidades, período y entidad nominadora los determina la Constitución Nacional y atribuye a la ley la facultad de señalar su competencia y el territorio de su jurisdicción, y que pertenece, de acuerdo con la misma Carta, a la Rama Jurisdiccional, teniendo en cuenta que dicho funcionario, el de Ejecuciones Fiscales, conforme lo dispone el artículo 1o. del referido acuerdo, hace parte de la "Sección de Jurisdicción Coactiva", dependencia de la Tesorería Municipal,

y es nombrado por el Tesorero Municipal, quien posee la jurisdicción coactiva; y que tiene como funciones la de preparar 'los libelos de demanda contra todos y cada uno de los contribuyentes que tengan cuentas atrasadas por concepto de impuestos municipales' e impulsar 'los juicios correspondientes y llevarlos a su entera ejecución bajo la dirección y control del Tesorero'.

"No puede sostenerse simplemente porque el Concejo Municipal de Cartagena, por medio del Acuerdo No. 20 de 1965, y haciendo uso de facultades legales para mejorar el servicio municipal, hubiera creado un empleo con la denominación de 'Juez', realmente lo sea, administre justicia conforme lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Nacional cuando es funcionario nombrado por el Tesorero Municipal como empleado de su dependencia, y quien impulsa los juicios de jurisdicción coactiva pero bajo la dirección y control del Tesorero, es decir, que la jurisdicción coactiva no se ha desplazado de la Tesorería Municipal hacia otra entidad.

"De manera que no aparece que el acuerdo en sus artículos 1o. y 2o. viole las normas de carácter superior señaladas por la demanda.

"En cuanto al acusado artículo 3o. del acuerdo, la demanda indica como disposiciones violadas las Leyes 41 de 1948 y 19 de 1937, de manera general, sin especificar los artículos y para cumplir la exigencia del ordinal 4o. del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo deben citarse en forma expresa y precisa las disposiciones que viola el acto acusado, y el juzgador no puede entrar a escoger a su arbitrio las normas que de un texto general señalado por el actor considere que han sido transgredidas, por no ser oficiosa la justicia que imparte esta jurisdicción sino rogada".

Interpuesto el recurso de apelación por el demandante y tramitado el negocio en esta instancia se oyó el concepto de la Fiscal 6a. del Consejo de Estado quien considera que debe revocarse la sentencia apelada y acceder a las peticiones de la demanda con base en el siguiente raciocinio:

"1. De conformidad con el artículo 26 de la Constitucional Nacional: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a *leyes preexistentes* al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"De conformidad con el artículo 58 de la Carta, administran justicia la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y juzgados que establezca la ley.

"2. El proceso de ejecución por jurisdicción coactiva es un verdadero proceso judicial, con los caracteres propios de las decisiones adoptadas por los jueces de la República, que hacen tránsito a cosa juzgada. Por ello quien adelanta el juicio debe tener la suficiente investidura para actuar como Juez. Así, teniendo en cuenta su misma naturaleza, el propio 73 del Código Contencioso Administrativo excluyó de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, el conocimiento o juzgamiento de las decisiones (que llamó sentencias) que funcionarios administrativos (jueces de ejecuciones fiscales) adoptan en los juicios por fraude a las rentas, nacionales, departamentales y municipales.

"3. También el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil denominado Código Judicial por el demandante, reiterando el principio constitucional, dispone al respecto:

'Procedimiento. Las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas *se seguirán ante los funcionarios que deter-*

mine la ley, por los trámites del proceso ejecutivo de mayor, menor y de mínima cuantía, según fuere el caso, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el presente capítulo'.

"En este proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron se objeto de recursos por la vía gubernativa.

"4. Fluye entonces de los textos citados que la creación de juzgados de ejecuciones fiscales o de otros cargos administrativos para adelantar los procesos por jurisdicción coactiva, requieren de la expedición de una ley.

"Para el caso municipal, la Ley 4a. de 1913, en su artículo 213 se ocupó del tema al señalar que 'Los tesoreros o recaudadores municipales tendrán jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro puntual de los impuestos municipales'. No es posible, válida y jurídicamente hablando, que un acuerdo municipal modifique el texto de la Constitución y la ley y por lo tanto, aparece claramente la contradicción entre los textos acusados del acuerdo No. 20 de 1965, expedido por el concejo municipal de Cartagena y las disposiciones superiores que regulan la materia.

"5. De conformidad con el artículo 169, numeral 4 del Código de Régimen Político y Municipal podría el cabildo de Cartagena proporcionar personal auxiliar al Tesorero para ayudarlo en el cumplimiento de sus funciones, vale decir, abogados adscritos a su Despacho para contribuir a preparar las decisiones que el titular debe adoptar, personal de mecanografía, etc., pero so pretexto de utilizar esta facultad no podrá desplazar las funciones que la ley le ha dado al Tesorero Municipal para trasladárselas a un subalterno suyo o a otro funcionario de la repartición municipal.

"Para ello, sería, menester una ley que asignara directamente la función a otro funcionario municipal o que, también la ley autorizara al tesorero a delegar a su función en otro funcionario, en forma igual como la Ley 19 de 1937 autorizó al Personero Municipal para lo propio".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La Sala encuentra muy jurídicas las consideraciones hechas por la Fiscal 6a. en su concepto de fondo y estima que aun cuando los Concejos tienen facultad para organizar la Administración Municipal y proveer a su funcionamiento según lo previsto en el numeral 3o. del artículo 197 de la Constitución Nacional serían ajustadas a dicha norma las disposiciones del acuerdo acusado si se hubiera limitado a fijar la estructura y a crear los cargos necesarios de subalternos del tesorero municipal para agilizar y hacer efectiva la gestión del recaudo por jurisdicción coactiva de los impuestos y de las deudas en favor del Municipio; pero ciertamente la creación de jueces con atribuciones para impulsar los juicios y llevarlos a su total ejecución, contraría lo previsto por el artículo 213 del Código de Régimen Político y Municipal que le asigna la competencia para adelantar procesos de cobro por jurisdicción coactiva a los Tesoreros o Recaudadores Municipales y por lo tanto los Concejos no pueden crear ese tipo de cargos y asignarles sus funciones.

Por otra parte según lo afirma muy acertadamente la Fiscal del Consejo de Estado el artículo 56 de la Constitución Nacional señala qué organismos administran justicia y expresamente dispone que la ley establecerá los Tribunales y Juzgados que deben cumplir esa función.

La Sala por lo tanto acoge el criterio expuesto por la Fiscal 6a. Doctora Susana Montes de Echeverri y de acuerdo con las peticiones de la demanda habrá que declarar la nulidad parcial de algunos artículos del acuerdo acusado.

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 de las siguientes frases del acuerdo No. 20 de noviembre 30 de 1965 del Concejo Municipal de Cartagena:

a) Artículo 1o. "La que se compondrá de un Juez de Ejecuciones Fiscales, que debe ser abogado titulado".

b) Artículo 2o. "Del Juez de Ejecuciones Fiscales".

c) Artículo 2o. "b) Impulsar los juicios correspondientes y llevarlos a su entera ejecución bajo la dirección y control del Tesorero".

d) Artículo 2o. Parágrafo 1o. "Del Juez de Ejecuciones Fiscales y;

e) Artículo 3o. "Iniciar los juicios correspondientes en orden a obtener la plena posesión de esos inmuebles y lanzar a todas aquellas personas que ocupen o puedan ocupar bienes de propiedad municipal".

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión del día diez (10) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Prohibición de los Municipios de gravar las exportaciones. Declárase la nulidad de la palabra "exterior" contenida en el inciso 1o. artículo 12 del Acuerdo 011 de 1974 del Concejo Municipal de la Estrella (Antioquia).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, marzo dieciseis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 10.525.

Apelación de la sentencia del Tribunal de Antioquia. Nulidad del artículo 12 del Acuerdo No. 11 proferido por el Concejo Municipal de la Estrella.

Demandante: **John Quijano Aristizábal.**

El ciudadano John Quijano Aristizábal, en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo vigente entonces (Ley 167 de 1941) demandó al Tribunal Administrativo de Antioquia que declare nulo el artículo 12 del Acuerdo 11 del 21 de diciembre de 1974 expedido por el Concejo Municipal de la Estrella (Antioquia) y en el aparte que dice "el gravamen de un seis por mil anual, sobre las ventas totales realizadas por las compañías al exterior del país". Invoca las normas expresadas del Decreto 444 de 1967 y del Decreto 1366 de ese mismo año que prohiben a los municipios gravar las exportaciones.

El tribunal denegó las pretensiones de la demanda alegando al efecto una doctrina del 26 de febrero de 1970 sobre el alcance del impuesto de industria y comercio.

Sometida la sentencia del tribunal al estudio de esta Corporación, en virtud del recurso de apelación presentado por el demandante, el señor Fiscal tercero ante el Consejo de Estado, solicitó que se revoque la sentencia y se acceda parcialmente a las prensiones de la demanda.

La Sala acoge las pretensiones del libelo. Si alguna duda hubiese sobre el alcance de las prohibiciones expresas del artículo 169 del Decreto 444 de 1967 y del 45 del Decreto 1366 de 1967 que prohiben a los municipios gravar las exportaciones, queda por vía de interpretación el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, norma que bien puede entenderse dictó el legislador como el más autorizado de los intérpretes y que excluye de la base del gravamen de industria y comercio las ventas destinadas a las exportaciones.

En este mismo sentido se pronunció la Sala (expediente 5361 actor Industrias Vera Ltda. Consejero Ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya, sentencia del 21 de octubre de 1983). Concluyó el Consejo entonces:

"En estas condiciones hay que entender que la voluntad del legislador ha sido que no se tengan en cuenta para el cálculo de ese impuesto (el de industria y comercio) los ingresos por concepto de exportaciones tal como lo establece el artículo transcrito (el 33 de la Ley 14 de 1983)".

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:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. Declárase la nulidad de la palabra *"exterior"* contenida en el inciso primero, artículo 12 del Acuerdo 11 de 1974 del Concejo Municipal de la Estrella (Antioquia). En consecuencia el inciso primero del artículo 12 del Acuerdo 11 de 1974 se leerá así:

"Las factorías o establecimientos industriales pagarán un impuesto de industria y comercio equivalente al seis (6) por mil anual sobre las ventas totales realizadas por las compañías en el interior del país, pagadero mensualmente".

No se modifica el inciso segundo del mismo artículo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— 1. El impuesto de industria y comercio es un gravamen de patente para ejercer una actividad industrial, comercial o de servicios en razón del uso de utilización de la infraestructura municipal.

Mientras la ley en forma expresa no haya excluido una determinada actividad del ámbito del tributo son los Concejos los que poseen la capacidad de reglar las actividades gravadas, fijar las exenciones y establecer las tarifas.

2. Actividades excluidas.

3. Ley 14 de 1983. Introducción sobre este impuesto, de elementos nuevos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., abril seis (6) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 9587.

Apelación de la sentencia del Tribunal de Antioquia. Nulidad del artículo 7o. del Acuerdo 22 de 1980, emanado del Concejo Municipal de Medellín.

Demandante: **Silvia Giraldo Lopera.**

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda en la acción pública de nulidad instaurada por la ciudadana Silvia Giraldo Lopera contra el artículo 7o. del Acuerdo 22 de 1980 emanado del Concejo Municipal de Medellín. La sentencia del tribunal fue apelada por la actora.

DEMANDA:

La actora demandó el artículo 7o. del Acuerdo 22 de 1980 del Concejo Municipal de Medellín que reza así:

"El ejercicio individual de las profesiones liberales no está sujeto al impuesto de industria y comercio".

Considera la actora que esta disposición violó el Decreto 37 de 1972 artículo 2o. inciso 2o. que dice: "El simple ejercicio *individual o poer medio de sociedades* de las profesiones liberales *no* está sujeto al impuesto de industria y comercio" (Subrayado de la actora). Anota la actora:

"... el Acuerdo trata de EXCLUIR a las Sociedades pese a estar expresamente nombradas en el Decreto.

"Viola también el Código de Comercio artículo 23 No. 5, que dice: "Que la prestación de Servicios inherentes a las profesiones Liberales no es Acto Mercantil".

"Lo anterior en cuanto define el ejercicio profesional (sin limitación alguna) como Acto NO MERCANTIL y que por lo mismo no tendría por qué ser gravado por Industria y Comercio.

"Del texto del artículo citado se desprende que el Código no establece distinción en cuanto a la Persona que preste el servicio Profesional mientras el Acuerdo trata de

forzar la palabra "Individual" con el claro propósito de gravar los servicios profesionales si se prestan bajo la forma de una Sociedad".

IMPUGNACION

Durante el trámite del proceso se constituyó como parte impugnadora la señorita Nora Lucía Gómez P., quien alegó que no se violaban las normas invocadas por la actora porque en su sentir la prestación de servicios profesionales puede someterse al régimen impositivo de industria y comercio.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal hizo las siguientes reflexiones:

"En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, se ha incoado la presente para obtener el desaparecimiento del artículo 7o. del Acuerdo No. 22 de 1980, del Concejo Municipal de Medellín, con el argumento de haberse operado la violación de la norma jerárquica representada en el Decreto 37 de 1972 y el artículo 23 numeral 5o. del Código de Comercio.

"Para mayor claridad han de transcribirse las normas fundamento de derecho del libelo demandatorio:

"Decreto 37 de 1972 artículo 2o. inciso 2o. que dice: 'No son gravables con el impuesto de industria y comercio los establecimientos o actividades industriales, comerciales o de servicios que, a pesar de ejercer con ánimo de lucro, se encuentran amparados por el beneficio de la exención, en virtud de normas superiores que obligan al Municipio, y también las que tiene por objeto la prestación de servicios de beneficencia y las de utilidad común, como corporaciones asociaciones, fundaciones etc'.

" .....

"Parágrafo 2o. 'El simple ejercicio individual o por medio de sociedades de las profesiones liberales, no está sujeto al impuesto de industria y comercio'.

"Artículo 23 del Código de Comercio no son actos mercantiles numeral 5o. 'La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales'.

"Se queja el demandante de que el artículo del Código de Comercio citado, no establece distinción en cuanto a la persona que preste el servicio profesional, mientras que el Acuerdo sub-judice en su artículo 7o., trata de forzar la palabra individual, con el propósito de gravar los servicios profesionales suministrados bajo la forma de sociedad.

"Es un hecho innegable por cuanto se ha acreditado plenamente con la copia debidamente autenticada que el Acuerdo No. 22 de 1980 del Concejo Municipal de Medellín, por el cual se reglamentan las rentas municipales no reprodujo el Acuerdo No. 7 de 1973 en su artículo 3o. inciso 2o. y Decreto 37 de 1972 artículo 2o. parágrafo 2o. como lo dice el señor colaborador fiscal en cuanto expresamente abarcaba no sólo el ejercicio individual de las profesiones liberales, sino también el realizado por medio de sociedades civiles. La verdad es, como también lo afirma este funcionario que *la reglamentación que llegue a estimarse incompleta no puede servir de fundamento jurídico para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara actos administrativos como el sub-júdice*, la cual sería suficiente para resolver la *litis*".

Y alega igualmente el Tribunal que no se violó el artículo 23 numeral 5o. del Código de Comercio pues consideró que las empresas que prestan servicios profesionales

deben considerarse de carácter mercantil si se hace una interpretación adecuada del referido Código de Comercio.

APELACION

La actora interpuso recurso de apelación insistiendo en los argumentos de su demanda.

VISTA FISCAL

El señor Fiscal tercero ante esta Corporación consideró que el fallo apelado debe ser revocado y en su lugar debe el Consejero declarar la nulidad impetrada. Dijo así:

"Tratándose del impuesto de Industria y Comercio era lógico que el Concejo de Medellín no podía omitir en la excepción acusada aquello que la ley ya había excepcionado como sujeto del gravamen: la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, hecha también por sujetos o profesionales asociados o considerados colectivamente. El ejercicio colectivo de profesiones liberales es una nota distintiva de las sociedades modernas. A él se unen profesionales que quieren prestar sus servicios explotando por ejemplo un bufete que de otra manera por los precios de arrendamiento y demás sería inalcanzable para que un profesional nuevo empezara a ejercer dignamente su profesión. El ánimo de lucro colectivo o asociado no es el distintivo de esa asociación porque de serlo en el documento constitutivo así debe establecerse y entonces la actividad se convertiría en una empresa prestataria de servicios con ánimo de lucro que la ubicaría automáticamente en la hipótesis prevista por el artículo 25 del Código de Comercio y sujeta entonces del gravamen de Industria y Comercio.

"El acuerdo demandado en su artículo 7o. al preceptuar que 'el ejercicio individual de las profesiones liberales no está sujeto al impuesto de Industria y Comercio' excluyó como sujeto de exención al ejercicio colectivo de las profesiones liberales. Con esa omisión, en contra del artículo 23 ordinal 5o. del Código de Comercio el Concejo de Medellín excedió sus poderes legales ya que el ejercicio de la profesiones liberales está protegido y libre de impuesto de Industria y Comercio sea que el ejercicio profesional o de prestación de servicios se ofrezca por particulares individual o colectivamente cosiderados. Si deseaba el Concejo repetir inanemente la norma, (puesto que ya existía el mandato superior del artículo 23 ordinal 5o.) ha debido hacerlo sin ese recorte subjetivo. Como está impregnado de ilegalidad y de exceso de poder y por lo mismo el Ministerio Público considera que la sentencia del a—quo debe serle revocada".

Para resolver se considera:

En providencia del 10 de diciembre de 1982 esta misma sala, frente a un caso similar, sostuvo lo siguiente:

"Claro es que el impuesto de industria y comercio no se estableció en forma exclusiva sobre establecimientos manufactureros o de comercio. Cuando la Ley 97 de 1913 fijó este gravamen utilizó varias expresiones al fijar la base. 'Sobre establecimientos industriales. . .', clubes, teatros. . . almacenes y tiendas de cualquier clase". Más importante el tenor de la Ley 72 de 1926, artículo 6o., en la cual estableció una facultad especial para el Municipio de Bogotá, autorizándolo para 'organizar libremente sus rentas'.

"Ya ha dicho esta Corporación en numerosas oportunidades que el impuesto de industria y comercio es un gravamen de patente para ejercer una actividad industrial comercial o de servicios en razón del uso o utilización de la infraestructura municipal.

Mientras la ley en forma expresa no haya excluido una determinada actividad del ámbito del tributo son los Concejos los que poseen la capacidad de reglar las actividades gravadas, fijar las exenciones y establecer las tarifas.

"Dentro de los servicios excluidos por la ley del alcance de este tributo no se encuentran los de consultoría, interventoría, asesoría y afines. Debe, en consecuencia, entenderse que estos servicios pueden ser tasados por el municipio.

"En el caso del Distrito Especial de Bogotá, el Concejo Distrital hizo diferencia entre lo que es un servicio colectivo o asociado y lo que es un servicio individual. En forma expresa excluyó del gravamen el ejercicio de una profesión liberal cuando ella es ejercida en forma individual. Por lo tanto, el ejercicio asociado o colectivo de una profesión debe entenderse, a contrario sensu, sometido al tributo. Dentro del ejercicio individual no gravado deben entenderse incorporadas las profesiones de ingenieros que desarrollan actividades de consultoría, interventoría, etc. Por lo contrario deberá pagarse el impuesto, si en vez de desarrollarse la tarea en forma individual se ejerce en forma asociada o colectiva.

"No encuentra la Sala que el texto acusado contraríe la ley".

A lo dicho entonces cabe añadir cómo la Ley 14 de 1983 introdujo nuevos elementos en el tema que la Sala se permite destacar.

1. Determina que el impuesto de industria y comercio se puede cobrar "sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejerzan en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos". Y el artículo 36 precisa el tema de los servicios, incorporando entre éstos "los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho".

2. De suerte que si existió alguna duda sobre el punto al expedirse el Acuerdo acusado, la presencia de la Ley 14 de 1983 genera lo que bien puede constituir una interpretación con autoridad, con la autoridad máxima y más indiscutible que es la del legislador.

Estas razones y las que han emitido tanto el Tribunal como la parte impugnadora en este proceso llevan a la Sala a confirmar la providencia impugnada.

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.

Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn,

Los Consejeros: **Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE ESPECTACULOS.— Es un tributo de carácter nacional cuyo recaudo ha sido cedido a las entidades territoriales. Suspéndese provisionalmente el artículo 7o. del Acuerdo 35 de 1981 emanado del Concejo Municipal de Bello.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 10.999.

Apelación del auto del Tribunal de Antioquia. Nulidad del artículo 7o. del Acuerdo No. 35 de septiembre 12 de 1981 del Concejo Municipal de Bello.

Demandante: **Pedro Nel Escorcia Castillo.**

El tribunal administrativo de Antioquia denegó la suspensión provisional del artículo 7o. del Acuerdo 35 de 1981 emanado del Concejo Municipal de Bello (Antioquia) solicitada por el ciudadano Pedro Nel Escorcia Castillo. El auto del Tribunal fue apelado por el actor.

ACTO ACUSADO

La norma acusada reza así:

"Artículo 7o. *Valor y Forma de Pago.* Se pagará un impuesto del doce por ciento (12%) sobre el producido bruto de toda clase de espectáculos públicos, teatrales, deportivos, cinematográficos, de toros, boxeo, exhibiciones y diversión en general.

"Parágrafo. Los impuestos deberán pagarse dentro de los dos (2) días siguientes a la presentación del espectáculo, o en los tres (3) días cuando se trate de temporada de espectáculos continuos, se liquidarán por el Departamento de Impuestos de Acuerdo con las planillas que en tres (3) ejemplares presentarán oportunamente los interesados. Las planillas deben contener la fecha, cantidad de tiquetes vendidos, diferentes localidades y precio, el producto bruto de cada localidad o clase de boletas o tiquetes de favor, y los demás requisitos que solicite el Departamento de Impuestos. Las Planillas serán revisadas por éste, previa liquidación del impuesto, para lo cual la oficina se reserva el derecho efectivo control".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Invoca el actor las siguientes disposiciones de carácter constitucional y legal: a) Constitución Nacional artículos 43, 191 y 197 que autorizan a los Concejos a imponer tributos pero con arreglo a la Constitución, la ley y las Ordenanzas.

b) Artículo 171 numeral 9o. de la Ley 4a. de 1913 que prohibe a los Concejos gravar objetos ya gravados por la Nación o por el Departamento.

c) El artículo 7o. de la Ley 12 de 1932 que creó un impuesto del 10% sobre espectáculos públicos, impuesto cedido a los Municipios por la Ley 33 de 1968.

Entre su argumentación el actor trae a colación los siguientes puntos:

"Por su parte el artículo 171 numeral 9o. de la Ley 4a. de 1913 dice:

'Es prohibido a los Concejos:. . . 9) *Gravar objetos ya gravados por la Nación o por el Departamento* (Subraya el actor), salvo que se les conceda especialmente el derecho de hacerlo en un caso determinado. . .' "En reiterada jurisprudencia tanto de los Tribunales Administrativos como del Honorable Consejo de Estado se ha manifestado que los objetos ya gravados en cumplimiento del anterior precepto legal no pueden gravarse nuevamente. El artículo 7o. de la Ley 12 de 1932, creó un impuesto del 10% sobre cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos, impuesto que después de recaudarse varios años por la Nación fue cedido a los Municipios por la citada Ley 33 de 1968; y las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971, adoptaron como Nacional el que había sido creado por las Leyes 1a. y 49 de 1967, que consiste en un 10% del valor de entrada a espectáculos públicos, también para fomento del deporte el cual es recaudado por las Seccionales Departamentales de Coldeportes. Existiendo los anteriores impuestos creados por las leyes, el Acuerdo No. 35 del 12 de septiembre de 1981, emanado del Concejo Municipal de Bello, creyendo erróneamente tener facultad para hacerlo ese Cabildo 'crea un nuevo impuesto' a los espectáculos públicos violando así la Constitución y la ley, especialmente no acatando la prohibición de la Ley 4a. de 1913. No teniendo los concejos soberanía tributaria en el campo de los espectáculos públicos, por tanto es imposible adicionar a los impuestos creados por ley, nuevos impuestos por los Cabildos, como acertadamente lo consideró el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de junio de 1976, que resolvió la apelación de la Suspensión Provisional del Acuerdo 24 de 1975, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué:

'Además, el Concejo en forma reiterada y continua ha venido predicando la imposibilidad que tienen los Municipios de gravar con el impuesto de espectáculos públicos los cinematógrafos, teatros y estadios deportivos, por fuera o más allá del gravamen establecido por el artículo 7o. de la Ley 12 de 1932'.

"Recientemente esta Corporación decretó la Suspensión Provisional de un Acuerdo expedido por el Concejo Municipal de San Gil, (Expediente No. 3297), y por Sentencia del 25 de marzo del corriente año se decretó también la nulidad de los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Pamplona, (Expediente No. 2815) que contenía disposiciones similares a la acusada en el presente negocio".

AUTO DEL TRIBUNAL

El Tribunal al negar la suspensión provisional hizo las siguientes reflexiones:

"Pero esta violación de ley, con fundamento en un doble gravamen por gravarse objetos ya gravados por la Nación, desaparece en su ostensibilidad y evidencia prima facie, con la simple confrontación de norma violada y acto violador, al apreciar la nueva jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que guarda el siguiente tenor:

'Es incuestionable que los concejos municipales tienen la potestad de gravar con el impuesto de industria y comercio los establecimientos de proyección cinematográfica. No sólo existe autorización expresa del legislador. También existe una consideración básica en relación con la alegada doble tributación: Se trata de un hecho imponible diferente. No es lo mismo el gravamen que afecta a los cinematógrafos a nivel nacional que el que tasa toda actividad industrial y comercial o de servicio, incluyendo la producción cinematográfica a nivel municipal. El primero es un gravamen genérico a los espectáculos públicos; el hecho imponible es la presentación de un espectáculo de carácter colectivo. El segundo es un gravamen por el uso de la infraestructura municipal; se grava un actividad lucrativa por el provecho que del ejercicio de esta actividad obtiene el usuario por la utilización directa e indirecta de las inversiones municipales. Vale decir, es un impuesto de patente como bien lo estatuye la Ley 97 de 1913'. (Sentencia de noviembre 26 de 1982, Sección 4a. Consejero Ponente Enrique Low; Extractos de Jurisprudencia, noviembre de 1982, páginas 864 y 865)".

El actor insiste en su posición y trae a colación una providencia de esta misma sala (expediente 10.620) en la cual se confirmó la suspensión provisional del artículo 7o. numeral 11 del Acuerdo 55 de 11 de diciembre de 1979 del Concejo de Cúcuta.

Decisión:

Claramente el acto acusado es un impuesto sobre espectáculos públicos y no recoge ninguna de las características del impuesto de industria y comercio. El hecho generador del tributo es la presentación de "espectáculos públicos, teatrales, deportivos, cinematográficos, de toros, boxeo, exhibiciones y diversión en general". En este caso no se tiene un impuesto de industria y comercio ni por razón del hecho imponible, ni por razón del modo de pago, ni tampoco por las bases imponibles, menos aún cuando estos elementos han sido precisados por la Ley 14 de 1983. Por el contrario, el hecho imponible, la base del tributo, los períodos de liquidación le dan al impuesto establecido por la norma acusada todas las características de un impuesto sobre los espectáculos públicos muy análogo en todo al que establece la Ley 12 de 1982.

Así las cosas la violación legal es ostensible: a) El impuesto de espectáculos públicos es un tributo de carácter nacional cuyo recaudo ha sido cedido a las entidades territoriales. b) Es claro el texto de la Ley 4a. de 1913 (artículo 171) cuando prohibe a los municipios gravar objetos ya gravados por la nación o por el departamento. c) La Ley 12 de 1932 (artículo 7o.) creó un impuesto del 10% sobre cada boleta de entrada a espectáculos públicos; d) El recaudo de este impuesto fue cedido a los municipios (Ley 33 de 1968, Ley 47 de 1968 y Ley 30 de 1971). d) Las Leyes 1a. y 49 de 1967 establecieron una sobretasa del 10% del valor de la entrada a espectáculos públicos para el fomento del deporte: su recaudo sirve para financiar gastos de las Seccionales Departamentales de Coldeportes. f) Así las cosas, el Concejo de Bello se excedió al dictar la norma acusada pues estableció un impuesto nuevo sin facultad para hacerlo y contrariando norma expresa que prohibe a los concejos municipales gravar objetos ya gravados por la Nación.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo contencioso,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado.

Declárase la suspensión provisional del artículo 7o. del Acuerdo 35 de 1981 emanado del Concejo Municipal de Bello (Antioquia).

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO PREDIAL EN LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.— 1. El artículo 43 del Decreto 3130 de 1968 dispone que las empresas industriales y comerciales del estado, y las sociedades de economía mixta sólo gozan de los privilegios que hayan recibido por norma especial. Deben en principio pagar el impuesto predial. Si una entidad específica goza de exención, el beneficio así consagrado no puede generalizarse a todas las entidades que tienen el carácter de empresas comerciales o industriales del Estado o que sean sociedades de Economía Mixta. 2. El acuerdo 8 de 1974 reestructuró en forma general el impuesto predial en el ámbito del Distrito reduciendo toda clase de exenciones.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, mayo catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 10.663.

Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca. Nulidad del Acuerdo No. 8 de 9 de diciembre de 1974, proferido por el Concejo Distrital de Bogotá.

Demandante: **Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.**

El ciudadano Francisco Sierra Jaramillo, actuando a nombre propio y también como apoderado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero interpuso demanda, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en acción pública de nulidad buscando la anulación del artículo 2o. del Acuerdo 8o. de diciembre 9 de 1974, particularmente en la expresión "salvo los correspondientes a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta".

Al expresar las normas violadas y el concepto de violación el actor observó lo siguiente:

"A) De entrada se observa que el acto acusado viola el artículo 16 de la Constitución Nacional, ya que las autoridades de la República, están instituídas para proteger la vida, honra y bienes de las personas, sean éstas naturales o jurídicas. Así pues, el Honorable Concejo de Bogotá al disponer en la norma acusada que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, están obligadas a pagar el impuesto predial y complementario, aún éstas se encuentren amparadas contra dicha exacción, por normas superiores de derecho, caso de la Caja Agraria; en vez de amparar los derechos de este tipo de sociedades los viola y los atropella.

"B) El Acuerdo No. 8 de 1974, en su artículo 2o. y en especial en su frase: "Salvo los correspondientes a las Empresas Industriales y Comerciales y Sociedades de Economía Mixta", violó el artículo 35 de la Ley 57 de 1931. Y, no es soporte alguno al acto acusado, la Ley 29 de 1973, en su artículo 2o. que derogó las disposiciones de carácter nacional que decretaban exenciones, o exoneraciones del impuesto predial y complementarios; porque esta norma se refiere en forma inequívoca a las personas PRIVADAS y la Caja de Crédito Agrario no es una persona de derecho privado, sino una sociedad de Economía Mixta, regida como las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de conformidad al artículo 3o. del Decreto 3130 de 1978. En otras palabras, es la Nación misma que ha destinado parte de su patrimonio al fomento de la zona agrícola del país, cumpliendo así, la función social que la Constitución le señala al Estado. Es pues, la Caja de Crédito Agrario una entidad de derecho público donde el

Estado colombiano tiene más del 90% del capital, y en sus actividades, o giro ordinario no compite con las entidades Bancarias privadas, porque sus fines son tan Sui-Géneris, que sólo las entidades estatales de servicio a la comunidad pueden prestarlo. De allí que la misma ley de su creación, la 57 de 1931 la catalogue como institución de Utilidad Común".

IMPUGNACION

Durante el trámite de la primera instancia se constituyó como parte impugnadora la Personería del Distrito Especial de Bogotá la cual se expresó: a) que existía una ineptitud sustantiva de la demanda porque lo que en el fondo pretende el demandante es el restablecimiento de un derecho individual por lo cual debió interpretarse una acción de plena jurisdicción y no una acción pública de nulidad. b) En subsidio solicitó la parte impugnadora que se denieguen las súplicas de la demanda por las siguientes razones: 1. Porque el artículo 183 de la Carta le otorga a los municipios un derecho inalienable sobre sus bienes y prohibe al Gobierno establecer exenciones sobre los impuestos de carácter municipal. 2. Porque la prohibición del artículo 183 fue definitivamente incorporada al texto de la Constitución por el artículo 54 del Acto Legislativo 1o. de 1968, "es posterior al establecido por la Ley 57 de 1931 (que exonera de todos los impuestos municipales a la Caja Agraria) y por ello se puede entender que el texto constitucional deroga el texto legal".

La impugnadora trae a colación sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1972 con ponencia del doctor Guillermo González Charry en el que interpreta el alcance del artículo 183 de la Carta.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para pronunciamiento de mérito acogiendo la tesis de la ineptitud sustantiva de la demanda.

Dijo al respecto:

"En primer término deberá el Tribunal referirse a la clase de acción que corresponde incoarse en el presente caso, para decidir si hay lugar a no al fenómeno procesal de inepta demanda alegada por la representante judicial del Distrito.

"El profesional Francisco Sierra Jaramillo viene ante esta Jurisdicción en virtud del poder que le otorga la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (folios 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10) para demandar la nulidad del Acuerdo 8o. de 1974, artículo 2o., *in fine*, del Honorable Concejo Distrital de Bogotá. Y como norma vertebral quebrantada por dicho acto distrital señala el artículo 35 de la Ley 57 de 1931 que específicamente exceptúa a dicha Institución de '... impuestos Nacionales, Departamentales y Municipales y de toda clase de contribuciones'.

"Es decir que como esa ley provee concretamente para la Caja de Crédito Agrario en materia de tales exenciones fiscales, en el supuesto de prosperar las súplicas de la demanda habría en primer lugar una preservación del orden jurídico consistente en la continuación de la vigencia de la Ley 57 de 1931, artículo 35 y *además*, un condigno restablecimiento del derecho, porque cabalmente tal preservación iría a significar que al anularse el texto del Acuerdo Distrital acusado, no podría seguírsele gravando con el impuesto predial. Así las cosas, la acción pertinente que conjuga ambas finalidades es la de plena jurisdicción contemplada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo.

"Del mismo modo, una decisión desfavorable producirá el efecto contrario, esto es, no tutela del orden jurídico sin protección del derecho particular afectado.

"Y tanto es lo anterior así que el propio Acuerdo 8o. trae un capítulo denominado '*Del procedimiento* y disposiciones generales' (subraya el Tribunal) el cual en sus artículos 18 y 19 prescribe lo siguiente:

'Artículo 18. Para que se haga efectivo el beneficio de la exención del impuesto predial y complementarios, es necesario que se haga el reconocimiento por la Junta Distrital de Hacienda, la cual establecerá, mediante resolución, los requisitos que debe satisfacer el peticionario'.

'Artículo 19. Los beneficios consagrados en el presente Acuerdo, para quienes presenten su solicitud por primera vez, sólo tendrán vigencia a partir de la fecha de la respectiva petición'.

"De esta manera, en primera instancia se le da al Distrito la oportunidad de pronunciarse sobre la exención del impuesto predial controvertida, con la posibilidad, en caso de negativa de éste, de acudir en vía de acción de plena jurisdicción ante la justicia administrativa.

"Entonces, si la Caja de Crédito Agrario estimaba que el Acuerdo 8o. le estaba cercenando una exención que le había conferido subjetivamente la Ley 57 de 1931, ha debido agotar la fase gubernativa ante la Junta Distrital de Hacienda y luego sí, dentro de los cuatro meses siguientes promover la acción de plena jurisdicción (artículo 83, último inciso, Código Contencioso Administrativo).

"La escogencia equivocada de la acción conduce a que por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, el Tribunal se encuentra impedido para hacer un pronunciamiento de mérito y así se decidirá".

APELACION

El actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia del a-quo y expresó los siguientes argumentos:

"1. De la demanda se infiere que actúo en mi doble carácter de ciudadano colombiano y abogado de la Caja Agraria. Si la acción de nulidad no procedía en mi condición de apoderado de la Caja Agraria, sí procedía en mi calidad de ciudadano, pues estaba ejerciendo una acción pública.

"2. El acto acusado es una decisión general creada por un régimen de exenciones al impuesto predial y complementarios. Así las cosas la acción indicada era la de anulación. En la norma en cuestión no se crea una situación particular, puesto que la norma habla en términos generales.

"3. Pero aún considerándose el acto concreto, el Honorable Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias ha dicho que contra tales disposiciones también puede procederse con la acción pública.

"Así en sentencia de 1o. de agosto de 1961, nuestro máximo organismo contencioso dijo: 'Los artículos 62 a 66 y 83 del Código Contencioso Administrativo prescriben que la acción de nulidad procede" contra todos los actos administrativos' sin distinguir entre los creadores de situaciones jurídicas generales y particulares, por lo que no 'Aparece la razón para que la doctrina ha consagrado distingos que los textos repelen expresamente'.

"Basta el anterior párrafo de la importante sentencia para establecer que mi acción se encontraba bien encaminada y que ha debido ser considerada por esa superioridad".

VISTA FISCAL

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación al rendir su vista de fondo observa lo siguiente:

"La norma de superior jerarquía que se considera violada

"Artículo 35, Ley 57 de 1931:

'Artículo 35. Tanto la Caja de Crédito Agrario como las letras agrarias, acciones, bonos, etc., de la institución y las operaciones que ésta ejecute, estarán exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales, y de toda clse de contribuciones. Además gozará la Caja de todas las ventajas que le da la ley como institución de utilidad pública.

'Parágrafo. El Gobierno podrá garantizar las obligaciones de la Caja Agraria'.

"La norma presuntamente violatoria de los derechos o privilegios consagrados en favor de las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta.

"Afirma el artículo 2o. del Acuerdo acusado:

'Artículo 2o. Consérvanse las exenciones del Impuesto Predial y Complementarios que tengan origen en el Concordato entre el Gobierno de Colombia y la Santa Sede Apostólica, en los tratados internacionales y las relativas a los monumentos históricos, los museos, las bibliotecas públicas y los bienes inmuebles de las personas de derecho público, salvo los correspondientes a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta'.

LA ACCION INCOADA

"Asiste plena razón al actor para afirmar que el Consejo de Estado ha reiterado desde 1961 la jurisprudencia en el sentido de que la acción pública puede utilizarse aún contra los actos individuales siempre que se atienda a los motivos determinantes (jurisprudencia Arrieta) y si con la decisión oficial resulte favorecida la parte demandante ello no es contrario a derecho, ni constituye una conducta encubierta contraria a la ley.

"Desde el punto de fista formal la naturaleza de la demanda encuadra en la acción pública puesto que el actor no reclama ningún restablecimiento del derecho sino la nulidad del acuerdo proferido por el Concejo Distrial. El Tribunal mediando estas consideraciones ha debido ir al fondo del problema.

"Los fundamentos jurídicos de la acción.

"Asiste razón al actor por cuanto la ley que creó la Caja de Crédito Agrario es no sólo especial, sino especialísima como resulta del examen de los artículo 21 y siguientes de la Ley 57 de 1931 orgánica de esta institución.

"El Congreso de la República le otorga el privilegio de las exenciones de impuestos Nacionales Departamentales y Municipales. A través del Decreto 3130 de 1968 sólo se

le quiso dar una mayor agilidad para que operara en el campo comercial sin que ese cambio le hiciera perder sus privilegios ni su naturaleza de entidad de utilidad pública del sector agropecuario.

"La ley establece los impuestos y también las exenciones. Si por ley especial se creó su exención es la ley especial la que debe derogarla y no el cabildo distrital".

Decisión:

Tres son las consideraciones que debe hacer la Sala para definir el fondo de la contienda:

a) ¿Fue inepta la demanda?

b) ¿Ha sido derogado el artículo 35 de la Ley 57 de 1931 por la Ley 29 de 1963?

c) ¿Cuál es el alcance del artículo 183 de la Constitución Nacional?

a) *Naturaleza de la acción incoada.*

La Sala discrepa del criterio del Tribunal y en este punto acoge el de su colaborador fiscal. Claramente para la Sala es incuestionable que la demanda impetrada es una acción de nulidad, no sólo porque así lo enuncia el propio actor sino que el objeto de la demanda es la nulidad de una norma de carácter general, impersonal y objetivo y la finalidad, vale decir, el motivo determinante de la acción es el restablecimiento del orden jurídico presumiblemente contrariado por el Acuerdo 8o. de 1974.

El célebre Acuerdo 8o. de 1974 reestructuró en forma general el impuesto predial en el ámbito del Distrito reduciendo toda clase de exenciones. Ha sido, hasta hace poco, el estatuto central del impuesto predial. Tiene pues un carácter general impersonal y objetivo indiscutible y no puede decirse que una demanda de nulidad de su artículo 2o. busca el restablecimiento de un derecho particularizado.

Además, en el *petitum* de la demanda se solicita la nulidad de una frase de alcance general. No es posible darle el carácter de particular que sugiere el Tribunal pues éste no se infiere de las peticiones del actor sino del contexto de las normas que se pretenden violadas y del concepto de su violación.

b) *Derogatoria del artículo 35 de la Ley 57 de 1931 por la Ley 29 de 1963.*

La Ley 57 de 1931 establece que la Caja Agraria está exonerada de gravámenes Nacionales, Departamentales y Municipales.

Como bien lo observa el actor la Ley 29 de 1963 derogó las exenciones y exoneraciones existentes para las personas privadas. La demanda se refiere de manera específica y concreta a la frase "salvo lo correspondiente a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta", vale decir, las exenciones establecidas por leyes especiales para entidades de derecho público.

c) *Presunta violación del artículo 35 de la Ley 57 de 1931.*

No encuentra la Sala contradicción entre la norma acusada y la que se dice contrariada: aquélla es de carácter general y cubre todas las empresas comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Esta es de carácter particular y cubre una sola de estas entidades con tal naturaleza. En cada caso concreto podría operar la

exención establecida por la ley para la Caja de Crédito Agrario. Mas no pueden prosperar las súplicas de la demanda ya que ellas se dirigen a una frase que contiene la norma y que cubre un mayor ámbito de aplicación: no tan sólo en forma concreta y específica al caso de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Al no prosperar las súplicas de la demanda se hace innecesario analizar el alcance del artículo 183 de la Constitución Nacional en los términos presentados por la Personería del Distrito Especial de Bogotá.

No existe contradicción entre la Ley 57 de 1931 (artículo 35) y el acto acusado por la naturaleza particular de aquélla y el carácter general de éste. Una anulación de éste tendría un ámbito mayor al que establece el artículo 35 de la Ley 57 de 1931 y generaría exenciones que la ley no ha previsto ni el Concejo Distrital ha querido. Por el contrario en cada caso concreto podrá oponerse al texto de la Ley 57 de 1931 para evitar, si es el caso, el cobro indebido de tributos no debidos a una entidad exenta del pago de impuestos. Tampoco considera el Consejo que se haya desconocido el artículo 16 de la Carta. Cabe recordar que el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968 dispone que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sólo gozan de los privilegios que hayan recibido por norma especial. Deben en principio pagar el impuesto predial. Si una entidad específica goza de exención, el beneficio así consagrado no puede generalizarse a todas las entidades que tienen el carácter de empresas comerciales o industriales del Estado o que sean sociedades de economía mixta.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de los Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. No prosperan 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.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

LEY.— NULIDAD POR VIOLACION.— ENCABEZAMIENTO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.— La nulidad por violación de la ley no se da por el simple hecho de que en el encabezamiento de un acto administrativo, se omita la invocación de la norma legal en la cual se apoya u otorga la competencia, ni hay por ello expedición irregular, pues por lo menos en este caso, es la ley la que concede esa competencia, y la ley es o debe ser de conocimiento público.

TARIFAS.— FIJACION.— La fijación de las tarifas no es competencia exclusiva del legislador pudiendo ejercerla los municipios cuando la ley la omite. El artículo 43 de la Carta sólo se refiere a la creación de los impuestos, vale decir, a señalar el hecho imponible y los sujetos tributarios. Eso indica la expresión "imponer contribuciones", utilizada en tal norma.

CONSEJO DE ESTADO.— SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)

Referencia: Expediente No. 6309

Apelación de la sentencia del 19 de junio de 1979 del Tribunal Administrativo del Tolima. Juicio de nulidad del Acuerdo No. 27 de 1978 del Concejo Municipal de Ibague. Fallo.

Actor: **Gonzalo Gómez Jaramillo.**

Conoce esta Sección de la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso iniciado por Gonzalo Gómez Jaramillo para que se decrete la nulidad del Acuerdo No. 027 de 12 de septiembre de 1978, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué "por el cual se establece una cuota adicional al impuesto de industria y comercio".

Considera el actor que con tal Acuerdo se viola el artículo 197 de la Constitución Nacional según el cual los Concejos Municipales sólo pueden establecer contribuciones cuando los autorice la Constitución, la Ley o las Ordenanzas, en los casos en que éstas sean necesarias, y no existe norma superior que autorice al Concejo de Ibagué para crear tal impuesto. Y porque también omitió la norma en la cual se apoya.

El Tribunal ordenó la suspensión provisional de tal Acuerdo. Apelada esta providencia, el Consejo de Estado la revocó al considerar que los Concejos Municipales pueden proveer sobre el incremento de la tarifa del aludido impuesto, que es de los que se trata en tal Acuerdo.

En su sentencia, el Tribunal decretó la nulidad del Acuerdo demandado, para lo cual se basó en un ejemplo: el de que así como para aumentar el impuesto predial se requirió de la Ley 1a. de 1943, así también debe suceder en el caso del impuesto de industria y comercio, ante lo cual concluye:

"Siguiendo ese orden de ideas, los cabildos municipales no pueden crear impuestos ni menos adicionar los mismos, sin que hayan recibido autorización por parte de la ley, o sea que los Concejos, no pueden por su propia iniciativa crear impuestos, adicionar o aumentar los existentes, mientras no estén autorizados por la Ley u Ordenanza".

Al sustentar la apelación, el apoderado de la Alcaldía sostuvo, en síntesis: 1. Que la circunstancia de no haber indicado el Acuerdo la norma legal en la cual se apoyaba no es causal de nulidad, pues la norma existe; 2. La facultad de los Municipios para establecer dicho impuesto está consagrada en el literal f) del artículo 1o. de la Ley 57 de 1913 y en la Ley 33 de 1978; 3. Que haya dicho el Acuerdo que por él se establece no equivale a manifestar que con él se crea el impuesto, sino que el acto acusado lo que hizo fue señalar la forma como debía liquidarse a partir del 1o. de enero de 1979.

Por su parte, la Fiscalía 6a. del Consejo de Estado en su vista de fondo solicita que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para ello afirma que "es evidente que con el acto acusado no se creó ningún impuesto nuevo, pues basta conocer su contenido para advertir que, simplemente, respecto del ya existente impuesto de industria y comercio aumentó su tarifa y fijó algunas disposiciones para la administración y destinación del producto de dicho incremento, lo cual, en criterio de este despacho, constituye cabal ejercicio del poder impositivo de esa Corporación Municipal".

Y en otro aparte anotó que el ejemplo dado en la sentencia apelada no es aplicable, sino sólo en los casos en los cuales la propia ley señala las tarifas límites, como antes lo sostuvo el Consejo de Estado (expediente No. 6297, Sección 4a., ponente Dr. Angel de la Torre).

SE CONSIDERA:

Los argumentos expuestos por los apoderados de la Alcaldía, así como por la Fiscalía Sexta, son los jurídicos. En efecto, nulidad por violación de la ley no se da por el simple hecho de que en el encabezamiento de un acto administrativo se omita la invocación de la norma legal en la cual se apoya u otorga la competencia, ni hay por ello expedición irregular, pues por lo menos en este caso, es la ley la que concede esta competencia, y la ley es o debe ser de conocimiento público.

De otra parte, es evidente que el título del acuerdo no simplemente utiliza la expresión "se establece", sino que su texto es el de que se establece una cuota adicional al impuesto de industria y comercio. La palabra "adicional" indica que el impuesto ya había sido creado con anterioridad, y que tan sólo se trata de modificar las tarifas. No se trata de un impuesto nuevo, sino de modificar sus tarifas.

Por lo demás, es jurídico afirmar que el ejemplo dado por la sentencia apelada no tiene respaldo jurídico. Porque en un caso determinado la ley al crear un impuesto señale también sus tarifas máximas, no indica que deba generalizarse para esas leyes que al crearlos omitan esos límites. O sea que la fijación de las tarifas no es competencia exclusiva del legislador, pudiendo ejercerla los municipios cuando la ley la omite. El artículo 43 de la Carta no sólo se refiere a la creación de los impuestos, vale decir, a señalar el hecho imponible y los sujetos tributarios. Eso indica la expresión "imponer contribuciones", utilizada en tal norma.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, y en su lugar se niegan sus peticiones.

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 Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

IMPUESTO SOBRE ESPECTACULOS PUBLICOS.— Exenciones.— Reconocimientos: Competencia.

La competencia para reconocer la exención del impuesto sobre espectáculos públicos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)

Consejero Ponente: **Doctor Víctor Manuel Estupiñán C.**

Referencia: Expediente 7657.

Apelación de la sentencia del 12 de noviembre de 1980 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nulidad de las Resoluciones números 1440, 1441 de abril 20 de 1978 y las Números 2538 y 2547 de octubre 10 de 1978 expedidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, D. E.— Fallo.

Actor: **Sociedad Intercambios Culturales Ltda.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia del 12 de noviembre de 1980, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual anuló las resoluciones números 1440 y 1441 de abril 20 de 1978, y 2538 y 2547 del 10 de octubre del mismo año, proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá; y, reconoció la exención del impuesto creado por la Ley 12 de 1982, en relación con las presentaciones de "ICE FOLLIES" y "HOLIDAY ON ICE", en los meses de mayo de 1977, de la sociedad "INTERCAMBIOS CULTURALES LIMITADA".

ANTECEDENTES:

La Junta Distrital de Hacienda según las resoluciones números 1440 y 1441 del 20 de abril de 1978, negó la petición de exención al pago de impuesto de espectáculos públicos (Ley 33 de 1963) formulada por la Sociedad "INTERCAMBIOS CULTURALES LTDA.", para las presentaciones de "ICE FOLLIES" y "HOLIDAY ON ICE", en el mes de mayo y noviembre de 1977, en el Coliseo Cubierto El Campin, con base en el precepto constitucional consagrado en el artículo 183 y por no acreditar los requisitos establecidos por el Acuerdo No. 8 de 1948, sobre precios populares y previo concepto del Ministerio de Educación, Colcultura, ante la Junta de Hacienda.

La Junta Distrital de Hacienda, al decidir el recurso de reposición confirmó las providencias anteriores, según resoluciones números: 2538 y 2547 del 10 de octubre de 1978.

El apoderado demandó ante el Tribunal, la nulidad de las resoluciones, apoyado en los artículos 3o. y 6o. de la Ley 33 de 1968; 9 del Decreto Reglamentario 057 de 1969; 3o. de la Ley 60 de 1944; el Acuerdo 8 de 1948 y en los artículos 183 y 216 de la Constitución Nacional, con las siguientes conclusiones:

"a) La Ley 33 de 1968 y el Decreto Reglamentario 057 de 1969 señalan dos requisitos para que los conjuntos o compañías tengan derecho a la exención de los impuestos llamados de espectáculos públicos. Estos requisitos fueron cumplidos, como lo aceptan las mismas resoluciones cuya nulidad se solicita, por 'los Follies' y 'Holiday on Ice'.

"b) El impuesto de la Ley 33 de 1968 es un impuesto nacional, y el Congreso, en ejercicio de las atribuciones que le otorga la Carta, dio la exención a los conjuntos o compañías de ballet, en el artículo 3o. de la Ley 60 de 1944, que se encuentra vigente.

"c) Al entregar el Congreso la renta del impuesto a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá la dio disminuida, menoscabada, por las exenciones otorgadas por las leyes mencionadas por el artículo 9o. del Decreto 057 de 1969.

"d) De acuerdo con lo conceptuado por el Consejo de Estado el Decreto 067 de 1969 es perfectamente constitucional, y el Presidente no se excedió en la potestad reglamentaria, limitándose a cumplir lo que señala la ley.

"e) La prohibición del artículo 183 de la Constitución Nacional contiene una interdicción para el Gobierno Nacional en el caso de las exenciones, pero no para el Congreso, que puede suprimir o crear a su arbitrio exenciones de los impuestos.

"f) Teniendo en cuenta lo anterior, la excepción de inconstitucionalidad y de ilegalidad no tiene base jurídica.

"g) El Acuerdo 8 de 1948 del Concejo de Bogotá no se refiere al impuesto de espectáculos de la Ley 33 de 1968, puesto que fue aprobado veinte años antes de que la ley cediera el tributo. De todas maneras, no puede la Junta Distrital de Hacienda desconocer un derecho adquirido, otorgado por una ley. Los acuerdos están colocados en el orden de preferencia por debajo de las normas legales".

El Distrito Especial de Bogotá, se constituyó en parte impugnadora y por medio de su apoderada judicial pidio dictar sentencia inhibitoria en razón de que se acudió en acción de simple nulidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

El Tribunal en su sentencia del 12 de noviembre de 1980, anuló las resoluciones demandadas y en su lugar reconoció la exención del impuesto creado por la Ley 12 de 1962 en relación a las presentaciones "Ice Follies" y "Holiday on Ice", en los meses de mayo y noviembre de 1977 con fundamento en las siguientes consideraciones que a continuación se transcriben.

"Antes de entrar en el estudio de la materia de *litis* ha de referirse la Sala a la petición formulada por la parte impugnadora en el sentido de que se dicte sentencia inhibitoria, en razón de que se acudió a la acción de simple nulidad, artículo 66 de la Ley 167 de 1941 y se solicitó lo contemplado en el artículo 67 *ibídem*.

"No asiste razón a la impugnadora si se tiene en cuenta que dentro de la oportunidad señalada en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, el demandante precisó que la acción ejercida era la contemplada por el artículo 67 del mismo Código citado. De otra parte, la demanda se presentó dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de notificación de las providencias que agotaron la vía gubernativa.

"Previo lo anterior se examina la cuestión que se debate consistente en la no concesión por parte de la Junta Distrital de Hacienda de la exención del impuesto de espectáculos públicos cedido al Distrito Especial de Bogotá por la Ley 33 de 1968 respecto de las presentaciones de las Compañías de patinaje 'Holiday on Ice' y 'Ice Follies'.

"La demanda considera que los actos acusados violan la Ley 33 de 1968 y el Decreto 057 de 1969.

"Igualmente, se refiere al fallo del Honorable Consejo de Estado por el cual se anularon algunos párrafos de la circular 22 de 1976 de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en cuya parte considerativa se manifestó que la reglamentación dada por el Gobierno en relación al reconocimiento administrativo y de las exenciones de los impuestos cedidos, por parte de la Dirección General de Impuestos Nacionales no muestra un exceso en la facultad constitucional reglamentaria ni es incompatible con el artículo 183 de la Carta.

"Así mismo, la demanda invoca el fallo de la Corte Suprema de Justicia acerca de los impuestos cedidos así como una jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado sobre la excepción de inconstitucionalidad (folios 23 vuelto al 27 del cuaderno principal).

¿Cuáles fueron las razones legales aducidas por la Administración Tributaria Distrital para negar la exención?

"Los cuatro últimos párrafos de las consideraciones de las resoluciones proferidas por la Junta Distrital de Hacienda las contienen, así:

'La resolución recurrida negó la exención porque no se reúnen los requisitos del Acuerdo 8 de 1948.

'El artículo 183 de la Constitución Nacional reiteró la autonomía patrimonial de los Departamentos y de los Municipios, y que la Ley 33 de 1968 cedió el impuesto como de propiedad exclusiva de los Municipios, por lo tanto son éstos quienes deben reconocer el beneficio, y en este punto está de acuerdo el ilustre abogado ya que manifiesta que los Municipios deben refrendar el reconocimiento otorgado por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

'El artículo 215 de la Carta establece que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, norma que se aplica en el presente caso por considerar que el Decreto 057 de 1969 es violatorio del artículo 183 de la Constitución Nacional, además de que excedió la potestad reglamentaria.

'Sin desconocer el fallo del Honorable Consejo de Estado sobre la suspensión provisional de la circular 033 de 1975, no puede la Junta dejar de dar aplicación al artículo 215 de la Carta, cuando considera que está violando el artículo 183 *ibídem*'.

"Como se puede apreciar la Administración Distrital considera que con fundamento en el artículo 183 de la Constitución Nacional y la Ley 33 de 1968 que cedió el

impuesto de espectáculos públicos a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá, el Decreto Reglamentario 057 de 1959 es inconstitucional y por tanto dio aplicación a la excepción del artículo 215 de la Carta.

"Como consecuencia, se negó a refrendar la exención reconocida por la Dirección General de Impuestos Nacionales, según Resolución R-00116-V del 14 de febrero de 1977, dictada en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 9o. del Decreto 057 de 1969.

"A continuación se transcriben los textos de las normas objeto de diferente interpretación entre la Administración Distrital y el demandante.

'Artículo 185 de la Constitución Nacional:

'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'.

'Ley 33 de 1968.

'Artículo 3o.

'A partir del 1o. de enero de 1969, serán propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá los siguientes impuestos que se causen en sus respectivas jurisdicciones:

'a) El impuesto denominado 'espectáculos públicos', establecido por el artículo 7o. de la Ley 12 de 1932, y demás disposiciones complementarias;

. . . . . .

'Parágrafo. Los Municipios y el Distrito Especial procederán a organizar y a asumir oportunamente la administración y recaudo de los impuestos a que se refiere este artículo, con las tarifas sobre las bases normativas en vigencia'.

'Decreto Reglamentario 057 de 1969 ('por el cual se reglamenta la Ley 33 de 1968').

'Artículo 9o. Los espectáculos que gocen de exención del impuesto cedido, de conformidad con las Leyes 213 de 1968, 9a. de 1942, 109 de 1943, 45 de 1944 y 60 de 1944, seguirán disfrutando de dicho beneficio y cuando sea necesario su reconocimiento, este será decretado por la Dirección General de Impuestos Nacionales, previo el procedimiento establecido en los respectivos reglamentos'.

"LA SALA OBSERVA"

En primer término es necesario precisar el alcance del artículo 183 de la Carta.

"De su texto ya transcrito puede sostenerse que contiene dos partes bien diferenciadas. La primera relacionada con los bienes y rentas de las entidades territoriales que no es lo mismo que la potestad tributaria de tales entes. Una cosa es el producido o producto de los tributos y otra la facultad de imponerlo. Al primer aspecto y a los bienes de los entes territoriales se refiere la primera parte del artículo 183.

"De tal manera que cuando la Constitución declara de propiedad exclusiva de los entes territoriales sus bienes y rentas no puede desprenderse de este precepto que la potestad tributaria de tales entes sea plena para conceder exenciones sobre los impuestos cedidos.

"La segunda parte del artículo 183 sí tiene que ver con la potestad tributaria en el sentido de que las exenciones son de creación legal. Es decir, el Gobierno no puede conceder exenciones, aunque sí reconocerlas administrativamente.

"Y es a ese reconocimiento al que se refiere el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 057 de 1969, que bien puede atribuirse a un órgano administrativo distinto del que recauda y administra el respectivo gravamen. Si bien el impuesto sobre espectáculos públicos creado por la Ley 12 de 1932 fue cedido a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá, quiso el reglamento que el reconocimiento de las exenciones siguiese siendo de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"Cuando el Distrito aduce la inconstitucionalidad del artículo 9o. del Decreto 057 de 1969 frente al mandato del artículo 183 de la Carta no sólo está confundiendo el aspecto legal de la creación de la exención con el puramente administrativo de su reconocimiento, sino que pierde de vista que de conformidad con la propia Constitución Nacional, artículo 43 y 197, la potestad tributaria de las Asambleas y Concejos Municipales, incluido el de Bogotá, D. E., es una potestad derivada en cuanto está subordinada a la ley. No es una potestad ordinaria y plena como la que detenta el Congreso.

Si la ley establece un impuesto y luego cede su producido a un ente territorial no puede deducirse que ella haya perdido la competencia para decretar exención respecto del mismo, salvo que así lo disponga.

"Puede concluirse entonces que respecto del impuesto sobre espectáculos públicos creado por la Ley 12 de 1932 y cedido por la Ley 33 de 1968, el reconocimiento de las exenciones, que entraña una actuación administrativa, compete a la Dirección General de Impuestos Nacionales de conformidad con el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 057 de 1969, sin que pueda hablarse de que esta norma viola la Carta por incompatibilidad con el artículo 183 de la misma, según se ha dejado expuesto.

"No configurándose la excepción de que trata el artículo 215 de la Constitución Nacional estima la Sala innecesario referirse al alcance de esta norma en cuanto pueda o no ser aplicada por los entes administrativos y se abstiene por lo mismo de prohijar la vista fiscal en este punto.

"Si como en el caso *sublite*, ya la Dirección General de Impuestos Nacionales había reconocido la exención del impuesto sobre espectáculos públicos establecido en la Ley 12 de 1932, en ejercicio de la atribución dada por el Decreto 057 de 1969, no requería tal pronunciamiento de refrendación por parte del Distrito Especial de Bogotá.

"Pero si conviene aclarar que el Distrito Especial de Bogotá sigue siendo competente para reconocer o no las exenciones a que hubiere lugar en materia de ese otro gravamen existente también sobre los espectáculos públicos, destinado al fomento del deporte, contemplado por los artículos 3o. de la Ley 1a. de 1967, y 9a. de la Ley 30 de 1971, toda vez que dentro del artículo 9o. del Decreto 057 de 1969, no quedó comprendido este gravámen.

"Así las cosas, procede la anulación de las providencias acusadas y en su lugar disponer el reconocimiento de la exención del impuesto de espectáculos públicos creado por la Ley 12 de 1932 en relación con las presentaciones de las Compañías de Patinaje 'Ice Follies' y 'Holiday on Ice' durante el mes de mayo de 1977 y noviembre del mismo año, respectivamente".

La apoderada judicial del Distrito Especial interpuso recurso de apelación y lo sustentó en escrito del 21 de abril de 1981 en el que expresa que corresponde al Distrito Especial conceder las exenciones, por ser los impuestos denominados de espectáculos públicos de propiedad del Distrito Especial de Bogotá, según lo dispuesto en el artículo 3o. de la Ley 33 de 1968, y no a la Dirección General de Impuestos Nacionales, como se dice en la sentencia del a-quo.

Agrega que se viola el artículo 183 de la Carta Constitucional, pues la norma es muy clara al disponer que los bienes y las rentas de las entidades territoriales son de propiedad exclusiva, que gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares, mal puede la Dirección General de Impuestos Nacionales entrar a resolver las exenciones de un impuesto que por ley era de propiedad exclusiva del Distrito.

El apoderado judicial consignó las siguientes conclusiones en su escrito del 23 de abril de 1981; para que se confirme la sentencia apelada:

"Resumiendo lo aquí expuesto llegamos a las siguientes conclusiones:

"1. El Acuerdo 8 de 1948 nada tiene que ver con el impuesto nacional de la Ley 12 de 1932, cedido a los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá por la Ley 33 de 1968.

"2. Al dar un concepto favorable Colcultura proporciona un verdadero 'patrocinio' a las compañías y conjuntos favorecidos con la exención del Impuesto Nacional de Espectáculos Públicos.

"3. Fue el Congreso Nacional quien a través de la Ley 60 de 1944 otorgó la exención a las compaías o conjuntos de Ballet, etc. Como bien dice el Honorable Tribunal, el Gobierno no puede conceder exenciones, pero sí reconocerlas administrativamente.

"4. El Presidente de la República no excedió la potestad reglamentaria. Se limitó a cumplir lo ordenado por las leyes.

"5. No es aplicable en este caso la mal llamada excepción de inconstitucionalidad del artículo 215 de la Constitución.

"6. Las diversas leyes que otorgaron exenciones siguen vigentes, como lo recuerda el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 057 de 1969".

Surtido el traslado al Ministerio Público, el Fiscal Tercero de esta Corporación conceptuó que la sentencia apelada se debe confirmar, apoyado en las consideraciones expuestas por el Tribunal y en el concepto emitido con ocasión de la demanda de nulidad y suspensión provisional de la circular No. 022 de 1973 de la Dirección General de Impuestos Nacionales, acogidos en sentencia del 16 de junio de 1978, en la parte que a continuación se transcribe:

". . .1. De la relación legislativa anterior se deduce claramente que los impuestos a 'Espectáculos públicos' se establecieron por el Congreso con carácter nacional y que el mismo, con plena autonomía, dispuso exenciones a favor de determinadas actividades artísticas, entre ellas la exhibición de películas, y, para su efectividad, facultó al

Presidente de la República (Ley 213 de 1938), al Gobierno (Ley 9a. de 1942) y al Ministerio de Hacienda, previa solicitud del de Educación (Ley 45 de 1944). Por eso el Jefe del Estado, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de acuerdo con la voluntad del legislador, dispuso en 1945 que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales reconociera la exención ordenada en la Leyes 45 y 60 de 1944.

"Parece que la Ley 9a. de 1942, que autorizó al Gobierno Nacional para adoptar las medidas conducentes al fomento de la industria cinematográfica y eximir a los teatros o empresas que exhiban este material, no fue reglamentada hasta 1969, cuando, ya vigente la Ley 33 de 1968 por medio de la cual se cedió a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá el producto del impuesto denominado 'Espectáculos Públicos' creado por la Ley 12 de 1932 y demás disposiciones complementarias, el Presidente de la República resolvió reglamentar, por medio del Decreto 057 de 1969, el recaudo, administración y control 'de los impuestos nacionales que fueron declarados de propiedad exclusiva' de las mencionadas entidades territoriales y disponer que los 'espectáculos gocen de la exención del impuesto cedido; de conformidad con las Leyes 213 de 1938, 9a. de 1942, 109 de 1943, 45 de 1944 y 60 de 1944 seguirán disfrutando de dicho beneficio y cuando sea necesario su reconocimiento éste será decretado por la Dirección General de Impuestos Nacionales, previo el procedimiento establecido en los respectivos reglamentos'.

"La Fiscalía no cree que esa reglamentación muestre un exceso de la facultad constitucional reglamentaria porque el Congreso creó el impuesto nacional y posteriormente lo cedió a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá, y al mismo tiempo ordenó que estos procedieran a organizar y asumir oportunamente la administración y recaudo del gravamen pero 'con las tarifas y sobre las bases normativas en vigencia' y una de éstas se refiere al cumplimiento de las exenciones mediante trámite de su reconocimiento por parte del Gobierno Nacional. Y así no parece acertado suponer que a consecuencia de la cesión desaparecieron las disposiciones que autorizaron al Gobierno para reconocer, de acuerdo con ellas y los respectivos reglamentos, los estímulos tendientes a fomentar los 'espectáculos públicos' y entre éstos los cinematográficos en el ámbito nacional. No aparece que esos ordenamientos legales y su posterior desarrollo reglamentario sean incompatibles con la norma contenida en el artículo 183 de la Constitución.

"2. Por lo expuesto, la Fiscalía considera equivocado el concepto de la Dirección General de Impuestos Nacionales, según la cual 'se abstiene de dar cumplimiento' al artículo 9o. del Decreto 057 de 1969, 'por cuanto el 183 de la Constitución prohibe al Gobierno Nacional conceder exenciones de impuestos de propiedad exclusiva de las entidades territoriales".

SE CONSIDERA

La competencia para reconocer la exención del impuesto sobre espectáculos públicos.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 057 de 1969, la competencia se halla adscrita a la Dirección General de Impuestos Nacionales y no al Distrito Especial de Bogotá, aunque por la Ley 33 de 1968 se haya cedido el impuesto denominado "Espectáculos Públicos" a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá.

El artículo 9o. citado dispone:

"Los espectáculos que gocen de la exención del impuesto cedido de conformidad con las Leyes 213 de 1938, 9a. de 1942, 109 de 1943, 45 de 1944 y 60 de 1944, seguirán

disfrutando de dicho beneficio y cuando sea necesario su reconocimiento, éste será decretado por la Dirección General de Impuestos Nacionales, previo el procedimiento establecido en los respectivo reglamentos".

Como la Dirección General de Impuestos Nacionales en cumplimiento de las normas transcritas, concedió la exención sobre espectáculos públicos a la firma "INTERCAMBIOS CULTURALES LTDA.", el Distrito Especial de Bogotá debe aplicarlos por los meses de mayo y noviembre de 1977 en que se realizaron los espectáculos por las compañías de Patinaje "Ice Follies y Holiday on Ice" y por tanto, no era procedente negarla, tal como se consignó en la Resolución No. 1440 y 1441 de abril 20 de 1978, 2538 y 2547 de octubre 10 de 1978, que el Tribunal declaró nulas.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y de acuerdo con el colaborador fiscal, se confirma la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia 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, Carmelo Martínez Conn, no asistió.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LICENCIAS O PERMISOS DE CONSTRUCCION.— FUNDAMENTO en el principio Constitucional según el cual la propiedad tiene una función social y por ello implica obligaciones. Para concederlas la administración municipal estudia si la edificación que se proyecta construir según los planos y proyectos arquitectónicos que a ella se le presentan se ciñe en un todo a las disposiciones limitativas de la propiedad que se ha dictado, si considera que se cumplen todos los requisitos legales y si la futura construcción estará acorde en un todo con el ordenamiento respectivo, otorgará la licencia. ACTO DE APROBACION DE PLANOS DEL PROYECTO.— No confiere el derecho a construir, este derecho sólo nace con la licencia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Proyectó: **Doctor Carlos Urán,** Abogado Asistente.
Referencia: Expediente No. 4132.
Actora: **Sociedad Constructora Traza Limitada.**

Viene en apelación la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda, dictada en el proceso instaurado por la Sociedad Constructora Traza Ltda., contra la Resolución número 07 de 1980, de la Junta de Planeación Municipal de Pereira, cuya nulidad solicita dicha Sociedad. Pide que, como consecuencia de la nulidad que se decrete, se le restablezca el derecho mediante el pago de una indemnización que puede oscilar entre un millón y cincuenta millones de pesos.

I

EL ACTO ACUSADO

La Resolución 07 de 11 de diciembre de 1980 fue expedida por la Junta de Planeación Municipal en uso de sus atribuciones legales, en especial las que le confiere el Acuerdo No. 53 de agosto 24 de 1970. Dice en su enunciado que por medio de ella "se deroga la aprobación del proyecto Traza localizado en la avenida Ricaurte Pinares de San Martín".

En sus considerandos señala que el aludido proyecto está localizado en un sector conformado por vivienda de altura baja que no dejan los retiros y aislamientos suficientes para que el espacio urbano y las edificaciones vecinas de altura baja no pierdan su valor o escala a nivel del sector. Dice además que las densidades del proyecto son de 323 viviendas por hectárea neta que no guardan relación en proporción con las edificaciones vecinas y que, por tanto, este edificio establecería un precedente que entorpecería la acción de la Oficina de Planeación sobre esa zona.

Por último expresa "que el proyecto Traza actualmente no tiene licencia de construcción".

La parte resolutiva del acto impugnado dice:

"Artículo 1o. Derogar la autorización dada a la Oficina de Planeación para la aprobación de dicho proyecto.

"Artículo 2o. La presente Resolución rige a partir de su fecha de expedición".

II

LA DEMANDA

1. Las peticiones de la demanda están formuladas así:

"Primero. Declarar la NULIDAD DE LA RESOLUCION No. 7 DE DICIEMBRE 11 DE 1980, expedida por la Junta de Planeación Municipal de Pereira, por medio de la cual derogó la aprobación del proyecto de la SOCIEDAD CONSTRUCTORA TRAZA LTDA., en relación con el multifamiliar que había de construirse en la urbanización Pinares de San Martín de esta ciudad de Pereira.

"Segundo. Restablecer en el derecho a la SOCIEDAD CONSTRUCTORA TRAZA LTDA., de la siguiente manera:

"Decretar la indemnización, tanto de los perjuicios morales como materiales, causados con motivo y ocasión de la Resolución demandada, en la cuantía que se establezca en el proceso que no será inferior a $ 1.000.000.oo (un millón de pesos) y que puede oscilar hasta los cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.oo)" (incluye perjuicios materiales y morales)."

2. Como hechos la demanda narra que se constituyó la Sociedad Constructora Traza Ltda., con el objeto fundamental de comprar, vender y construir toda clase de bienes inmuebles. Dentro de tal objeto se planeó una construcción multifamiliar en la Urbanización Pinares de San Martín de la ciudad de Pereira. El anteproyecto y la solicitud de aprobación fueron presentados a la Oficina de Planeación Urbanística de Pereira, la que accedió a ello el 19 de diciembre de 1979, por cumplir las normas específicas establecidas en el Estatuto Municipal de Urbanismo, constituido por el Acuerdo No. 54 de 25 de octubre de 1967. Dicha aprobación fue comunicada el 23 de noviembre de 1979 y en ella se hicieron algunas observaciones respecto a las características del proyecto. Posteriormente, en el mes de julio de 1980, en el listado de las licencias de construcción expedidas en ese mes, se incluyó bajo el registro No. 19272 la referente a la Sociedad actora para construir el edificio antes mencionado.

Dice la demandante que con base en la anterior aprobación acudió a la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda para obtener un crédito, el que finalmente consiguió por la suma de veinticinco millones. Ese mismo crédito fue el que en el mes de febrero de 1981, según comunicación 1260-585, fue cancelado debido a los problemas ocasionados por el acto acusado en este proceso. La demanda explica luego cómo fueron varios y numerosos los trabajos llevados a cabo hasta el momento en que se vio obligada a suspenderlos con motivo de la revocatoria de la aprobación de la construcción del Edificio. Señala que la cancelación del préstamo colocó a la demandante en absoluta imposibilidad de continuar la obra empezada.

A continuación la demanda se refiere a la motivación misma del acto acusado, motivación basada fundamentalmente en el incumplimiento de los requisitos existentes para la construcción de multifamiliares en dicho sector. Señala que, al contrario, el proyecto de urbanización presentado se ajustó en un todo a las reglas del estatuto urbanístico y que el contenido del acta No. 9 de 11 de diciembre de 1980, en donde se aprobó el acto acusado, permite sospechar que la revocatoria se debió simplemente a que "el proyecto de Traza no les convenía para sus intereses". En cuanto al aspecto referido al pago del impuesto de construcción dice que "el empleado encargado de recepcionar los impuestos no aceptó el pago que la firma constructora estaba haciendo en ese momento, limitándose verbalmente a manifestar que cumplía órdenes superiores".

3. Como disposiciones violadas la demandante señala los artículos 24 del Decreto-Ley 2733 de 1979 y 66 del Código Contencioso Administrativo y expresa que se configuró abuso de poder por falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder y violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y, finalmente, abuso de poder con inexistencia de la caducidad del acto administrativo.

4. El concepto de violación se radica fundamentalmente en lo siguiente:

a) En relación con el artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1979, la violación se habría dado porque con las decisiones individuales expedidas por el Departamento Administrativo de Planeación de Pereira, se constituyó una situación particular e individual, de la cual es titular la Sociedad Constructora TRAZA LTDA. Sin embargo, la Administración Municipal mediante la Resolución No. 07 de 1980 revocó la decisión que había consolidado una situación subjetiva e individual, con apoyo en normas legales y administrativas, lo que a la luz de la norma citada no podía hacerse sin el consentimiento expreso y escrito de la sociedad constructora. Al respecto agrega que aun cuando la Resolución 07 hable de derogatoria, en verdad se trata de una revocatoria.

b) Sobre el abuso de poder por falta de competencia, además del artículo 66 del Código Contencioso incluye como violados los artículos 9o. del Acuerdo 3 de 1970 del Concejo Municipal de Pereira y el Acuerdo No. 25 de 1979, en concordancia con el

artículo 163 del Código de Régimen Político y Municipal. El concepto sobre la violación de estas normas está basado en que la Junta de Planeación Municipal está formada por diez miembros, por lo cual para funcionar válidamente requiere de la mayoría absoluta de sus miembros, es decir, de seis, mayoría absoluta dentro de la cual es indispensable un número de cuatro votos concordantes para que cualquier proyecto sea aprobado. Sin embargo, según la demanda, sólo dos miembros concurrieron a dicha junta en forma válida, es decir, que no existió *quórum* deliberatorio y mucho menos decisorio, por lo cual la Junta Municipal de Planeación adoleció en tal oportunidad del vicio de incompetencia.

c) En cuanto al cargo por falsa motivación, desviación de poder y violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, señala que las razones tenidas para dictar la Resolución acusada carecen de fundamento, toda vez que el proyecto sí cumplio con los requisitos necesarios y que sí se propuso la cancelación de los impuestos correspondientes. Señala que el Acuerdo Municipal No. 39 de 1978 suspendió "los ordinales b) de los artículos 85 y siguientes del Acuerdo No. 54 de 1967" y que la nueva reglamentación contenida en la Resolución 05 de 11 de diciembre de 1980 se expidió con posterioridad a la aprobación del proyecto y el otorgamiento de la licencia, por lo que dicha reglamentación no le es en ninguna forma aplicable, tipificándose entonces la falta de motivación.

Agrega que habiéndose autorizado el proyecto y publicado la lista que contenía el registro de la licencia correspondiente al proyecto urbanístico, no podía la Junta afirmar que no se cumplían los requisitos y que, en todo caso, debía haber indicado y agregado el motivo de la inobservancia de tales requisitos para poder permitir a la firma constructora el derecho de defensa y no resultar que simplemente se estaba satisfaciendo el gusto de los miembros de la Junta de Planeación Municipal.

No demostrándose entonces que se obró en beneficio del servicio público y de la moral administrativa, se configuró el abuso o desviación de las atribuciones propias de la Junta de Planeación Municipal, pues aprobada como estaba la licencia de construcción y debidamente comunicada, el Municipio debía proceder el cobro del impuesto pendiente y al no haber un plazo con término definido para su pago debió previamente requerirse a la sociedad constructora para contituirla en mora, lo que sin embargo es imposible por la inexistencia misma de ese plazo. Hace énfasis en que las observaciones que inicialmente le fueron hechas fueron acatadas al reducir el proyecto de construcción de 12 a 10 pisos e iniciar las excavaciones pertinentes, según las recomendaciones formuladas.

El texto de la demanda incluye en un capítulo especial una liquidación sobre los perjuicios meteriales (daño emergente y lucro cesante), que suman la cantidad de $ 41.185.835 pesos, y además hace una estimación por perjuicios morales, indicando al efecto que la indemnización pedida "no será inferior a un millón y puede oscilar hasta los cincuenta millones de pesos".

III

LA SENTENCIA APELADA

De la sentencia recurrida se apartó el Magistrado Benjamín Botero Villegas, porque en su concepto no se agotó la vía gubernativa. Por esta razón actuó un Conjuez.

En primer lugar el Tribunal rechaza el argumento de la parte opositora, consistente en la falta de agotamiento de la vía gubernativa. Dice que el recurso de reposición contra los actos administrativos no es obligatorio y que el de apelación no procedía ante el Alcalde "porque este funcionario no es superior jerárquico del Departamento Administrativo de Planeación, simplemente es integrante de la Junta y la preside".

Desestima también el cargo hecho por la parte impugnadora de que se acusó un acto de trámite y no uno definitivo. Aún aceptando lo anterior, dice el Tribunal, es forzoso concluir que el acto administrativo acusado, "en los términos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo acusado, "en los términos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, decide directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le impone término y hace imposible su continuación", y agrega que "de ser la licencia de construcción el acto definitivo bien se ve que su obtención está condicionada a la aprobación del proyecto. Sin dicha aprobación no hay licencia, luego el acto demandado cabe holgadamente en la previsión positiva de la norma en comento".

Sobre el fondo de la controversia dice el Tribunal:

"Aquí el demandante no se queja de que le hayan quitado una licencia para construir sino que le revocaron, contra la ley, el acto que, por concederle tal derecho, lo inhabilita para obtener la licencia respectiva. Documento que la administración le negó: pues al tratar de pagar los impuestos para lograrlo, se negaron a recibir la suma que previamente le habían liquidado. Las probanzas, no contradichas, que sacan avantes el anterior aserto se dejan ver a los folios 231 a 293 del cuaderno No. 1.

"Ya se ve cómo la Sala no razona sobre el supuesto de la licencia sino sobre la evidente aprobación del proyecto. El acto acusado se revela, entonces, como el que unilateralmente extinguió una situación jurídica protegida por el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959" (folio 121).

Agrega que en el presente caso se está frente a una condición y un plazo. La condición para obtener la licencia era la de pagar previamente los impuestos pero para hacerlo no existía plazo definitivo y de todos modos no fue la falta de pago o la presunta mora en la obtención de la licencia el motivo que tuvo la Administración para dictar el acto acusado.

El Tribunal expresa que el demandante "no tenía ciertamente, licencia, pero había adquirido el derecho a obtenerla. . . si, en gracia de discusión la aprobación del proyecto no se ajustó a las exigencias reglamentarias, se estaría entonces en presencia de un acto irregular que, no por serlo, tenía aptitud legal para ser revocado directamente sin consentimiento expreso del titular del derecho. En estos eventos puede y debe la administración demandar al propio acto acudiendo al llamado proceso de lesividad".

Por último, el Tribunal analiza la composición de la Junta al momento de dictar el acto demandado, composición que según la demanda fue irregular. Al respecto el *a-quo* concluye que como a la Junta asistieron legalmente cuatro miembros, no se estructura el vicio alegado.

Con base en las anteriores razones principales, el Tribunal concluye con la declaratoria de nulidad de la resolución demandada y con la condena en abstracto al Municipio de Pereira de pagar a la actora los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y los perjuicios morales, conforme procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

IV

ALEGATO DE LAS PARTES

El señor apoderado del Muncipio de Pereira en su escrito de conclusión defiende los siguientes aspectos:

1. Que no hubo agotamiento de la vía gubernativa y que al mismo tiempo hubo error en la escogencia de la acción. Al respecto dice: "Si pudiera aceptarse en gracia de discusión que sí hubo agotamiento de la vía gubernativa porque no se le indicaron al interesado los recursos gubernativos que procedían contra el acto acusado, la acción escogida por la demandante no era la indicada, sino la prevista en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo fundada en la responsabilidad estatal por un hecho administrativo que denota una falla en el servicio". (folio 114 cuaderno Consejo de Estado).

Sostiene que siendo el Alcalde el superior jerárquico del Departamento Administrativo de Planeación, era procedente y obligatorio el recurso de apelación directamente o como subsidiario del de reposición. Igualmente dice que si como se afirma por la parte actora de que no hubo notificación en debida forma y no obstante se le hizo producir al acto todos sus efectos, debió tenerse en como un hecho administrativo que produce un perjuicio y que por tanto debió acusarse mediante la acción prevista en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Por tales circunstancias pide un fallo inhibitorio, previa revocatoria de la sentencia impugnada.

2. Afirma que el acto administrativo impugnado "no es el acto administrativo definitivo creador de una situación jurídica, individual, particular o concreta protegida por el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. Dice al respecto: "Si el acto de trámite de aprobación del proyecto arquitectónico es uno, y la licencia de construcción es otro acto, el definitivo, el que contiene la intención o voluntad final de la Administración, era necesario esperar la decisión administrativa de negación de la licencia de construcción, para entonces sí accionar contra éste, o contra los dos, el de trámite y el definitivo, integrantes de la voluntad administrativa como acto administrativo complejo" (folio 116 del cuaderno Consejo de Estado). En consecuencia, señala que la demanda es inepta por este aspecto.

3. Finalmente rechaza la decisión del Tribunal, en el sentido de condenar al Municipio al pago de perjuicios morales, porque no ve cómo éstos puedan darse en una persona jurídica como lo es la demandante en este caso.

V

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado propone que se dicte un fallo inhibitorio en este proceso porque no se produjo el agotamiento de la vía gubernativa, toda vez que debió interponerse el recurso de apelación contra el acto demandado, siendo la entidad administrativa que lo originó una dependencia de la Alcaldía Municipal.

VI

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dice el Acuerdo número 54 de 25 de octubre de 1967, por el cual se adoptó el Estatuto Municipal de Urbanismo para el Municipio de Pereira, que una vez cumplidos los requisitos y normas establecidos, la Oficina de Planeación Municipal procederá a aprobar los planos y a expedir la licencia de construcción respectiva, y cuando el interesado haya presentado el recibo de la Tesorería Municipal del pago del impuesto de contrucción, de acuerdo con las tarifas establecidas por el Municipio (artículo 144).

Por su parte, el acuerdo No. 41 de 30 de junio de 1975, del Concejo Municipal de Pereira, por medio de su artículo 141 señala que para construir, reconstruir, reparar o

adicionar cualquier clase de edificaciones será preciso proveerse de la licencia expedida por la oficina a la cual se adscribe esta función y no podrá otorgarse sino mediante la exhibición del recibo que acredite el pago del impuesto contemplado en el artículo siguiente.

A la luz de estas disposiciones, es claro que el acto de aprobación de los planos de construcción como parte de un proyecto, no constituye más que un acto de trámite o de preparación del acto definitivo constituido por la respectiva licencia para construir. Como se expresa en el segundo de los acuerdos mencionados, solamente cuando se posea la licencia expedida por la oficina respectiva es cuando el interesado puede empezar a construir, reconstruir, reparar o adicionar cualquier clase de edificación.

Si lo anterior es así, resulta evidente también que no existe nigún derecho adquirido o situación jurídica protegida antes de dicho acto u otorgamiento de la licencia y que por tanto si el administrado procede a iniciar una construcción antes de la ocurrencia de dicho acto, es un apresuramiento de su parte que solamente a él es imputable. Es cierto que durante todo el trámite que los respectivos acuerdos señalan para obtener la licencia (Capítulo 10 del Acuerdo No. 54 de 1967) se va teniendo una expectativa cada vez más cercana a la consolidación del derecho a construir, pero de ninguna manera esa expectativa puede asimilarse al derecho en sí mismo considerado.

Parecería insinuarse que la licencia se consolida una vez que se tenga la aprobación de los planos respectivos. Sin embargo, como se expresa en el artículo 144 del acuerdo citado, existe un paso intermedio que es el constituido por la presentación del recibo expedido por la Tesorería Municipal del pago del impuesto de construcción, etapa intermedia que eventualmente pueda llegar a no cumplirse, caso en el cual no debe otorgarse la licencia.

Es sabido que de conformidad con la Ley 167 de 1941, bajo cuya vigencia se dictó la Resolución acusada y se tramitó esta causa, que los actos de trámite no eran demandables ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, en el presente caso, en el que se está demandando no el acto de aprobación de los respectivos planos sino, por el contrario, el de revocatoria de la autorización dada para la aprobación de los mismos (revocatoria expresada en la resolución 07 del Departamento Administrativo de Planeación, acusada), podría pensarse que ese acto sí es demandable como acto verdaderamente administrativo que pone fin a una actuación de la misma natrualeza. Al respecto se tiene lo siguiente:

La Resolución 07 de 11 de diciembre de 1980, expedida por la Junta de Planeación del Municipio de Pereira, simplemente deroga la autorización dada a la Oficina de Planeación Municipal para la aprobación del proyecto de la entidad demandante. Y lo hace porque, según sus considerandos, las características técnicas del mismo no están de acuerdo con las disposiciones que al respecto tiene establecido el Municipio de Pereira, sobre todo con el estatuto urbanístico o Acuerdo 54 de 1967, antes mencionado. Esto quiere decir que la derogatoria de una autorización dada para aprobar el proyecto, no está impidiendo que esa autorización y aprobación puedan llegar a darse más tarde si, en cualquier momento, se cumple con las exigencias propias de dicho estatuto. En otras palabras, el hecho de que en un momento determinado no se hayan satisfecho todos los requisitos, no quiere significar que no pueda cumplirse en una oportunidad posterior, pues no está establecido que por haberse presentado una primera petición se pierda la posibilidad de presentarse nuevamente, cuando se comprueben los requisitos que en un principio dejaron de ser observados. Precisamente por esto en el presente caso el Departamento de Planeación Municipal, al comunicarle a la demandante el contenido de la resolución acusada, le dice que "La oficina de planeación estudiará con gusto conjuntamente con ustedes las notificaciones que sean del caso, para ajustar el proyecto a la reglamentación vigente". (folio 264 cuaderno 1).

Entonces, si la Resolución cuestionada, a pesar de haber revocado una autorización para una aprobación que había sido dada, no impide continuar con la actuación ni menos aún transitar el camino que conduce a la obtención de la licencia, no se está en presencia de un acto que, por poner fin a la actuación o por hacer imposible su continuación, sea demandable.

Así como el acto de aprobación de los planos del proyecto no confieren el derecho a construir, pues como se dijo este derecho sólo nace con la licencia, la negativa a dicha aprobación de los planos o, lo que es lo mismo, la revocatoria de la aprobación previamente dada, tampoco aleja la posibilidad de que más adelante se pueda llegar a hacer uso del ejercicio del derecho que nace con la respectiva licencia. Podría decirse que a pesar de que la aprobación o su negativa sean actos contradictorios, sin embargo en relación con la posibilidad del surgimiento posterior del derecho derivado de la licencia son semejantes, puesto que ninguno de los dos se asimila a la última ya que solamente son etapas, la una facilitando y la otra dificultando el surgimiento de ese derecho.

Obviamente, si el acto impugnado en este proceso no es demandable, el fallo tendrá que ser inhibitorio. Y es que no es caprichosa la determinación de que sea la licencia el acto demandable. Como lo tiene aceptado la jurisprudencia, "las denominadas licencias o permisos de construcción tienen su fundamento en el principio constitucional según el cual la propiedad tiene una función social y por ello implica obligaciones. La necesidad de licencias en este campo tiene dos fines: el primero, general y abstracto, y consistente en que el Estado debe supervigilar el destino que las personas deben dar a la propiedad y las limitaciones que deben consagrarse para que puedan los entes estatales prestar servicios fundamentales, como agua, luz, alcantarillado, carreteras, etc., y garantizar la protección de la misma, y el segundo para garantizar en forma concreta ciertos derechos de los vecinos de los solicitantes de tales permisos. Por esa razón se estatuyen normas generales sobre construcciones, perímetros urbanos, zonas residenciales, comerciales e industriales, etc., así mismo los Municipios dictan normas para determinadas urbanizaciones, sectores y vías". (Sentencia de 26 de octubre de 1973, Sección Primera). Y se agrega lo siguiente: "En relación con los actos concretos que conceden una licencia o permiso de construcción se tiene que para darlos, la administración municipal estudia si la edificación que se proyecta construir, según los planos y proyectos arquitectónicos que a ella se le presentan, se ciñe en un todo a las disposiciones limitativas de la propiedad que se ha dictado, si considera que se cumplen todos los requisitos legales y si la futura construcción estará acorde en un todo con el ordenamiento respectivo, otorgará la licencia. En este evento fácilmente se ve que se trata de la aplicación a un caso concreto de los ordenamientos generales".

Sentado lo anterior se procede a examinar el caso *sub-júdice*:

Como hechos básicos se tienen los siguientes: según el documento que obra a folio 280 del cuaderno No. 1 del Tribunal, el anteproyecto sometido por la Sociedad Constructora Traza a la oficina de Planeación Municipal de Pereira cumplía con las normas específicas establecidas en el Estatuto Municipal de Urbanismo y por ello fue aprobado para adelantar diseño de redes de acueducto, alcantarillado, energía y teléfono. La comunicación respectiva sobre aprobación del proyecto se hizo por carta fechada el 23 de noviembre de 1979 (folio 265), en donde se le hicieron a la sociedad demandante tres observaciones relacionadas con las plataformas oriental y occidental y con el número de pisos.

Aparece también una constancia (folio 283) de la publicación que fue hecha sobre las licencias de construcción expedidas en el mes de julio de 1980, en donde bajo el registro No. 19272 se alude a la de la sociedad actora. Esta constancia podría servir de

fundamento para afirmar que en el caso *sub-júdice* se había expedido la licencia. Sin embargo se tiene que de acuerdo con el dictamen pericial (folio 77 y siguientes cuaderno No. 2 del Tribunal) no existió la resolución que otorgaba la licencia respectiva. El experticio dice así: "En el expediente no aparece el recibo de pago de los impuestos de construcción debidamente cancelado, ni la resolución otorgando la licencia de construcción, exigidos en los recursos, normas y reglamentaciones que rigen a la oficina de Planeación Municipal de Pereira".

La afirmación del dictamen, que no fue desvirtuada en la vía administrativa ni tampoco en la judicial, está complementada con la aclaración visible en el cuaderno No. 3 de pruebas, hechas por el Director del Departamento de Planeación Municipal, que dice: "Me permito aclarar que esta Oficina en ningún momento ha expedido licencia de construcción a la firma TRAZA LTDA., para llevar a cabo el edificio Traza. El número 19272 corresponde al registro de planos aprobados según consta en el formato del sello que aparece en los planos arquitectónicos, el cual respetuosamente estoy imprimiendo. . . como puede observarse éste no se refiere a 'licencia de construcción'. Esta última se expide mediante resolución motivada de la Dirección del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, cuyo formato le remito, una vez que los trámites han sido cumplidos en su totalidad" (folio 12).

Indiscutiblemente, pues, en ningún momento se expidió la resolución sobre la licencia de construcción, acto definitivo demandable que era el único capaz de haber creado un derecho particular jurídicamente protegido.

De otra parte, no se descarta apriorísticamente que el proceder de la Administración, por motivos revelados o implícitos de cualquier índole que hayan estado en la base del acto, pueda haber causado un perjuicio a la Sociedad demandante. Pero en tal eventualidad se tiene que debió acusarse un acto definitivo o uno de trámite que hiciera imposible la continuación de la actuación, pero no cuestionar uno meramente preparatorio.

De otra parte, si como dice la demandante, el acto era demandable por tratarse de la licencia de construcción, ésta tendría que haber sido incorporada en la demanda con la mención expresa de su número y fecha y, además, aportando copia auténtica, cuestión que tampoco fue hecha. Mas esto no podía hacerse porque, como se dijo, esa resolución no ha sido expedida, a juzgar por lo que consta en el plenario.

Si el acto no era demandable, carece de sentido analizar cada uno de los cargos formulados, por lo cual con base en todo lo anterior, en este proceso debe dictarse fallo inhibitorio, previa la revocatoria de la sentencia apelada.

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,

FALLA:

REVOCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda de fecha 15 de junio de 1982 y, en su lugar, la Sala se declara inhibida para hacer pronunciamiento de fondo al asunto planteado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

En firme esta providencia, devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Los Consejeros, **Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Simón Rodríguez Rodríguez,**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD SIN FALTA.— CONDICIONADA POR RIESGO EXCEPCIONAL.— EL HECHO DE LAS COSAS.— La responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como teoría subsidiaria de aplicación excepcional. RIESGO EXCEPCIONAL.— Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Eduardo Suescún.**
Referencia: Expediente No. 2744.
Actor: **Enrique Mejía Ruiz.**

Conoce esta Corporación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 5 de mayo de 1979, expedida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

El señor Enrique Mejía Ruíz, por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío al Municipio de Quimbaya a efecto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que por ser el Municipio de Quimbaya, la entidad encargada de la administración, mantenimiento, control y vigilancia de las redes eléctricas que pasan por la vereda de la Montaña, Finca la Camelia, Municipio de Quimbaya Quindío, consecuentemente es responsable de los daños que ocasionen estas redes por el incumplimiento de las obligaciones anotadas.

"Segunda. Que establecida la responsabilidad extracontractual por omisión el Municipio de Quimbaya Quindío, sea condenado al pago de los perjuicios ocasionados o restablecimiento del derecho, al Dr. Enrique Mejía Ruíz, cuando las líneas primarias de la Energía Eléctrica produjeron corto circuito cayendo una línea conductora de alta tensión, produciéndose la muerte violenta de cinco novillos y un toro, dejando un novillo inválido.

"Tercera. Que siendo el valor de cada novillo $ 15.000,oo el del toro $ 30.000.oo y el menor valor del novillo que resultó inválido que se estima en $ 8.000.oo. El Municipio de Quimbaya sea condenado al pago total de Ciento Trece mil pesos ($ 113.000.oo) M/Legal, más las costas y costos del presente juicio". (folio 4).

Como hechos expresó los siguientes:

"a) El día jueves dos (2) de febrero del presente año, las líneas primarias conductoras de Energía Eléctrica que pasan por la Finca La Camelia, propiedad de mi poderdante, hicieron corto circuito cayendo una de ellas al suelo, y ante el contacto con algunos semovientes propiedad del actor, les produjo la muerte instantánea arrojando como resultado la muerte de cinco novillos y un toro, dejando inválido otro novillo.

"b) La causa inmediata que dió origen al corto circuito, fue la distensión producida en dichas líneas primarias por el fenómeno de la dilatación como consecuencia del calor y el elemento conducido, fueron aflojándose y acercándose peligrosamente hasta producirse su contacto y de inmediato el corto circuito.

"c) Siendo que una de las obligaciones del Municipio de Quimbaya, tal y como nos lo dice La Corporación Autónoma Regional del Quindío por intermedio de su Gerente General en escrito que anexamos, era y es la de administrar, mantener, controlar y vigilar las redes eléctricas que pasan por la Vereda La Montaña, Finca La Camelia; o sea revisarlas periódicamente, tensionándolas cuando fuere necesario, controlando postes, inspeccionando el estado de las mismas líneas, etc., entonces tenemos como corolario de lo anterior, que el hecho se debió a falta de mantenimiento, pues estuvo exento el caso fortuito o la fuerza mayor". (folio 4 vto.)

Sentencia de primera instancia:

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda, por no hallar configurada la falla del servicio:

"Si bien es cierto en el caso sub-júdice quedó evidenciado que el demandante sufrió un perjuicio económico con la pérdida de los semovientes a que alude en su libelo, motivada ésta por el hecho de haber sido electrocutados, quizás, por roce de cuerdas eléctricas que atraviesan el potrero donde se hallaban pastando el día del acontecimiento, también no es menos evidente que no se allegó al proceso la prueba plena o completa para demostrar la relación de causalidad entre la muerte de los aludidos vacunos y la falta de eficiencia, vigilancia y mal control en el sostenimiento de las líneas eléctricas que originaron el hecho imputado al Municipio de Quimbaya y que permita hablar de responsabilidad con obligación de indemnizar al actor por haber obedecido a falla en el servicio, exclusivamente a su cargo.

Vale decir, que no se pudo establecer en el proceso de conformidad con la ley que hubo negligencia, desidia o culpa de la administración del vecino municipio de Quimbaya en el hecho objeto de controversia que motive a esta Corporación a despachar favorablemente las pretensioners del accionante, por concurrencia de los elementos esenciales que permitan estructurar responsabilidad estatal en el asunto planteado

que configuran una falla en el servicio, ora por acción o bien por omisión en el cumplimiento de su gestión administrativa. Por tanto, no existen probanzas que tipifiquen una actuación culposa, dolosa o de cualquier otro género imputable a la entidad de derecho público demandada para que se le condene a resarcir los perjuicios que se le reclaman a través de este proceso.

A la anterior conclusión llega el Tribunal como necesaria secuela del concienzudo estudio que realizó de los planteamientos esbozados en la demanda, normas legales infringidas y concepto violatorio expresado frente a los diferentes medios probatorios allegados procesalmente —testimonios, prueba documental, inspección judicial, etc., en el trámite de la instancia que finaliza en este fallo, y por compartir los razonamientos de su colaborador fiscal, insertos en este proveído, con absoluto respaldo para la posición defensiva de los argumentos esgrimidos por el procurador judicial de la parte demandada.

En estas condiciones, es un misterio la manera como se originó el accidente en que murió el ganado de propiedad del actor; si en ello hubo fuerza mayor o caso fortuito, o fué la acción de terceros, o por falla en el servicio, pues, se repite, ninguna de las pruebas aportadas por las partes aclaró ese enigma; por tanto no puede hablarse de responsabilidad que permita cimentar una condena como la invocada por el actor". (folio 32-34).

Concepto fiscal:

La señora Fiscal Segunda sostiene que aquí se trata de responsabilidad por daño especial:

"Este daño especial se presenta, cuando como en el presente caso, si bien es cierto que se causó un perjuicio al administrado con la prestación de un servicio público a cargo del Estado, éste no se debió a que la Administración hubiera cumplido mal o en forma deficiente con sus obligaciones de servir a la comunidad, sino que algo fuera de su alcance, de la órbita de sus límites intervino para que el daño se causara y por tanto, a tenor de la responsabilidad extracontractual, figura del daño especial, debe reparar el daño sufrido por el Administrado.

La sentencia no puede ser confirmada en su parte resolutiva, ya que debe responsabilizarse a la Administración por la ocurrencia del *daño especial* que a postre resultó gravoso para el ciudadano, aunque tal condena deba hacerse en abstracto, por no existir fundamentos que determinen con precisión el monto del perjuicio causado y por tanto ha de seguirse el procedimiento señalado en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil para estos eventos". (folios 50-51).

Se considera:

Está plenamente demostrado que el 2 de febrero de 1978, en la finca La Camelia del Municipio de Quimbaya, por electrocución murieron seis novillos y otro más quedó herido, a consecuencia de la caída de un cable de transmisión primaria sobre el potrero donde pastaba el ganado. Así lo informaron en declaración juramentada, seria y responsiva, los señores Silvano Pinilla y Jairo Aristizábal (folios 4 y 5 C. 3).

Igualmente informaron que los semovientes afectados eran de propiedad del demandante Enrique Mejía.

También está demostrado que el certificado del Director General de la Corporación Autónoma del Quindío (folio 2) y la declaración del ingeniero Alberto Londoño (folio

8 C. 4), que la administración del fluido eléctrico de la zona y de los cables que por allí pasan está a cargo del Municipio de Quimbaya.

Sin embargo, al Municipio de Quimbaya, no se le puede atribuir negligencia alguna con relación a las redes de energía que tiene a su cargo. En esto tiene plena razón el Tribunal: numerosos testigos pusieron de presente en el juicio que la línea de conducción de energía causante del accidente fué construida con todas las especificaciones técnicas del ICEL, que en ella se utilizaron materiales y conductibilidad y de aislamiento adecuados y que siempre, dicha línea, fue objeto de constante y completo mantenimiento. (Declaraciones de Alberto Londoño, folios 8 y 9 C. 4; gustavo Monsalve folios 10-12 C. 4; Rodrigo Arcila folios 22-23 C. 4; Jesús María Vergara folio 24 y James Britto folios 24-26). En igual sentido la inspección judicial practicada al lugar de los hechos con peritos (folios 14-15 C. 4).

Con base en las anteriores pruebas, hay que concluir como acertadamente lo hizo el Tribunal, en el sentido de que en este caso no hubo falla o falta en el servicio. En efecto, el daño se produjo sin que su ocurrencia se debiera a descuido o error de la Administración. El cable que produjo el accidente, cayó a tierra sin que mediara acción u omisión de nadie. El accidente ocurrió por un hecho de las cosas, sin que se conozca aún la causa exacta que lo produjo.

Pero el que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada. Si ocurrió el perjuicio y si está establecido además, que su causa directa fue la caída de un cable de energía de la Administración, ésta debe responder: así lo indican el artículo 16 de la Constitución que establece como uno de los fundamentos del Estado la protección de la vida, honra y bienes de los asociados así como el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; y el artículo 30 de la Constitución, que estatuye a la propiedad como función social que implica obligaciones; obligaciones que incluyen no solo el deber de abstenerse de causar daño sino también el deber de repararlo, cuando éste llegue a producirse. Todo, sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa.

Por eso, para que los anteriores fundamentos tengan plena operancia en la época actual, caracterizada por los altos desarrollos de la tecnología, es preciso admitir que la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional, que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como "teoría subsidiaria de aplicación excepcional". (Rivero-Droit Administratif).

El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo de naturaleza excepcional" (Laubadere) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

En el proceso está demostrado que el Municipio de Quimbaya tenía a su cargo el mantenimiento de las redes de conducción de energía eléctrica que pasan por la finca La Camelia. Uno de esos cables cayó al potrero y causó la muerte de seis semovientes y

la inutilidad de otro. El riesgo especial que obviamente implica la conducción de energía, se produjo, con las consecuencias anotadas, sufridas por un tercero. Debe concluirse por consiguiente que se configuran aquí los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado, condicionada en este caso por el riesgo excepcional y que por lo tanto, el actor tiene derecho a indemnización.

Como la sentencia apelada negó las pretensiones de la demanda, habrá de revocarse dicha providencia y, en su lugar, condenarse al pago del daño emergente, única indemnización solicitada por el actor.

Sin embargo, como el monto de los perjuicios no fue acreditado en el proceso, la sentencia deberá hacerse en abstracto, tal como lo indica el Ministerio Público. Al efecto se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

a) Por peritazgo o por cualquier otro medio legal, se determinará el valor de los semovientes afectados, teniendo en cuenta que seis murieron y que otro quedó inutilizado; que el peso aproximado era: de cuatrocientos kilos los seis novillos y de quinientos kilos el toro (testimonios folio 5 C. 3; folio 7 C. 4).

b) El reconocimiento no excederá la cantidad de $ 113.000 señalada en 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,

FALLA:

1. Revócase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 5 de mayo de 1979.

2. Declárase al Municipio de Quimbaya administrativamente responsable de los perjuicios materiales por daño emergente que sufrió el señor Enrique Mejía Ruíz con la muerte de seis novillos y la inutilidad de otro.

3. Los perjuicios se regularán por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las bases establecidas en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente; **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD SIN FALTA POR RIESGO EXCEPCIONAL.— Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de Servicio Público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestas a un "riesgo de naturaleza excepcional" el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio. (Reiteración jurisprudencial. (Expediente 2744).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., ocho (8) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Eduardo Suescún.**

Referencia: Expediente No. 2846.

Actor: **Gilberto Díaz Vélez.**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 4 de septiembre de 1979, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

El señor Gilberto Díaz Vélez solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que la persona jurídica Empresas Públicas de Medellín, es responsable de todos los perjuicios morales y materiales, éstos tanto por lucro cesante, como por daño emergente, que se han causado a la persona de mi poderdante señor Gilberto Díaz Vélez, por motivo del accidente sufrido por éste al explotar una caja subterránea de redes de energía, la cual ocasionó la expulsión de la tapa de concreto y de don Gilberto Díaz Vélez.

"Segunda.— Que en consecuencia de la anterior declaración, la entidad demandada está en obligación de pagar las sumas de dinero que se acrediten en el proceso, en incidente posterior, a que asciendan esos perjuicios así causados.

"Tercera.— Que para la fijación del monto de perjuicios se consultare tanto el ingreso mensual, como a la disminución de la capacidad laboral que informare al Legista y a la edad del reclamante.

"Cuarta.— Que se condene a la entidad demandada a las costas del proceso". (fl. 6).

Como hechos afirmó los siguientes:

"1o. El día 29 de septiembre de 1975 a las 5 p.m., el señor Gilberto Díaz Vélez, salió de su trabajo en el crucero de la calle 49 (Ayacucho) con la carrera 57 (Avenida Ferrocarril), al pasar sobre la tapa que cubre las redes de energía, esta caja de redes explotó, ocasionando el levantamiento de la mencionada tapa y de la persona del señor Gilberto Díaz Vélez.

"2o. En el accidente sufrido por mi poderdante, tuvo lesiones de tal magnitud que estuvo seis meses incapacitado; se fracturó la cadera y la pierna izquierda; le fueron incrustadas platinas permanentes; y como secuelas de las lesiones su capacidad laboral quedó reducida en un cincuenta por ciento (50%).

"3o. La explosión de la caja de redes de energía se debe a una notoria falla por parte de las Empresas Públicas de Medellín en la prestación y organización del servicio; se presentó una congestión de energía demasiado fuerte para ser resistida por el material de las conducciones. Hay pues una falta o culpa en el servicio, que no se prestaba en forma debida.

"4o. Las Empresas Públicas de Medellín es un establecimiento público del orden municipal, que tiene a su cargo la prestación del servicio público de energía, acueducto, teléfonos etc.

"5o. Los perjuicios sufridos por mi patrocinado Díaz Vélez, se causaron en la actividad administrativa de prestar el servicio público de energía. La actividad administrativa causó el daño.

"6o. El señor Gilberto Díaz Vélez, trabaja en el Municipio de Medellín, sección de talleres, desempeñándose como pintor de automóviles, por lo que devenga un sueldo de tres mil pesos ($ 3.000.oo) mensuales.

"7o. El señor Gilberto Díaz Vélez, trabajaba particularmente en sus horas y días libres, devengando por ese hecho unos dos mil quinientos pesos mensuales ($ 2.500.oo).

"8o. A causa del daño sufrido en el accidente mencionado, y de las secuelas del mismo, ya no puede dedicarse a sus actividades particulares ni del municipio; y en este último sitio es prácticamente un estorbo en espera de ser despedido en cualquier momento.

"9o. Estos salarios son indispensables para el sostenimiento del señor Gilberto Díaz Vélez, su esposa y sus hijos". (folios 6—6v).

La sentencia apelada:

El Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia de primera instancia el 4 de septiembre de 1979, en los siguientes términos:

"1. Las Empresas Públicas de Medellín son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales sufridos por el señor Gilberto Díaz Vélez con motivo de la explosión de una caja contentiva de redes de energía situada en la carrera 57 con la calle 49 de esta ciudad, en la forma y circunstancias detalladas en el cuerpo de esta Sentencia. Insuceso ocurrido el día 29 de septiembre de 1975.

"2. Consecuencialmente pagará la entidad demandada, al señor Díaz Vélez, las sumas que resultaren demostradas en el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, entendiéndose que la responsabilidad se cuantifica en un 50%.

"3. No hay lugar a la condenación en costas". (folio 97).

Para llegar a la anterior decisión el Tribunal razonó así:

"El caso sometido a estudio ofrece unas particularidades de especial interés que hacen imperioso el enfoque de un aspecto jurídico que no es de mucha ocurrencia en negocios en donde se predica la responsabilidad estatal. Se trata de la concasualidad, que en teoría puede existir entre la falla del servicio y la culpa de la víctima, entre la misma falla y el hecho de un tercero y, finalmente, entre la falla y la fuerza mayor o el caso fortuito; casos en los cuales la responsabilidad del Estado 'quedará limitada a la proporción en que su falta o falla sea reconocida como causa eficiente del daño sufrido, presentándose entonces, la figura conocida en el derecho como compensación de culpas o repartición de responsabilidades' (sentencia Consejo de Estado Octubre 28 de 1976. Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango).

"Y este es, en sentir del Tribunal, el punto de mayor dificultad de análisis y de repercusiones mas relievantes en este proceso, ya que los dos primeros elementos tipificadores de la responsabilidad emergen con una meridiana claridad en el plenario y se presentan con una robustez incontrovertible. La falla en el servicio es pregonada con detalle y minuciocidad técnica por los profesionales Fernando Loaiza y Carlos Ignacio Posada. Afianzada, así mismo, por los oficios DDE— 030 del 1o. de abril de

1977 (folios 24 y 25) suscritos por la división de Distribución de Energía del ente demandado y de todas maneras aceptada por las Empresas Públicas. El daño sufrido por el actor se patentiza con el documento de folios 20 y 21 que recibió el Tribunal en respuesta al despacho comisorio dirigido a la división Médica del Municipio de Medellín.

"Por cuanto que, como está demostrado, la falla del servicio al presentarse la rotura del sistema de aislamiento de un cable conductor de energía, en el lugar en donde ocurrió el insuceso, no pudo haber sido la causa única y eficiente de la explosión de la caja que produjo las lesiones del demandante, sino que, el material químico residual de un taller de reparación de vehículos que funcionaba cerca contribuyó asimismo y en forma eficaz al efecto dañoso cuya indemnización ahora se reclama, ninguna de las dos causas, consideradas en forma separada, pudo conducir a la producción del efecto que como nexo causal, se imputa a las Empresas Públicas.

"Y en verdad que, como antes se dijo, para que surja la obligación de reparar un daño es preciso que entre éste y la falla exista el vínculo que infiera aseverar que el primero es efecto del segundo.

"No siempre se presenta fácil para el fallador saber cuando un daño es secuela de una falta en el servicio o, lo que es lo mismo, cuando deba considerarse que aquél es efecto de éste y mas, como en el asunto *sub-júdice*, cuando se presenta la pluralidad de causas.

"Es lo cierto que en el asunto sub-examen si bien las causas que concurrieron al efecto dañoso operaron independientemente y se acumularon para producir ese efecto, no por ello puede concluirse en una solidaridad dada la circunstancia de que, en tratándose de la falla en un servicio público, *procesal* y jurídicamente no es visible tal figura dentro de un negocio que por responsabilidad extracontractual se ha provocado ante esta jurisdicción. No puede al particular deducírsele responsabilidad alguna por culpa en el ejercicio de una actividad determinada, conjuntamente y en forma solidaria con la administración a quien se le imputa falla en el servicio, pues que ni siquiera es viable introducir una demanda en tales circunstancias. Tampoco aparece acertado condenar sólo al ente estatal por la totalidad del monto de los perjuicios cuando ha mediado otra causa ajena y por fuera de su control.

De lo anterior resulta que no aparece certera la apreciación de la Fiscalía cuando al esbozar la ocurrencia de los hechos que originaron la demanda expresa que la causa de la explosión se debió única y exclusivamente a la actividad de tercero propietario, arrendatario o mero tenedor del local en donde funcionaba el taller de reparación de vehículos, al permitir la penetración de sustancias carburantes en la caja, cuya tapa explotó y sobre la cual estaba parado el demandante. El acervo testimonial sienta una aserción totalmente distinta y el comportamiento mismo de la entidad demandada reconoce la real ocurrencia de una falla que, aunque por sí sola era incapaz de causar el insuceso, sí concurrió con otra causa el fenómeno de la explosión.

"Para nada juega en el plenario el hecho de que no hubiere mediado negligencia o descuido de las Empresas demandadas tal como lo dice la fiscalía, pues la teoría de la falla en el servicio está montada sobre esquemas totalmente distintos que relegan las circunstancias anotadas a un campo de absoluta indiferencia para la estructuración de la responsabilidad aquiliana.

"Es entonces comprensible que en casos como el contemplado y dadas las peculiaridades de las circunstancias que mediaron en el resultado perjudicial cuyo resarci-

miento se pide, el Tribunal acuerde condenar a las Empresas Públicas de Medellín al resarcimiento de los perjuicios que por la falla del servicio le ocasionó al demandante y reducido éste en un cincuenta por ciento.

"Por cuanto que ningún elemento de convicción se aportó para cuantificar ese perjuicio, éste se valorará por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Se tomarán como base de la regulación, la merma de la capacidad laboral del actor, el salario devengado por el mismo, su supervivencia probable, el salario que devengaba en horas extras y fuera de su labor oficial, el historial médico que obra en el proceso etc., reduciendo el porcentaje total de los perjuicios en la cuantía señalada". (folios 90-91-95-96).

De la sentencia disintieron los magistrados Moreno Pareja, quien sostuvo la falla del servicio en toda su extensión y Francisco M. Vélez, quien planteó la inexistencia de responsabilidad oficial.

Dijo el primero:

"1o. En el proceso se evidenció que el daño se produjo por la explosión o estallido de una caja subterránea de las Empresas Públicas y la explosión se debió a falla de un alimentador de alto voltaje (15 mil voltios) que atiende el sistema de la parrilla. Luego el daño se produjo por falla del servicio de producción y distribución de energía eléctrica, servicio que funciona a cargo y bajo la responsabilidad del ente demandado.

"En efecto:

"Conforme a los oficios de los folios 24 y 25, el día 29 de septiembre de 1975, a las 5 p.m. falló un cable subterráneo. Inmediatamente el personal de daños se desplazó a ese punto y se encontró la cámara del costado noroccidental de la carrera 57 con calle 49 llena de aceite con gasolina. Se procedió a limpiar la cámara y se encontró un cable primario fallado. El récord de fallas de cables primarios del sistema parrilla, según estadísticas es de doce al año para seis circuitos.

"Y que la explosión se debió a falla del alimentador de alto voltaje es hecho que ratifican y ponen de presente los ingenieros electricistas al servicio de las Empresas, Doctores Fernando Loaiza (folios 38), Carlos Ignacio Posada y Guillermo Mejía, quien paladinamente dice: 'La causa directa o inmediata de la explosión fue, a mi modo de entender, por el deterioro del cable. El deterioro del cable produjo la explosión'.

". . .Despréndese, entonces, de lo anterior, la razón de mi disentimiento con la sentencia, debido a que allí se ordena reparar el daño sólo en un 50%, esto es, propiciándose un enriquecimiento en pro del ente autor del daño, y un empobrecimiento de la víctima, todo en forma injusta por carecer de razón jurídica para ello.

". . .Ha de tenerse en cuenta cómo los mismos Ingenieros que sirven las Empresas, sólo le atribuyen como efecto a la presencia de detritus de aceite, impregnación de gasolina y agua en la caja, una mayor fuerza en la detonación, pero en ninguna forma se arriesgan a darle un valor causal a la presencia de estos detritus en la mencionada caja.

"Pero es que aún, si en remotísima hipótesis pudiera atribuirse a la presencia de estos detritus en la caja la causa de la explosión, también sería imputable a la Empresa que es la dueña de la caja, la que presta el servicio y quien carga con la obligación de su limpieza". (folios 99-100-101-102).

El doctor Francisco M. Vélez:

"Como se desprende del análisis realizado en la sentencia, no fué fácil encontrar en los hechos acaecidos el 29 de septiembre de 1975, los presupuestos requeridos pra elevar la responsabilidad por falta o falla en el servicio, y es precisamente, en la configuración de sus elementos, donde el suscrito no comparte el fallo proferido, que admitiendo un repartimiento de responsabilidades, encontró al ente público cuantificado en un cincuenta por ciento (50%) en las indemnizaciones a que tiene derecho el accionante. . .

"... El primer elemento tipificador de la responsabilidad, que consiste en una falla en el servicio, se fundamenta para la Corporación, en las declaraciones de los profesionales Fernando Loaiza y Carlos Ignacio Posada y en unos oficios suscritos por la Dirección de Distribución de Energía, lo cual ha servido para afirmar en la decisión final, que las Empresas Públicas la aceptaron en forma incontrovertible.

"De esa conclusión simple y escueta, donde no se intentó un análisis de la prueba testimonial y documental que sirvió para señalar la falta o falla del servicio, me tengo que apartar, porque si se hace un recorrido sobre la posición de los empleados de las Empresas Públicas de Medellín, conocedores hasta la saciedad del sistema eléctrico, es necesario encontrar que el ente demandado ha indicado, sin vacilación, que las lesiones sufridas por Díaz Vélez el 29 de septiembre de 1975, se debieron a la concentración de material combustible en la cámara donde hubo la falla (folios 25) y que fue resumido por el doctor Fernando Loaiza Ruiz en su versión de folios 37 de la siguiente manera, que vale la pena destacar: 'De acuerdo los comentarios que hice sobre los efectos que producen las explosiones y el hecho de que *las canalizaciones donde se alojan los cables son diseñadas para que los fenómenos eléctricos que se puede producir no afecten las partes externas y además*, también por los informes que he tenido oportunidad de conocer sobre el accidente en cuestión, estimo que los daños causados al pavimento y a la caja se debieron a la presencia de gases o líquidos inflamables que nada tienen que ver con los elementos que las Empresas disponen para la prestación del servicio'. . .

". . .Y es que estos detalles no se pueden ignorar dentro de un juicio de responsabilidades, porque la falta o falla del servicio tiene unas directrices que también requieren su comprobación, cuales son las omisiones, irregularidades, retardos, ineficacias o ausencias de servicio, no predicables de manera alguna en el presente caso a las Empresas Públicas de Medellín.

"La explosión del 29 de septiembre de 1975, sin antecedentes dentro del ajetreo propio al servicio eléctrico, tuvo su causa en la concentración de material combustible dentro de una cámara y así expresamente lo acepta en parte el Tribunal, al admitir que el daño fue el resultado de dos causas, cada una de las cuales no idónea para generarlo, considerando que el ente público sólo debe cargar con el cincuenta por ciento (50%), sin explicarse las razonez de la proporción, pero adivinándose que se ha entendido que la causa ajena y por fuera de control, fue la responsable de la mitad de los hechos, deducción que tampoco es dable compartir porque, amén de gratuita, no encuentra en las probanzas allegadas, justificación". (folios 103-104-106).

El concepto fiscal:

En su concepto la señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado hace las siguientes consideraciones:

"El juicioso y extenso estudio que el fallador de primera instancia realizó, hacen innecesario que este Despacho se detenga nuevamente sobre los temas de las fallas del

servicio y de la culpa compartida. El análisis de la prueba de este aspecto, fué acertado y los razonamientos expuestos en la sentencia son compartidos por esta fiscalía.

"En cuanto a la condena en sí, que hace el fallador de primera instancia, este despacho considera que el fallo ha debido al menos señalar las pautas para hacer la tasación de los perjuicios o fallar en concreto, pues existen pruebas suficientes en el expediente para proceder de este modo.

"Al folio 61 vuelto aparece una certificación expedida por un funcionario del Municipio de Medellín, en donde consta que el señor Gilberto Díaz Vélez está vinculado por contrato al Municipio de Medellín en calidad de pintor de primera en la Sección de Enderezada y Pintura y que devengaba el 29 de septiembre de 1975 un salario mensual de $ 2.915.30.; a partir del 1o. de junio del 76 un salario mensual de $ 3.164.06 y, a partir del 1o. de enero de 1977, hasta el 15 de marzo del mismo año, inclusive un jornal de $ 124.84.

"Al folio 3 aparece un certificado sobre un sueldo promedio de $ 2.500.oo que en los días sábados y domingos devengaba el mismo señor Gilberto Díaz Vélez, al servicio de un taller particular.

"Dicho documento no puede tenerse como prueba, pues quien lo otorgó no lo reconoció durante el proceso con las exigencias y formalidades que establece la ley.

"Existe declaración jurada del mismo dueño del taller señor Carlos Mejía Zuleta, (folio 31 vueltto y siguientes) quien afirma que el actor trabajaba por contrato y que devengaba un promedio de $ 3.500.oo a $ 4.000.oo mensuales. Afirma además, que no tiene libros de contabilidad que puedan probar lo dicho.

"Se observa que hay una ostensible diferencia entre lo que se *dice* que devengaba el actor y la *certificación* expedida por el mismo señor Mejía Zuleta. Así pues no se podrá dar crédito a tal hecho.

"Debe considerarse también que si el actor trabajaba cinco días a la semana como trabajador del Municipio y ganaba $ 3.164 mensuales, dificilmente podía ganar $ 4.000.oo trabajando en el mismo oficio, sólo los fines de semana.

"Debe tenerse presente a fin de señalar el monto del perjuicio sufrido, que la incapacidad laboral permanente que el accidente le dejó al actor fue de un 20% según certificación expedida por el Instituto de Medicina Legal, visible al folio 63.

"En el Código Laboral se establece como indemnización en el caso de una disminución de la capacidad laboral de un 20%, el equivalente a cinco meses de salario (artículo 209 Código Sustantivo del Trabajo). Lo anterior aun cuando no es de obligatoria aplicación, puede servir de guía para señalar el monto de los perjuicios.

"Por estas breves consideraciones, esta agencia del Ministerio Público, se permite solicitar a la Honorable Sala, la confirmación en parte de la sentencia apelada, modificando sólo el punto 2o. en cuanto se deben señalar las pautas para tasar los perjuicios o se debe proceder a señalarlos concretamente". (folios 120-122).

Se considera:

Conforme lo declaran Carlos Mejía, Manuel de J. Cartagena y Antonio Vicente Montoya (folios 23-33) el 29 de septiembre de 1975, hacia las cinco de la tarde, cuando

los señores Gilberto Díaz y Carlos Mejía transitaban desprevenidamente por una calle céntrica de Medellín, hizo explosión una cámara de redes subterráneas de energía, instalada en la acera, en la cual se habían detenido, en ese momento, los dos transeuntes.

La violenta explosión dió a tierra con los señores Mejía y Díaz y les produjo heridas considerables. Este último, demandante en el juicio, resultó con una fractura en la cadera izquierda por lo cual fue inmediatamente operado en la clínica El Rosario (historia clínica folios 20 - 21).

Las Empresas Públicas en oficio 029 dirigido al Tribunal reconocieron el hecho de la explosión en los siguientes términos:

"El día 29 de septiembre de 1975, aproximadamente a las 5 de la tarde falló un cable subterráneo del sistema "Parrilla". Unos minutos más tarde se recibió una llamada por el teléfono 420 400, Daños Energía, donde un ciudadano avisaba de una explosión ocurrida en la carrera 57 con calle 49. Inmediatamente el personal de daños se desplazó a ese punto y se encontró la cámara del costado noroccidental de carrera 57 con calle 49 llena de aceite con gasolina. Se procedió a limpiar la cámara y se encontró un cable primario fallado. Ningún funcionario de la Empresa fue testigo de esa explosión ni tampoco del accidente que hace mención el señor Gilberto Díaz Velez. . ." (folio 24).

Y en el oficio 030 de la misma fecha, la entidad demandada agrega:

"El récord de fallas de cables primarios del sistema Parrilla, según estadísticas es de (12) al año para seis (6) circuitos. Normalmente estas falla no producen consecuencia alguna fuera de aislar automáticamente el cable alimentador. Si es verdad que el señor Gilberto Díaz Vélez sufrió lesiones personales el día 29 de septiembre de 1975 al fallar un cable, se debió a concentración de material combustible en la cámara donde hubo la falla, lo cual es completamente ajeno al fenómeno eléctrico, atribuyéndose esta acumulación de materiales combustibles a manos ajenas: ya que las Empresas no requieren de éstos en su sistema de distribución, especialmente subterráneo" (folio 25).

A folios 34-56 están las declaraciones de Fernando Loaiza, Carlos Ignacio Posada, Horacio Jaramillo y Guillermo Mejía, técnicos de las Empresas, todos los cuales coinciden en señalar que la instalación del sistema Parrilla lo hacen las Empresas, de acuerdo con los más exigentes requerimientos técnicos; que ejercen sobre esas instalaciones una completa supervigilancia y mantenimiento y que nunca antes esta clase de cámaras subterráneas había estallado en forma tan aparatosa. "Cuando hay una falla del mismo daño —dice el inspector Jaramillo—, no alcanza a mover siquiera la tapa de la cámara ni ha habido accidentes aquí en el centro, en el timepo que yo recuerde, que llevo en las Empresas Públicas" (folio 49).

Los citados declarantes coincidieron también en que el accidente ocurrió a causa de que la cámara de redes subterráneas se llenó de aceite y materiales inflamables provenientes de un establecimiento vecino, donde lavaban carros y se ocupaban del engrase y cambio de aceite de toda clase de vehículos. Y agregan que, la falla del cable que normalmente no produce ninguna consecuencia, "ni siquiera levanta la tapa de la caja", en esta ocasión produjo la fuerte explosión que rompió la caja y causó heridas a los transeúntes, por la existencia de dichos materiales inflamables dentro de la caja, hecho éste que escapaba al control normal de las Empresas Públicas.

Frente a las anteriores pruebas es preciso estudiar la responsabilidad de las Empresas Públicas. El Tribunal condenó a las Empresas a pagar una indemnización del 50%, con base en que había concurrido la falla del servicio con el hecho de un tercero.

El hecho del tercero no está plenamente demostrado por cuanto el bien se acreditó la existencia de materiales inflamables en la cámara, a través de las declaraciones de que se ha hecho mención, no podían esos medios de prueba servir para establecer la verdadera causa de la explosión. Las opiniones de los testigos no pueden sustituir la pericia, que no se practicó en el juicio.

Descartando probatoriamente el hecho del tercero en la ocurrencia del accidente, debe agregarse que, por otra parte, la verdadera causa del hecho perjudicial quedó desconocida dentro del proceso. Por esto último es preciso estudiar el presente caso no en el campo de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta por riesgo excepcional, que la demanda plantea en la parte final de su fundamentación jurídica. (folios 7 y 7 v).

En efecto, el simple hecho de que haya "fallado" el cable no constituye falta del servicio. Ese hecho es de ocurrencia normal en el servicio eléctrico; las Empresas Públicas habían tomado todas las medidas aconsejables para impedir que tuviese consecuencias lamentables y es así como nunca había ocurrido accidente alguno por este mismo hecho. No puede decirse en consecuencia, que en este caso haya habido defecto en la gestión de la prestación del servicio, que es lo que constituye la falta del servicio. Ni error ni negligencia hay en el expediente que sean atribuibles a las Empresas demandadas.

Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas. En caso similar dijo la Sala:

". . . Es preciso admitir que la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional, que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como "teoría subsidiaria de aplicación excepcional". (Rivero-Droit Administratif).

El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo de naturaleza excepcional" (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio". (Sentencia 2 de febrero de 1984, actor: Enrique Mejía. Expediente 2744).

Establecida la responsabilidad condicionada por el riesgo, corresponde a las Empresas Públicas reparar en su totalidad los daños causados, máxime cuando ellas como se anotó anteriormente no acreditaron la influencia que el hecho del tercero hubiere podido tener en la ocurrencia del accidente.

En consecuencia, habrá de modificarse el fallo apelado en cuanto condenó a una indemnización sólo del 50% y ordenar en cambio al pago de toda la indemnización. En todo lo demás debe confirmarse la sentencia apelada.

Para la liquidación de los perjuicios materiales faltan elementos probatorios, como el de la vida probable de la víctima, por lo cual su liquidación debe dejarse para incidente posterior. Al decidir dicho incidente el Tribunal fijará, según su criterio, el monto de los perjuicios morales.

En cuanto a la existencia misma de los perjuicios materiales y a las bases para liquidar su cuantía, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Conforme certificado de la Jefe de Personal del Municipio, el señor Díaz, por la época del accidente, trabajaba como pintor de los Talleres del Municipio de Medellín, con un sueldo mensual de $ 2.915.30 (folio 61).

No se probó en cambio, que además de esa relación de trabajo, el señor Díaz tuviere otra de carácter permanente con el señor Carlos Mejía.

Este al rendir testimonio, (folio 32) contradijo lo que él mismo había certificado ya en el documento de folio 3 en relación con el monto devengado.

En estas circunstancias debe considerarse que sólo se mostró en el juicio la prestación de servicios al Municipio, con los ingresos anotados.

En cuanto a gastos médicos e incapacidad temporal, el certificado de la Jefe de Personal del Municipio dice:

"b) Que con posterioridad del 29 de septiembre de 1975, el señor Guillermo Díaz estuvo incapacitado durante el lapso y por las causas que se expresan en el oficio No. 139 del 5 de abril último, emanado del Departamento Médico y Odontológico de la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio, cuyo original se anexa, para que haga parte de este informe.

"c) Que por razón de la incapacidad sufrida por el señor Gilberto Díaz Vélez, a que se refiere el literal anterior, le fue cancelada la suma de diecisiete mil ciento cincuenta y cinco pesos con treinta y seis centavos ($ 17.155.36) equivalente al salario completo por el lapso de duración de la incapacidad. Además, todos los servicios médico-asistenciales a que se refiere el oficio que se anexa.

"d) Que el señor Gilberto Díaz Vélez, devengaba el 29 de septiembre de 1975 un salario de dos mil novecientos quince pesos con treinta centavos ($ 2.915.30); a partir del 1o. de junio de 1976, un salario mensual de tres mil ciento sesenta y cuatro pesos con Seis Centavos ($ 3.164.06) y, a partir del 1o. de enero de 1977, hasta el 15 de marzo del mismo año, inclusive, fecha del Despacho emanado del Tribunal, un jornal de ciento veinticuatro pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 124.84)" (folio 1 v).

El oficio anexado indica que se le dio una incapacidad de 17 días y que se le practicó una operación quirúrgica consistente en osteosíntesis de fémur y controles periódicos.

En cuanto a incapacidad definitiva el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, dice:

"...En cuanto a consecuencias o secuelas, anotamos una leve disminución de la función flexora de la rodilla de ese lado, con discreto impedimento doloroso en posición de cuclillas cuando permanece tiempo prolongado, que podemos valorar en un veinte por ciento (20%) de disminución de su capacidad laboral" (folio 63).

En consecuencia, la liquidación de la indemnización por perjuicios materiales se concretará al reconocimiento de este 20% de disminución permanente de la capacidad

laboral del actor, teniendo en cuenta su vida probable y su salario en el momento del accidente, de $ 2.915.30 mensuales.

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. Modifícase el numeral 2o. de la sentencia apelada en el sentido de condenar en abstracto a las Empresas Públicas de Medellín el pago de la totalidad de los perjuicios materiales y morales causados al actor, conforme la parte motiva de esta providencia.

2. Confírmase en todo lo demás la sentencia apelada.

Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TEORIA DEL RIESGO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— Aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido frente a la responsabilidad del Estado una aplicación distinta casi de rechazo, sustituída por el instituto de la Falla del Servicio. MANEJO JURISPRUDENCIAL RESTRINGIDO.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.— Bogotá, D. E., marzo 8 de 1984.

ACLARACION DE VOTO DE CARLOS BETANCUR JARAMILLO Y JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ.

Referencia: Expediente 2846.
Actor: **Gilberto Díaz Velez.**

1. No obstante compartir, en su totalidad, la parte resolutiva de la sentencia, debemos expresar nuestra separación en el aspecto de la motivación referida a la adopción del riesgo como criterio de la condena, cuando, en verdad, se estaba frente a una típica falta o falla del servicio.

2. No se puede desconocer el esfuerzo del Consejero Ponente para encontrar, a través de la teoría del riesgo, la construcción de la responsabilidad del ente público demandado. Sin embargo, esa teoría, que muchas veces se ha adoptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en particular en la sentencia de 28 de febrero de 1958, ha tenido, frente a la responsabilidad del Estado, una aplicación distinta, casi de rechazo, sustituída por el instituto de la falla del servicio, que en sus elementos axiológicos encuentra su clara ubicación: la falla funcional, el daño y la relación de causalidad entre la falla y el daño.

3. Sí se probó que el accidente se produjo como consecuencia de la explotación subterránea de redes de energía —aquí el aspecto funcional constitutivo de la falla—, el daño y la relación de causalidad, fácil demarcar el camino de la responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín, quien solamente, para exonerarse de ella, podía acreditar la intervención, participación de un elemento extraño —la fuerza mayor o caso fortuito, un hecho de tercero o la culpa de la víctima—. Y ninguno de ellos se aprecia dentro del proceso.

Dentro del criterio de adopción de la teoría de la falla o falta del servicio, por la doctrina administrativa patria, cabe perfectamente en el caso en estudio; para qué, entonces, salir en la búsqueda de otras figuras, cuando la que se ha construído y desarrollado, tiene la efectiva aplicación en el *sublite*.

4. Por otra parte, el riesgo excepcional, debe tener un manejo jurisprudencial demasiado restringido, para que no pueda prestarse a una consagración frecuente y, por tanto a generalizarse peligrosamente, con prescindencia de los factores eximentes de responsabilidad, como los ya mencionados —fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima—.

El cuidado en la aplicación de la teoría del riesgo, con olvido de la falla o falta del servicio, debe ser permanente, porque si se generaliza, se corre el peligro de la implantación exagerada e inconveniente en situaciones que llevaría a la administración a responder de todo, o, mejor, de casi todo, con los peligros de su adopción desmedida. Y es que no es solo por prudencia, sino, también, porque el riesgo, como instituto doctrinario, tiene, y debe tener, saludables limitaciones, a nivel del pensamiento de los tribunales de justicia.

Bogotá, marzo 27 de 1984.

Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández.

RESPONSABILIDAD CONJUNTA DEL ESTADO Y DEL AGENTE.— INDEMNIZACION.— No puede haber doble indemnización. Razones.

Si el lesionado persigue, por la vía ordinaria, el resarcimiento de perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta; el daño ya ha sido visto y definido; algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE, a través de la justicia ordinaria. Eso quiere denotar, que hecha la fijación de la indemnización, ha de producir los efectos propios de la determinación del daño frente a la víctima, puesto que absurdo sería que por una jurisdicción se lograsen señalar lo perjuicios y por la otra se puedan apreciar otros, cuando, alrededor del daño, éste debe ser igual en una y otra. COEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD O RESPONSABILIDAD CONJUNTA. La coexistencia de responsabilidad o responsabilidad conjunta, no permite a la víctima exigir indemnización que exceda el valor del perjuicio sufrido y que a juicio del juez penal se concretó en la suma determinada en la sentencia de condena.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá D. E., abril doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente 2586. Indemnizaciones.
Consejero Ponente: **Eduardo Rincón Rincón.**

I

ALCANCES DE LA DEMANDA

A. **Pretensiones**

El señor EDUARDO RINCON RINCON, por medio de apoderado, demandó al Estado Colombiano, en escrito presentado el 27 de octubre de 1978, para que por los trámites de un proceso ordinario Contencioso Administrativo, se declarara y condenara a:

"1. Que el Estado Colombiano es responsable administrativamente de las lesiones, e incapacidad psíquica, moral, laboral sufrida por el señor EDUARDO RINCON RINCON, el día 14 de octubre de 1977, cuando una radiopatrulla conducida por un agente de la Policía, ebrio, en contravía, dejó a mi cliente incapacitado de por vida, y el borde de la muerte.

"2. Que como consecuencia de la anterior declaración, el Estado Colombiano debe reconocer y pagar a mi poderdante, el valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por él, con ocasión de las lesiones e incapacidades originadas.

"3. Que los perjuicios materiales originados a mi cliente ascienden a la suma de $ 11.600.000.oo (ONCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS), que el Estado Colombiano debe pagarle, o la suma que se demuestre con peritos en este juicio, o posteriormente mediante los trámites establecidos por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"4. Que el Estado Colombiano debe pagarle a mi cliente el valor de los perjuicios morales subjetivos y objetivos que sufrió.

"5. Subsidiariamente solicitó, que en caso de que no me fueren favorables las peticiones anteriores en la forma planteada, se declare de manera directa y objetiva que el Estado Colombiano debe indemnizar a mi poderdante los perjuicios de todo orden moral y material que le fueron ocasionados con las lesiones e incapacidades, por obra de los conductores de la Policía Nacional señor CARLOS A. SANCHEZ ALMANZA y ARCESIO ALVAREZ ACEVEDO, el día 14 de octubre de 1977, en la ciudad de Bogotá, en la cuantía de $ 11.600.000.oo (ONCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS) o en la suma que se determine mediante peritos dentro del proceso, o la que se establezca conforme a los artículos 307-308 del Código de Procedimiento Civil.

B. **Como hechos se señalaron:**

"1. El señor EDUARDO RINCON RINCON nació el día 7 de abril de 1951 en la ciudad de Bogotá.

"2. El señor EDUARDO RINCON RINCON terminó Economía en el año de 1975 y trabajaba como comisionista, devengando un ingreso mensual de $ 25.000.oo (VEINTICINCO MIL PESOS MENSUALES).

"3. El señor EDUARDO RINCON RINCON al momento de sufrir las lesiones tenía 26 años de edad.

"4. El día que ocurrieron las lesiones, 14 de octubre de 1977, el señor EDUARDO RINCON RINCON conducía un vehículo marca Simca, distinguido con la placa No. AI-3956, a las diez y media (10 1/2) de la noche, cuando regresaba de la casa de sus padres para su residencia, tomando con este fin la calle 100. Al momento de encontrarse ascendiendo por el puente del costado sur, con vía de occidente a oriente, sorpresivamente, fue chocado por un radiopatrulla de la Policía Nacional, cuando huía, distinguido con la placa No. 00063, conducida por el Agente CARLOS A. SANCHEZ ALMANZA, quien se encontraba acompañado por otro agente, el que responde al nombre de ARCESIO ALVAREZ ACEVEDO.

"5. El día de los hechos, CARLOS A. SANCHEZ ALMANZA estaba al servicio del Agregado Militar del Perú, señor Coronel MOOR NEIRA; y después de dejarlo, se fue a una caseta que está ubicada en frente de la Defensa Civil del Chicó, en donde ingirió en compañía de dos agentes más, dos botellas de ron. Fue tal el grado de intoxicación originada por esta bebida, que cuando el agente de la Policía Nacional, CARLOS A. SANCHEZ ALMANZA se dirigía a guardar el vehículo en la columna de transportes de la Policía Nacional, tomó una contravía en la calle 100, estrelló el automóvil Renault 12, conducido por la señora NELLY BEATRIZ ESCOBAR DE AROCA, y después de discutir con ella en forma soez, huyó con su compañero ARCESIO ALVAREZ ACEVEDO, tomando el puente en contravía, momento en el cual produjo las lesiones e incapacidades de mi cliente EDUARDO RINCON RINCON, al chocar la radio patrulla con el pequeño carro Simca conducido por dicho señor.

"6o. La investigación penal correspondió al juzgado 48 Penal Municipal, en donde les dictaron auto de proceder a los Agentes de la Policía Nacional, CARLOS A. SANCHEZ ALMANZA y ARCESIO ALVAREZ ACEVEDO. Es de destacar, que el agente EDUVIN PACHON GONZALEZ, fue sancionado con 14 días de arresto severo por pretender tergiversar los hechos y ocultar la verdad de los mismos.

"En el instante del accidente, el agente SANCHEZ ALMANZA se encontraba uniformado, prestaba sus servicios a la Policía Nacional y conducía un vehículo de esa institución, tipificando un claro caso de responsabilidad extracontractual. Por culpa de los agentes CARLOS SANCHEZ ALMANZA y ARCESIO ALVAREZ ACEVEDO, quien se encontraba acompañando al primero, al producir las lesiones e incapacidades permanentes, y totales a mi cliente en accidente de tránsito, con un agravante de responsabilidad, al huír de otro accidente y conducir totalmente embriagados, el Estado es totalmente responsable. Lo más grave radica, en el hecho de que el agente SANCHEZ ALMANZA había sido sancionado por encontrarse prestando servicio en estado de embriaguez. . . A pesar de sus antecedentes, la Policía Nacional le entrega un vehículo para que este individuo se enloqueciera con el licor, y produjera tragedias similares a las que sufrió EDUARDO RINCON RINCON. Es pues, un caso de responsabilidad agravada del cual es plenamente responsable el Estado Colombiano.

"7. Se debe anotar, el siguiente texto del auto de proceder en que un Juez Penal le reclama la responsabilidad a la Policía Nacional:

"Suficientes indicios y declaraciones comprometen de una u otra forma la inocencia del inculpado. Está patentizado en las sumarias, que el agente conductor de la Policía Nacional, CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, el día de autos conducía el automóvil oficial de siglas 00-063, como lo indica el oficio procedente de la División Logística Sección Transporte, (folio 74) y prestaba sus servicios en la Agregaduría del

Perú. Sin embargo, el sujeto antes citado no tuvo en cuenta, su investidura policial, encarnación de ejemplo, ayuda, respeto y autoridad, sino que en forma irresponsable y desleal; objeto de todo reproche, se dedicó a la ingestión de licor, a sabiendas del riesgo que esa conducta representaba y no obstante encontrándose ebrio y casi perdido el sentido, tomó el timón del automotor oficial, para luego de una cadena de colisiones ininterrumpidas, ir a chocar violentamente contra el auto Simca de sigla AI-3956 conducido por un noble e ingenuo ciudadano que se encaminaba en busca del calor de su hogar. "Es que el conductor de la Policía Nacional se representó el resultado que podía ocasionar su conducta irresponsable, y así lo dijo y se pone de relieve en su injurada,... 'YO SI ME ENCONTRABA BASTANTE EMBRIAGADO PERO PENSE QUE YENDO DESPACIO NO PASARIA NADA', y podía llegar hasta la subestación la Florida.

"Es más violando una serie de reglamentos de tránsito, tales como, DIRIGIRSE EN CONTRAVIA, CONDUCIR EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ, NO PORTAR SU PASE DE CONDUCTOR NI CONSTANCIA DE SU EXTRAVIO, persistía en forma caprichosa, en dirigir el automotor pero con tan mala suerte de incurrir en la infracción por la cual hoy se le juzga. No sin antes hacer mención, que al paso que violaba y transgredía la ley ordinaria, infringía el reglamento policial; y no era la primera vez, porque ya le aparece en su hoja de vida una sanción por INGERIR LICOR cuando prestaba un turno de vigilancia .

"8. Con motivo de las lesiones sufridas por el señor EDUARDO RINCON RINCON cuando devengaba su sustento como comisionista vendiendo de empresa en empresa, de lugar en lugar, trasladándose para ello de un sitio a otro, perdió su capacidad laboral de por vida. En otros términos, el señor EDUARDO RINCON RINCON, quedó condenado de hecho a no poder devengar el diario sustento, durante su tiempo de vida probable. Estas circunstancias configuran la incapacidad laboral total que origina como régimen de indemnización la multiplicación de su tiempo de vida probable por el ingreso devengado al momento del accidente. El tiempo de vida probable o esperanza de vida en Bogotá para una persona de 26 años es de 45.4 años, lo que marca una indemnización de $ 11.000.000.oo (ONCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS). Anexo fotocopia de la tabla de tiempo de vida probable, es decir incapacidad probable de EDUARDO RINCON RINCON elaborada por la Secretaría de Salud del Distrito Especial de Bogotá. Anticipadamente, solicito que el Honorable Consejo de Estado se dirija a la Secretaría de Salud del Distrito Especial de Bogotá, para que envíe copia auténtica de esta tabla.

"9. El impacto psicológico que produjeron las lesiones a mi cliente EDUARDO RINCON RINCON y a su familia, y la consecuencial incapacidad laboral total, causó como efecto un daño moral que estimo en $ 2.000.000.oo (DOS MILLONES DE PESOS), o en la suma que determinen los peritos. Tradicionalmente, en el país el daño moral ha sido limitado por la legislación Penal de 1936 a $ 2.000.oo (DOS MIL PESOS). Afortunadamente, la Corte Suprema de Justicia en 1977 modificó este criterio para dejar libertad en el estimativo de los daños morales.

"10. Por concepto de gastos médicos, de clínicas, de fisioterapia y demás aspectos de rehabilitación se han generado hasta el momento la suma de $ 200.000.oo (Doscientos mil pesos), conforme a los anexos que incluyo a esta demanda.

"11. El vehículo de propiedad de mi cliente quedó totalmente inservible y para poderlo reponer hay que comprar un vehículo similar que vale $ 240.000.oo (DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS) y cuya indemnización corre a cargo del Estado colombiano".

C. Como normas violadas destaca el demandante: artículos 16, 20 y 51 de la Constitución Nacional y 2341 del Código Civil, en consonancia con el artículo 68 de la Ley 167 de 1941.

II

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Segunda de esta Corporación, en su concepto de fondo, solicita que se denieguen las súplicas de la demanda, por considerar que el demandante hizo uso del derecho de opción que le otorgaba la circunstancia de la responsabilidad acumulada, entre la Administración y el agente, al reclamar, por la jurisdicción ordinaria la indemnización de perjuicios y que salió triunfante por decisión de los jueces penales competentes, y que, por tanto impedía volver, por la contenciosa administrativa, deprecar una condena.

Dijo la Fiscalía:

"Se puede sostener que el actor, tenía dos opciones en el presente caso: 1) Demandar ante la justicia penal ordinaria y constituírse en parte civil, como en efecto lo hizo, para reclamar el pago de los perjuicios que la *conducta personal* del Agente de la Administración le ocasionó, o 2) Demandar a la Administración ante lo Contencioso Administrativo, para que se declarara la responsabilidad del Estado y se le condenara al pago de los perjuicios respectivos, pudiendo en este caso la Administración repetir contra su Agente. Pero en ningún caso puede él demandar doblemente y obtener dos condenas por el mismo hecho generador del perjuicio.

"Cuando la jurisprudencia citada emplea la palabra *optar* debe entenderse que una vez escogida una acción se excluye la otra. Si el actor optó por demandar al Agente como persona natural, independientemente de la Administración, debe entender que excluyó la posibilidad de demandar a la Administración, debe entender que excluyó la posibilidad de demandar a la Administración. A su arbitrio estaba tomar el camino tendiente a buscar la reparación del daño sufrido, lo que no puede en equidad es pretender un doble pago o indemnización por un mismo hecho.

"El actor ha debido valorar las ventajas, garantías y solidez económica de las personas llamadas a responder, la celeridad de los procesos, las exigencias de pruebas en uno y otro caso, en fin los pro y los contras que tal determinación le acarreaba.

"En el presente caso el actor acudió ante la jurisdicción ordinaria para que se le indemnizara y como ya se anotó, obtuvo una condena favorable. Pretender ahora que se condene a la Administración por ese mismo hecho sería obtener un doble pago.

"Con base en lo anterior, esta fiscalía conceptúa que, teniendo en cuenta que el actor optó por la acción que tenía de solicitar los perjuicios al Agente, ante la justicia ordinaria, no podía acudir además ante la justicia especializada. Contencioso Administrativo, para que ésta, se pronunciara sobre lo mismo, y reconociera unos perjuicios que ya habían sido reconocidos y tasados por la ordinaria, por tanto, el Consejo de Estado no puede condenar a la Administración, teniendo en consecuencia que negar las peticiones de la demanda".

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En procura de una condena al pago de los perjuicios causados al demandante, por hechos ocurridos el día 14 de octubre de 1977, cuando el agente de la policía, distinguido

con la placa No. 00063, conduciendo una radiopatrulla de la Policía Nacional, y acompañado por otro agente de nombre ARCESIO ALVAREZ ACEVEDO, atropelló al señor Eduardo Rincón Rincón, al colisionar con el vehículo que este manejaba, en el puente de la calle 100 de esta ciudad, se demandó al Estado Colombiano de manera genérica. Claro está, que atendida la circunstancia de que se trataba de un agente de policía, se notificó al Ministerio Público y se comunicó al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional. Esta entidad, dió poder y se opuso a las pretensiones de la demanda.

2. Aun cuando la parte demandante se encargó de aportar al expediente fotocopias, de piezas del proceso penal que se le siguió al agente Carlos Alfonso Sánchez Almanza, sin autenticación, que haría débil la postura probatoria de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, por una parte, y de la calidad del infractor, para la Sala las copias, éstas sí auténticadas, enviadas directamente por el Juzgado 48 Penal Municipal de Bogotá, a solicitud de la entidad demandada, permite recoger todo el acervo probatorio necesario para establecer la certeza de los hechos, en sus aspectos generales y particulares, a saber: a) Que el señor Carlos Alfonso Sánchez Almanza, era agente de policía el día en que ocurrieron los hechos narrados por el demandante (folios 65 cuaderno número 2). b) Que el señor CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, como agente de policía, prestaba el servicio de la Policía Nacional, al grupo de operaciones (agregaduría de la Embajada del Perú), el día en que se produjo la colisión de la que resultó lesionado el demandante. c) Que las lesiones causadas al demandante EDUARDO RINCON RINCON, ocurrieron por el comportamiento absurdo del conductor de la Radiopatrulla de la Policía Nacional, agente en servicio, CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, quien en manifiesta violación de las normas de tránsito (conducir en contravía) y de prudencia (estado de embriaguez) produjo el daño tanto en la persona del demandante como de ambos vehículos colisionados. d) Que el demandante EDUARDO RINCON RINCON, sufrió fractura del tercio distal de femur derecho y fractura de rótula, fractura conminuta del tercio medio del femur izquierdo, fractura de epitróclea del codo derecho, fractura de la vertiente nasal izquierda, con una incapacidad laboral de ciento ochenta días. e) Los daños causados al vehículo Simca de placas AI-3950 conducido por el demandante. f) Los daños causados al vehículo 00063 de la Policía Nacional.

3. No cabe duda, entonces, de las condiciones y circunstancias en que ocurrieron los hechos, permite establecer la falla o falta del servicio, de la que es responsable la Policía Nacional, por la conducta de su agente SANCHEZ ALMANZA, pero mediando, como precisará más adelante la Sala, la participación, también, personal del mismo agente. La responsabilidad pues, de la administración surge de la utilización de elementos propios del servicio (vehículo, uniformes, disponibilidad de horas propias de la agregaduría asignada en la Embajada del Perú, traslado del vehículo al lugar donde debía ser guardado, etc.). y los propios del agente (conducir en contravía y en estado de embriaguez, contrariando las órdenes del servio y las reglas de tránsito).

Si se analizan las circunstancias anotadas, el comportamiento de los agentes, en particular del que conducía la radiopatrulla, Carlos Alfonso Sánchez Almanza, —que no puede apartarse del servicio—, también surge la personal, del agente, por la calificación de todos los factores que reunidos, sirvieron para la realización del daño al demandante, y que, por tanto, determinan sus consecuencias. No está, entonces, desprovista de relación con el servicio, la conducta del agente; por el contrario, el acto incriminado, determinante de la lesión, se produjo no al margen del servicio, sino en estrecha vinculación con el mismo, no obstante la actitud desmedida del infractor.

El hecho dañoso, pues, llega a configurar la falla del servicio, en concurrencia con la culpa personal, que como consta en el proceso, culminó con una condena por el delito de lesiones personales. De ahí los factores de coincidencia de responsabilidad, que han de

tener o reportar una consecuencia en el señalamiento de la responsabilidad por el agravio y, por ende, para la concreción de los perjuicios causados al demandante.

La falla o falta del servicio por tanto, puede coexistir con la culpa personal del agente. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado de Colombia, lo mismo que el de Francia.

Si bien es cierto que se dió una acción personal; conducir la radiopatrulla, también lo es que partió del ejercicio de las funciones asignadas al agente. Entonces, frente a quien o quienes procedía la demanda resarcitoria? Contra la administración y también contra el agente o, conjuntamente, contra ambos. Si se intenta establecer la responsabilidad de la administración y se logra la respectiva condena y pago, puede ésta repetir contra el agente.

4. Por eso, la Sala comparte, los planteamientos de la Fiscal Segunda, en lo que hace relación a la falta del servicio, cuando dijo, recogiendo varias doctrinas.

Esta Fiscalía, comparte íntegramente los argumentos de las providencias de la Justicia Penal Ordinaria. Considera, que en el presente asunto se configura un típico caso de lo que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha dado en denominar *Culpa personal de un agente de la administración.* El agente que conducía el vehículo, violó por una parte los reglamentos de la Policía Nacional que prohiben a sus miembros, cuando se encuentren en el desempeño de sus funciones, ingerir licor y además utilizar para ello los vehículos oficiales que les han sido encomendados, transgredió también los reglamentos de la circulación y tránsito que señalan como infracción el hecho de que un conductor maneje un vehículo en estado de embriaguez, por considerar que manejar un automotor constituye una actividad peligrosa. El Agente obró además en forma imprudente e irresponsable ocasionando el accidente a que se ha hecho mención y causó lesiones personales de consideración al actor dentro del proceso, además de daños al carro que conducía.

"Hay que tener en cuenta, que si un Agente de la Administración, comete un delito en forma personal, así este delito sea culposo, compromete además la responsabilidad de la Administración en forma impersonal, configurándose lo que la jurisprudencia conoce con el nombre de Coexistencia de una culpa personal de un Agente de la Administración y la falta del servicio de esta.

"Quien resulte perjudicado con un hecho de tal naturaleza, podrá demandar al Agente o a la Administración a su arbitrio, ante las jurisdicciones correspondientes. Así debe entenderse cuando en sentencia de 22 de marzo de 1974, ponente Dr. Portocarrero Mútis. Expediente 1335, citada la sentencia de 28 de octubre de 1976, ponente Dr. Jorge Valencia Arango, actor Banco Bananero del Magdalena, publicada en los Anales Números 451 y 452, Segundo Semestre de 1976, afirma:

"Hasta en casos de culpa personal del funcionario, el análisis profundo del hecho llevará a la convicción de la culpa del Estado, que habrá obrado mal, por lo menos, por vía de circunstancia de haber puesto al Agente en contacto con la víctima, así como proporcionado a aquél la oportunidad y talvez los medios de perjudicarla.

"Pero podría argüirse que Galeano sacó la carabina 'con permiso' de su superior, esto exime de responsabilidad a la Administración. Ciertamente no, por cuanto un Agente de esta violó claramente el reglamento y es por tanto perfectamente aplicable al presente caso lo que Aguilar Díaz dice en el párrafo antes transcrito:

"En otras palabras, la violación del reglamento de guarnición para las Fuerzas Armadas por parte de Galeano y de su superior inmediato, debe calificarse como una falla del servicio.

"Lo dicho hasta aquí es suficiente para concluir que en el caso *sublite*, se presenta la *Coexistencia de una culpa personal y una falla del servicio, qué sucede entonces? (se subraya).*

"Se trata de un caso de responsabilidad conjunta, vale decir, de responsabilidad de la Administración y responsabilidad del Agente de esta. *En tales circunstancias el actor podía demandar a aquella o a su agente. Optó por demandar a la Administración la cual, se dice nuevamente, es responsable, por una falla del servicio, lo cual no quiere decir que esta no puede repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenada".* (se subraya).

"Sobre este particular, los hermanos Mazeud en su obra Responsabilidad Civil, Volúmen I, página 14 sostienen:

"2009-7, COEXISTENCIA DE UNA CULPA PERSONAL Y DE UNA FALTA DEL SERVICIO.

"El problema de la calificación de las culpas, en verdad se ha visto complicado para el teórico, pero simplificado para la víctima, el día en que el Consejo de Estado admitió que cabía la coexistencia de una culpa personal y de una falta del servicio. Se verán a continuación de una manera más completa, las consecuencias de tal coexistencia. *Resulta suficiente aquí mencionar que ésta le permite a la víctima dirigirse, a su elección, a las jurisdicciones del orden judicial, para obtener con ello una reparación según las reglas del derecho civil, o a las jurisdicciones del orden administrativo para hacerse indemnizar así según las reglas del derecho público".* (subraya la Fiscalía).

"Más adelante, afirman las autores citados que hay coexistencia de una culpa personal y de una falta del servicio en dos casos:

"Hay también coexistencia de una culpa personal y de una falta del servicio cuando una misma culpa constituye a la par una culpa personal y una falta del servicio, cuando, personal para el agente, está unida no obstante a la ejecución del servicio. Así, si un agente de la Administración, en lugar de sustraer un vehículo administrativo, lo cual constituiría para él, una culpa estrictamente personal, *se aprovecha de que cumple una misión al volante de tal vehículo para efectuar un rodeo con fines personales; su culpa aunque personal, sigue unida a la prestación del servicio. . .* (se subraya).

"En la jurisprudencia francesa el Consejo de Estado al respecto y en los fallos LARUELLO, DELVILLE de 28 de julio de 1951 constituyen el punto de llegada de una larga evolución jurisprudencial que había comenzado con el fallo del Tribunal de Conflictos del 30 de junio de 1973, el fallo PELLETIER, que habría creado un sistema que distinguía, para determinar tanto la persona responsable (colectividad pública o agente) como la jurisdicción competente, la falta del servicio y la falta personal.

"La jurisprudencia posterior sin embargo había ido restringiendo progresivamente la responsabilidad personal de los Agentes Públicos, pues no solamente había concebido de manera cada vez más estrecha la noción misma de la falta personal, sino que había admitido en casos cada vez más frecuentes, que una falta personal podía comprometer también la responsabilidad de la colectividad pública.

"Destinada ante todo a proteger las víctimas contra la insolvencia eventual de los agentes públicos, esta jurisprudencia había conducido a una verdadera irresponsabi-

lidad de los funcionarios, por las fallas aún personales que ellos podían cometer, y esta irresponsabilidad se acentuaba más por la imposibilidad en la cual la jurisprudencia del fallo Poursines colocaba a la Administración de repetir contra el agente.

"Así, si las víctimas estaban eficazmente protegidas, no lo estaba la Administración, por otro lado, el interés general, sufría por la irresponsabilidad casi total de los agentes públicos, era necesario entonces, una modificación de la jurisprudencia, "moralizar" se afirma la función pública, dándole a los agentes el sentimiento de su responsabilidad personal, sin privar a las víctimas de las ventajas que la jurisprudencia sobre la acumulación les había dado.

"El fallo Delville confirma la protección dada a la víctima por la jurisprudencia anterior y dice: 'en el caso de que un perjuicio haya sido causado a un tercero por los efectos conjugados de la falta de un servicio público y de la falta personal de un agente de este servicio, la víctima, puede demandar la indemnización de la totalidad del perjuicio sea a la administración, ante las jurisdicciones administrativas, o al agente responsable, delante de los tribunales ordinarios'. Se agrega que "la cuota parte final de la administración y del agente, debe ser reglada por el juez administrativo teniendo en cuenta la existencia y la gravedad de las faltas respectivas teniendo en cuenta la existencia y la gravedad de las faltas respectivas constatadas en cada especie".

"Según el fallo Delville, el agente que ha indemnizado a la víctima de la totalidad del perjuicio, puede volverse contra la administración delante de los tribunales administrativos para recuperar todo o parte de la administración, pero de la misma manera la administración que ha indemnizado a la víctima de la totalidad del perjuicio debe poder volverse contra su agente. Para hacer posible esta acción era necesario un cambio total de la jurisprudencia, él se produjo en el segundo fallo del 28 de julio del 51, el fallo Laruelle:

"Este fallo decidió que "si los funcionarios y agentes de las colectividades públicas no son pecuniariamente responsables frente a las mencionadas colectividades de las consecuencias perjudiciales de su falta de servicio, no será así cuando el perjuicio que han causado a ellas es imputable a faltas personales desvinculadas del ejercicio de sus funciones".

"El fallo no tiene por efecto hacer general y automática el sistema de la subrogación, puesto que el Estado no actúa contra el Agente en lugar de la víctima: él no le pide al Agente la indemnización que éste debería haberle pagado, si la víctima lo hubiera perseguido por su falta personal, sino que pide la reparación del perjuicio que ha sufrido directamente del hecho de haber tenido que indemnizar a la víctima. Se trata entonces, según el Consejo de Estado, de un derecho de acción directa independiente de toda subrogación, pero pudiendo por otra parte coincidir con esta.

"El estado actual de la jurisprudencia *por regla general*, en caso de acumulación de responsabilidades, (diferente de la acumulación de faltas en que demanda a la Administración o el agente, la repartición definitiva de las cuotas será hecha por el juez administrativo) ha establecido que el Agente debe soportar la carga total de la indemnización debida a la víctima. La falta del servicio puede ser invocada por la víctima con el fin de obtener reparación del Estado, pero no puede ser invocada por el Agente mismo ni cuando es el Estado que ejerce contra él una acción de repetición, ni cuando es él, quien persigue al Estado. (ver "Les grands arrets de la jurisprudence administrativa. M. Long, P. Weil Braibant. 7a. Edic. Colectión Droit Public., páginas 375 y siguientes)".

En resumen, fácil la conclusión de la Sala; existe la responsabilidad del Estado, en cuanto a que la falta cometida por el agente CARLOS A. SANCHEZ ALMANZA, si bien tuvo una definida calificación personal, que determinó la condena penal, no pudo separarse del servicio, por las circunstancias en que se sucedieron los hechos, y motivaron la lesión del demandante.

Y, como es pertinente, la relación entre la falla del servicio, además de la culpa personal del agente, con el daño, también surge con evidente nitidez.

Ahora bien: la colaboradora fiscal, como ya se destacó, en su visita de fondo, presenta argumentos en favor de la aplicación de la responsabilidad de la administración por la falta del servicio, pero, a la vez, estima que no es posible imponer condena por cuanto la justicia ordinaria, a través del juzgado penal, condenó al agente CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA al pago de la suma de $ 636.981.oo, por concepto de los perjuicios materiales y morales, causados con la infracción, de acuerdo con el avalúo que en legal forma se trajo al expediente". (folio 294 cuaderno 2).

5. En verdad, no debe haber doble indemnización. La coexistencia de responsabilidades entre la administración y el particular, autor de la infracción, no puede ir más allá de señalar que por el daño causado a la víctima es procedente la indemnización, en el monto o estimación del mismo. Por eso, si el lesionado persigue, por la vía ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta: el daño ha sido visto y definido; algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso.

6. Se precisa, entonces, la condena al pago de los perjuicios, mediante la intervención como parte civil dentro del proceso penal, como un factor determinante del daño, que alcanzará, por tanto, una significación material, con la sentencia impuesta, por ese concepto, por el juez penal. Es decir, que al escoger, el lesionado, la vía ordinaria para lograr el reconocimiento de la indemnización, no puede tener un simple alcance de intervención penal para que el hecho delictuoso tuviera una ejemplar o acorde sanción de conformidad con el ordenamiento punitivo. La presencia como parte civil, que como tal es una participación civil en esa clase de procesos, va más allá de la simple consideración de que el delincuente reciba la pena por el hecho atentatorio contra el estatuto penal, que se concretó, como sucedió en el proceso de marras, en una condena al pago de los perjuicios causados al doctor Rincón Rincón, por la conducta del Agente Sánchez Almanza.

Al acudir, pues, el lesionado a la justicia ordinaria para que a través de los trámites impuestos por el respectivo ordenamiento, el procesal penal, se estableciera la responsabilidad del agente, lo hizo pensando, como era de rigor, que las obligaciones derivadas del comportamiento del Agente Sánchez Almanza, como actitud personal, pero no ajena al servicio, se reflejaba en la medida que se impusiera la condena a los perjuicios. La vía, por la que optó el lesionado, encierra, de ese modo, una particular proyección en lo que atañe al monto o determinación de la indemnización.

La cuantificación de los perjuicios, logrado, mediante la intervención del propio lesionado, no puede ser desconocida en este proceso, puesto que todo el trámite alcanzado para tal fin se cumplió con la participación del mismo lesionado, en este proceso demandante. Trasciende, de manera simple, la decisión del juez ordinario, no solo para la verificación del daño, sino, también, para concretar los perjuicios, en especial frente a la presencia del lesionado y a su petición de condena. Eso quiere denotar, que, hecha la fijación de la indemnización, ha de producir los efectos propios de la determinación del daño frente a la víctima, puesto que absurdo sería que por una jurisdicción se logren señalar los perjuicios y por la otra se puedan apreciar otros cuando, alrededor del daño, éste debe ser igual en una y en otra.

Debe concretarse el asunto, después de las precisiones anteriores en cuanto a la determinación del monto de los perjuicios, a precisar sí por el hecho de la condena por la justicia ordinaria, definida con la sentencia de la Juez 48 Penal Municipal, y confirmada por el Juez 27 Penal del Circuito, ambos de Bogotá, al lesionado le estaba vedado la jurisdicción contenciosa administrativa, para el logro de los perjuicios causados por el agente, quien por su conducta personal, vinculada con la falta del servicio, en los términos explicados, infirió el daño tanto en la persona del demandante, como en el vehículo en que éste se transportaba.

La coexistencia de responsabilidad o responsabilidad conjunta, como la ha calificado esta Corporación (Sentencia de 22 de marzo de 1974), no permite a la víctima exigir indemnización que exceda del valor del perjuicio sufrido y que a juicio del juez penal se concretó en la suma determinada en la sentencia de condena. Esto es, le recorta el derecho a pretender, por la vía contenciosa administrativa, una indemnización superior a la señalada por la justicia ordinaria, puesto que su dimensión se logra mediante la fijación hecha por los jueces penales.

7. Todo lo expuesto, lleva a la Sala a precisar, frente al caso *Sub-lite*, lo siguiente:

a) Los jueces penales condenaron al Agente de Policía CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, al pago de la suma de $ 636.961.oo, por concepto de perjuicios material y morales causados por los hechos que dieron origen al proceso penal, ya comentado.

b) El monto de los perjuicios señalados por el Juzgado 48 Penal Municipal de Bogotá, fueron acogidos con fundamento en dictamen de peritos, en los que se relacionaron los distintos aspectos de la indemnización —daños materiales y morales—.

c) Dentro del presente proceso, también se produjo dictamen de peritos (folios 27 a 275, cuaderno 1), que recoge un valor de indemnización de $ 1.'030.941.oo, que se destaca en los siguientes rubros:

Por concepto de costos de la Clínica del Country y drogas	$	90.461.oo
Por honorarios profesionales de los cirujanos		80.000.oo
Por fisioterapia y rehabilitación durante seis meses		30.000.oo
Por lucro cesante teniendo en cuenta su profesión 15 meses		300.000.oo
Por concepto de gastos en clínica para el retiro de las placas de osteosíntesis		35.000.oo
Por honorarios profesionales por retiro de placas osteosíntesis		30.000.oo
Lucro cesante por 40 días de incapacidad temporal por la intervención que debe efectuarse		30.000.oo
Sub-Total		595.941.oo
El estimativo de los perjuicios morales sufridos por Eduardo Rincón Rincón con motivo del accidente por él sufrido lo calculamos en la suma de		300.000.oo
Por los daños materiales al vehículo de su propiedad		135.000.oo
Total	$	1.030.941.oo

d) Si se procede, en principio, a la confrontación de los valores indemnizatorios, los determinados por los jueces penales, que son ciertos, en la medida que obraron dentro de un proceso penal, y que, por tanto, tienen la fuerza de cosa juzgada, y los fijados en este proceso, en los términos transcritos, se aprecia una diferencia, para hacer prevalecer, por las circunstancias apuntadas, la pronunciada por los jueces penales, porque es el resultado de una decisión judicial, plenamente ejecutoriada, particularmente,

cuando el propio lesionado promovió la constitución de parte civil y obtuvo la condena a los perjuicios, que frente a una u otra jurisdicción debe tener un mismo alcance indemnizatorio.

Así pues, la condena al pago de la suma de $ 636.961.oo, fijada por los jueces penales, debe acogerse en este proceso.

e) Y en virtud de la coexistencia de resposabilidad conjunta, pero no estrictamente solidaria, permite acotar que si el agente CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, ya cubrió el monto de la indemnización no se le podrá exigir a la entidad demandada. Policía Nacional, su valor, por la realización plena del acto jurídico de pago. Si no ha pagado suma alguna, la Policía Nacional, deberá cancelar hasta la mitad del valor de los perjuicios determinados por los jueces penales, es decir, la suma de $ 318.480.50. lo mismo ha de ocurrir si el agente Sánchez Almanza, ha cubierto parcialmente la indemnización, por valor inferior a la mitad indicada.

Por todo 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. La Nación Colombiana —Policía Nacional—, es responsable por los perjuicios causados al señor EDUARDO RINCON RINCON, por los hechos ocurridos el día 14 de octubre de 1977.

Segundo. Condénase a la Policía Nacional, a pagar, por concepto de perjuicios al señor EDUARDO RINCON RINCON, la suma de TRESCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 318.460.50) MONEDA COLOMBIANA.

Tercero. Para los efectos del pago de la suma mencionada en el punto anterior, se deberá tener en cuenta los criterios expuestos en la parte motiva de esta sentencia, en cuanto hace al pago parcial o total que el Agente CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, hubiera hecho en favor del demandante EDUARDO RINCON RINCON con ocasión de la condena a perjuicios impuesta por el Juzgado 48 Penal de Bogotá, a efectos de los descuentos respectivos.

Cuarto. Esta sentencia se cumplirá de conformidad con los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). Cópiese y notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección. **José Alejandro Bonivento Fenández. Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.**

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO OPERACIONES DE SEGURIDAD Y CONTROL PRACTICADA POR EL EJERCITO NACIONAL.— Para cumplir con los deberes de la autoridad no se puede revestir de conductas que superen el normal ejercicio de las mismas, para atender el mandato constitucional de proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia, USO DE LAS ARMAS en casos extremadamente excepcionales, es el último recurso, cuando han sido ineficaces los medios persuasivos disponibles para llamar la atención a las personas a fin de que sean atendidas las órdenes que imparten los miembros del Ejército en un procedimiento.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá D. E., junio siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 3152.
Actor: **Armando Emilio Angel Londoño y otros.**

Cumplido el trámite correspondiente en forma normal, se procede al estudio para decisión:

I

A. En demanda presentada oportunamente y con las formalidades legales se piden las siguientes declaraciones y condenas:

"1.1. La Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los señores Armando Emilio Angel Londoño y a sus hijos Jairo Humberto, Clara Luz, Martha María, Carlos Emilio y Juan José Angel Calle, con la muerte de su esposa y madre, señora María Luz Calle Mejía de Angel, ocurrida en la ciudad de Medellín el día 4 de octubre de 1980, como consecuencia natural y directa de heridas de bala disparada en la mañana del 14 de septiembre anterior por Hernán Cavana Castilla, soldado en servicio, adscrito al Batallón de Infantería número 10, Girardot, Cuarta Brigada, con sede en dicha ciudad.

"11.1. Condénase a la Nación a pagar a los señores Armando Emilio Angel Londoño y a sus hijos Jairo Humberto, Clara Luz, Martha María, Carlos Emilio y Juan José Angel Calle.

"111.1. 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 demuestren en el curso del proceso.

"Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor-empleados.

"111.2. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro:

"111.3. Gastos del proceso.

"111.4. Intereses aumentados con la variación porcentual promedio-mensual del índice de precios al consumidor-empleados, desde la fecha de la sentencia y hasta la de su cumplimiento por pago.

"11.2. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria".

B. Los hechos se exponen así:

"2.1. . . .Faltaban veinte minutos para las siete de la mañana del domingo y yo, le relató el señor Emilio Angel Londoño a reporteros del diario El Mundo, de la ciudad de Medellín, iba con ella (para el aeropuerto, aclaro) al lado. El ejército estaba antes y después del roundpoint de la ochenta con Colombia. Mermamos la velocidad como siempre que se entra a un glorieta. Nadie nos puso la mano. Cuando el tiro. Tiraron por detras. Luz grito: 'me dieron un balazo'. La miré doblegarse y orillé el carro. Como ella es muy nerviosa primero creí que la bala había dado en una llanta. 'Ay mijo' dijo al caer. Me bajé del carro para auxiliarla y cuatro agentes de la policía que pasaban en dos motos, se devolvieron a ayudarme. El que disparó venía a unos seis metro y yo le grité 'me mataste a mi señora'. Era moreno acuerpado, de cierta edad. Si yo lo veo lo reconozco. Se quedó parado y contestó: 'YO LE PUSE LA MANO Y USTED NO PARO. POR ESO DISPARE AL AIRE. . . NO ME REQUISARON. . . NINGUNO DE ELLOS SE ACERCO A AYUDAR". (Destaco y subrayo).

". . .El catorce de septiembre (de mil novecientos ochenta, preciso) a las 7:15 horas, se lee en el Comunicado de Prensa expedido ese mismo día por el General Josué Leal Barrera, Comandante de la Cuarta Brigada, cuando se efectuaba una operación de Seguridad y Control ('vaya seguridad') en el área urbana de Medellín, la camioneta Dodge de Placas LX-6004 conducida por el señor Alfonso (sic) Angel Londoño, desatendió la orden de parar que le hiciera una patrulla militar, para efectuar su registro y acelerando la marcha trató de eludir el control establecido en la carrera 80 con la calle 50, motivo por el cual EL SOLDADO DISPARO SU ARMA DE DOTACION PARA DETENER EL VEHICULO EN MENCION. El proyectil hirió a la señora María Luz Calle de Angel, quien viajaba en la parte derecha del automotor. . . El Comandante de la Cuarta Brigada comisionó al Juez 50 de Instrucción Penal Militar, para avocar el conocimiento del hecho y adelantar las acciones legales correspondientes. El Comando de la Brigada solicita a la ciudadanía la colaboración en esta clase de operaciones. CON EL FIN DE EVITAR QUE SE PRESENTEN INCIDENTES TAN LAMENTABLES". (las mayúsculas y subrayas son mías).

"2.2. Una de las balas disparadas por el soldado que posteriormente, se supo responde al nombre de HERNAN CAVANA CASTILLA, atravezó el automotor en que se desplazaba doña María Luz Calle de Angel hacia el aeropuerto de atrás hacia adelante y penetró en su cuerpo, ocasionándole los siguientes destrozos:

"1. Herida de píloro.
"2. Herida de tercera porción del duodeno.
"3. Herida de yeyuno a 50 centímetros del triatz.
"4. Herida de yeyuno a 1.50 mts. del triatz.
"5. Herida del mesenterio ileal y del colon derecho con gran compromiso arterial.
"6. Herida del colon transverso.
"7. Herida extensa del músculo Psoas izquierdo.
"8. Herida de los cuerpos vertebrales lumbares y derechos, y,
"9. Herida de vasos,
"y, desde luego, como consecuencia natural y directa, LA MUERTE, el día 4 de octubre de 1980.

"2.3. María Luz Calle Mejía Angel había nacido en Yarumal, Antioquia, el 19 de marzo de 1930.

"2.4. El 15 de marzo de 1958 contrajo matrimonio con Armando Emilio Angel Londoño.

"2.5. Armando Emilio Angel Londoño nació el 3 de octubre de 1931.

"2.6. De la unión nacieron, y viven:
"1. Jairo Humberto, el 19 de diciembre de 1958.
"2. Clara Luz, el 4 de marzo de 1960.
"3. Martha María, el 5 de marzo de 1961.
"4. Carlos Emilio, el 1o. de enero de 1965, y
"5. Juan José, el 15 de agosto de 1966.

"2.7. La señora María Luz Calle Mejía de Angel trabajaba con el Municipio de Medellín, y en el lapso comprendido entre el 18 de agosto de 1979 y el 17 de agosto de 1980 devengó la suma de $ 103.299.86 que empleaba en el sostenimiento y educación de sus hijos, todos ellos estudiantes, carentes de bienes de capital u otros recursos, en fin, necesitados de ayuda.

"2.8. A raíz de la muerte de su madre, Jairo Humberto, Clara Luz, Martha María, Carlos Emilio y Juan José Angel Calle, se han visto patrimonialmente perjudicados pues dejaron de recibir la ayuda económica que siempre les dispensó, de una parte, y de otra, por la falta de productividad de las cuotas de ayuda.

"2.9. Armando Emilio Angel Londoño también resultó perjudicado ya que ha tenido que asumir gastos que antes no tenía para sostener y educar a los hijos, iguales, cuando menos, a lo que ella dejó de aportar; por lo pagado durante la enfermedad y exequias de su esposa, y claro está, por la productividad perdida de las sumas erogadas.

"2.10. Y todos los demandantes, Armando Emilio Angel Londoño y sus hijos Jairo Humberto, Clara Luz, Martha María, Carlos Emilio y Juan José, daños morales subjetivos que, como lo tiene averiguado la doctrina, se presumen entre parientes próximos".

C. Como disposiciones legales aplicables se citan los artículos 16, 20, 23, 29, 51 y 116 de la Constitución Nacional, 68 del Código Contencioso Administrativo; 20, 28 y 30 del Decreto 528 de 1964; 30 de la Resolución 4642 de 12 de septiembre de 1960 que aprobó el Reglamento para el Servicio de Tropas en misiones de orden público, 1613 a 1617 del Código Civil: 106 y 107 del Código Penal y 8o. de la Ley 153 de 1887.

II

El Ministerio Público considera que se debe acceder a las súplicas de la demanda pues:

"En el caso en estudio ha sido probado lo siguiente:

"1. La muerte de la señora MARIA LUZ CALLE DE ANGEL, según consta en la partida de defunción expedida por la Notaría Séptima de Medellín (folio 11C.1), en la copia de la diligencia de necropsia (folio 12 C. 1 - 286 C. 2) y en la copia de la diligencia de levantamiento del cadáver (folio 83 C.2).

"2. Que la muerte de la señora María Luz Calle de Angel se produjo a consecuencia de las heridas producidas con arma de fuego, según se desprende de la historia clínica del Hospital San Vicente de Paul de Medellín (folios 38 y siguientes) y de la constancia expedida por el Médico Legista del Instituto de Medicina Legal, doctor Javier Gil Gutiérrez (folios 120 C. 1 y 85 C. 2).

"3. Que los disparos causantes de las heridas ocasionadas a la señora María Luz Calle de Angel fueron hechos por un Agente de la Policía Nacional con el arma de dotación oficial según se infiere de las declaraciones de Gabriel de Jesús Garcés (folios 45 y siguientes C. 2) y Sergio León Gómez (folios 48 C.2); del mensaje enviado por el Teniente Coronel Norman Tórres Barrera Comandante del Batallón "Girardot" (folio 56 y siguientes C. 2) y del análisis de las diligéncias sumarias llevadas a cabo por el Juzgado 50 de Instrucción Penal Militar (folio 62 y siguientes C. 2).

"4. La relación de parentesco entre la víctima y los demandantes y la calidad de esposa legítima del señor Armando Emilio Angel Londoño demandante también en el proceso, según consta en las respectivas partidas de registro civil que obran en el expediente a los folios 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, y 10 del cuaderno principal.

"5. Que la víctima trabajaba como empleada del Municipio de Medellín según consta en el informe suscrito por el Jefe de Personal Lucy Mejía Heredia (folios 116 y 119 C. 2).

"Para acreditar los hechos en los cuales perdió la vida la señora Mary Luz Calle de Angel, se arrimó al expediente, entre otras pruebas, copias de las diferentes diligencias penales adelantadas contra el agente Hernán Cabana Castillo sindicado de homicidio en la persona de la señora Calle de Angel; consta en dichos documentos las declaraciones de varios testigos y la indagatoria del inculpado en la cual hace un relato de como ocurrieron los hechos de la siguiente manera: "Ayer mi Capitán Lasprilla nos estuvo hablando que hoy cuando tomáramos el dispositivo si algún carro se volaba que le dispararan a las llantas y que *si tenían un detenido y se iba a volar le dieran plomo que a ellos no les pasaba nada y le daban más bien quince días de licencia. Que el fusil para eso se lo daban a uno, para que uno se hiciera respetar". (se subraya).*

"Dice además el indagado que como a las 7 de la mañana del día de autos le hizo señales de pare a la camioneta en que iban el señor Armando Emilio Angel y su señora Mary Luz Calle de Angel, pero que el conductor hizo caso omiso de estas y por el contrario aceleró la marcha, motivo por el cual el Agente hizo un disparo apuntando a las llantas traseras (folios 63 y siguientes C. 2).

"Obra en el expediente a los folios 94 y siguientes, C. 2, copia de la sentencia proferida por el Juez 20 de Instrucción Penal Militar en la cual se concluye que el hecho por el cual se adelantó la investigación, la muerte de la señora Luz Calle de Angel evidentemente ocurrió, que el disparo causante de la muerte de la señora fue hecho por el soldado Hernán Cabana Castilla y no se encontró que otra persona hubiera disparado en ese lugar contra la camioneta conducida por Armando Emilio Angel Londoño.

"El juzgado resolvió abstenerse de decretar la detención preventiva del soldado Cabana Castilla por considerar que el Agente actuó en cumplimiento de lo ordenado por sus superiores.

"La circunstancia de haber sido absuelto el Agente Cabana Castilla por parte del Juzgado 20 de Instrucción Militar no es obstáculo para considerar que el Consejo de Estado, que el hecho generador del perjuicio sí constituye una falla del servicio de policía, porque ha sido repetida la jurisprudencia de esta Corporación al decir que la responsabilidad del Estado es objetiva, anónima, hasta que se acredite que el perjuicio se produjo como consecuencia de la prestación de un servicio a cargo del Estado.

"Analizando el material probatorio traído al expediente forzoso es concluir que la actuación del Agente de Policía tendiente a evitar la huída del vehículo que no obedeció a las señales que se le hicieron para que detuviera la marcha, fue precipitada e imprudente.

"En efecto, el Agente, ante la desobediencia del conductor ha debido dar voces de alto o hacer disparos al aire y en caso extremo si el vehículo no se detenía, disparar apuntando hacia las llantas, teniendo el máximo de precaución para evitar herir a los ocupantes del automotor. Ninguna de estas precauciones tomó el Agente, no hizo disparos al aire y no disparó contra las llantas sino que lo hizo en forma vertical y estando de pie, según lo confiesa el mismo en la indagatoria; esto demuestra la forma tan irresponsable e irreflexiva con que actúan los agentes del orden cuando hacen uso de las armas como consecuencia de un deficiente entrenamiento y sobre todo estimulados por órdenes de sus superiores que reflejan una clara intención de ganar méritos y congratulaciones a cualquier precio, antes de cumplir con la misión de salvaguardiar el orden y proteger a los ciudadanos como es su deber.

"Abundan en el expediente pruebas de las órdenes dadas por el Capitan Lasprilla a sus subalternos encargados del operativo en el cual perdió la vida la señora Calle de Angel, en las cuales se les indicaba que usaran las armas, sin exigirles qué tomaran las debidas precauciones, siguiendo lo establecido en los reglamentos que autorizan el uso de las armas solamente en casos extremos y después de haber dado voces de alto y haber agotado todos los medios persuasivos para dominar a quien no quiere obedecer. Se lee con asombro en la indagatoria del inculpado la revelación que hace en forma tan espontánea de lo dicho por el Capitán Lasprilla quien les dijo que si tenían un detenido y se les iba a volar le dieran plomo que a ellos no les pasaba nada y le daban mas bien quince días de licencia.

"Actuaciones como esta de parte de quienes tienen a su cargo la protección de los ciudadanos y sobre todo de quienes tienen bajo su mando a inexpertos y jóvenes soldados sin mayor grado de formación, representan no solamente un peligro para la Institución sino para la ciudadanía en general, además de ir en contra de todos los principios de moral, ética y rectitud que se supone deben regir en instituciones encargadas de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

"De esta manera quedó ampliamente establecida la falla en la prestación del servicio, el daño causado y la relación de causalidad, por lo tanto se probaron los elementos axiológicos exigidos jurisprudencialmente para obligar al Estado a pagar la correspondiente indemnización al particular.

"El valor de la indemnización corresponde al valor de los perjuicios morales debidos a todos los demandantes por haber probado su relación de parentesco con la víctima y a su legítimo esposo por haber demostrado esta calidad con las respectivas partidas de registro civil.

"Se deberá pagar el valor de los perjuicios materiales correspondientes a las erogaciones causadas por gastos de entierro de acuerdo a los recibos aportados al proceso cuyas firmas fueron debidamente reconocidas por sus signatarios ante esta jurisdicción (folio 41 correspondiente al reconocimiento del recibo No. 2849 de la "Funeraria Medellín por valor de $ 45.960. Las erogaciones causadas por gastos de enfermera por un valor de $ 7.500 según recibos que obran a folios 36 y 38 C. 2 firmados por Daisy Saldarriaga y reconocidos debidamente (folios 42 C. 2), y el valor correspondiente a la pérdida económica que sufrió el hogar de la víctima por haberse demostrado que ella trabajaba como empleada del Municipio de Medellín (folios 116 y 119 C. 2), y que invertía sus salarios para el sostenimiento de su familia y la educación de sus hijos".

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Fiscal Segunda de esta Corporación, en su vista de fondo, conceptúa que la demanda está llamada a prosperar, por cuanto los elementos axiológicos de la respon-

sabilidad por falla o falta del servicio, se colman plenamente en el *Sublite*. A esa conclusión llega después de un análisis serio y jurídico del material probatorio, como quedó transcrito en apartes anteriores.

2. En verdad, la Sala comparte las apreciaciones de la colaboradora fiscal, puesto que se hacen ostensibles los factores de la responsabilidad a cargo de la Nación, por la conducta de un soldado, quien, con el pretexto de cumplir órdenes superiores accionó el fusíl de dotación oficial causándole la muerte a la señora María Luz Calle Mejía de Angel. Las circunstancias que rodearon el trágico comportamiento no están plenamente justificadas, como para negar, sin incurrir en yerro alguno, que solamente una ligereza o un procedimiento precipitado y peligroso del soldado, a quien se le encargaba la misión noble de la vigilancia ciudadana, fue el factor determinante del hecho dañoso.

3. Y es que para cumplir con los deberes la autoridad no se puede revestir de conductas que superen el normal ejercicio de los mismos, para atender el mandato constitucional de proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia. Sí para lograr el cumplimiento de un deber de requisa a vehículos únicamente se puede accionar el fusíl, el peligro, que encerraría una medida como ésta, sería extraordinario, que superaría los elementales principios de respeto a la vida. La seguridad del Estado no se puede montar sobre el riesgo desmedido de las personas. Y es que el mismo Comandante del Batallón "Girardot", al que estaba asignado el soldado Hernán Alberto Cabana Castilla, autor de la muerte de la señora de Angel, en su oficio 1252 de 5 de octubre de 1981, sostiene, en aras de salvar, como tiene que ser el compromiso de las fuerzas del órden en Colombia, que: Es inaudito que se llegue a pensar semejante desafuero, que en el Ejército se impartan órdenes de esta naturaleza de parar los carros particulares a 'bala' como se dice, pues, todas las operaciones que realizan las Unidades Militares siempre obedecen a un planeamiento previo y las órdenes son emitidas en forma clara, lógica, precisa y concisa. De otra parte cuando se hace necesario el uso de las armas en casos extremadamente excepcionales, es el último recurso, cuando han sido ineficaces los medios persuasivos disponibles para llamar la atención a las personas a fin de que sean atendidas las órdenes que imparten los miembros del Ejército en un procedimiento.

4. Está acreditado, entonces, el daño, que no es otro que la muerte de la ciudadana María Luz Calle Mejía de Angel, que se produjo el día 4 de octubre de 1980 y la falla del servicio, concretada en la conducta desplegada por el soldado, en pleno ejercicio de sus deberes, cuando accionó el fusíl sobre el vehículo conducido por el señor Armando Emilio Angel Londoño, arrebatándole la vida a aquella. Y asímismo, la relación entre la falla del servicio y el daño, como tercer elemento axiológico de esta modalidad de responsabilidad. También está demostrado el grado de parentesco entre la víctima y los demandantes.

5. Para la Sala no puede imputarse culpa de un tercero, en este caso del conductor del vehículo en que se transportaba la víctima, a la postre su esposo, por el hecho de no haberse detenido ante el llamado de la fuerza pública para que detuviera el automotor, porque la conducta del soldado, el accionar el fusíl, estaba al margen de las mismas órdenes impartidas por la jerarquía militar, tal como lo destacó el Comandante del Batallón "Girardot". Fué precipitado, a no dudarlo el comportamiento del soldado. Y si obró en cumplimiento de especiales órdenes de su superior, como trató de sostenerlo, en su injurada, ante el juez militar, el proceder también era excesivo y anormal frente al hecho que pretendía contrarrestar. En conclusión: debe responder la Nación por la muerte de la señora María Luz Calle Mejía de Angel.

6. Entonces procede a analizar la Sala lo atinente a los perjuicios causados y a establecer su monto.

6.1. Aparece en el expediente que la señora María Luz Calle Mejía de Angel, estaba vinculada al Municipio de Medellín, como Secretaria de la División de Educación, y que al momento de su muerte gozaba de licencia.

6.2. Como es natural, en el desenvolvimiento de la vida actual, en que la mujer aporta esfuerzo, trabajo y dinero, para el sostenimiento del hogar y de los deberes de padres, se deben tener de presente esas circunstancias, para fijar el grado y monto de los perjuicios materiales. En el *sublite* con las declaraciones de Alfonso Merizalde Adarve, Luis Enrique Vallejo Botero y Ernesto Montoya Montoya (folios 43, 44 y 47 del cuaderno 2), se establece que la señora María Luz Calle Mejía de Angel, ayudaba económicamente al sustento familiar. Entonces se ha de tener en cuenta el cincuenta por ciento de los ingresos mensuales de la víctima, para determinar el monto de los perjuicios materiales en favor de los menores hijos JUAN JOSE y CLARA LUZ, desde el momento de la muerte, hasta cuando cumplieron la mayoría de edad, bajo el entendimiento de la ayuda que prestaba con esa parte de su sueldo para atender las obligaciones del hogar, particularmente, de los mencionados menores. Asi mismo se tendrán en cuenta, para la liquidación, el poder adquisitivo de la moneda, constituido en los ingresos de la víctima el día de la muerte hasta el momento de la mayoría de edad de cada uno de los hijos, para lo cual se apreciará con base en el índice de precios al consumidor.

6.3. Para los hijos Jairo Humberto, Clara Luz y Martha María, no podrá imponerse condena alguna por perjuicios materiales, por cuanto su condición de mayores de edad, y su aptitud física para la satisfacción de sus propias necesidades, les limita la posibilidad de un reconocimiento en este sentido.

6.4. Como no se acreditó la incapacidad laboral del esposo Armando Emilio Angel Londoño, o la dependencia económica, tampoco será viable una condena de perjuicios materiales en favor de éste. Como lo tiene por entendido esta Corporación, solamente procede un reconocimiento por el daño material causado por la muerte de la esposa, cuando el marido se encuentre en estado de imposibilidad física para la obtención de ingresos que le permitan el sustento personal y familiar, o aún teniendo esa capacidad dependía económicamente de la víctima. Y ninguno de esos extremos se hacen relevantes en el proceso.

6.5. Se deberán tener en cuenta, los valores pagados por concepto de gastos de entierro, médicos, etc., de la señora María Luz Calle Mejía de Angel, en el evento de que ninguna entidad pública lo hubiere reconocido y cubierto.

6.6. Los perjuicios materiales, aceptados anteriormente, en favor de los menores JUAN JOSE y CLARA LUZ ANGEL CALLE, serán regulados por los trámites del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, atendida la circunstancia del daño en los términos atrás anotados, por faltarle, tan sólo, su cuantificación.

6.7. Los perjuicios morales se señalarán de acuerdo con el grado de parentesco verificado dentro del proceso por los demandantes y siguiendo los criterios fijados por el Consejo de Estado, en cuanto al equivalente de 1.000 gramos oro, a la fecha de esta decisión y con fundamento en la certificación del Banco de la República y 500 gramos oro para cada uno de los hijos.

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 Colombiana —Ministerio de Defensa Nacional—, administrativamente responsable de la muerte de la señora MARIA LUZ CALLE MEJIA DE ANGEL.— por los hechos sucedidos el día 14 de septiembre de 1980, en la ciudad de Medellín.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, condénase a la Nación Colombiana —Ministerio de Defensa Nacional,— a pagar a los señores ARMANDO EMILIO ANGEL LONDOÑO, JAIRO HUMBERTO, CLARA LUZ, MARTHA MARIA, CARLOS EMILIO y JUAN JOSE ANGEL CALLE, en su condición de esposo e hijos respectivamente, los perjuicios morales y materiales causados por aquél hecho, de conformidad con los términos fijados en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero. Los perjuicios materiales en favor de los menores JUAN JOSE y CLARA LUZ ANGEL CALLE, se regularán de conformidad con el trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y con base en las partes o criterios señalados en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Como perjuicios morales se fija en MIL GRAMOS ORO (1.000), para el esposo señor ARMANDO EMILIO ANGEL LONDOÑO y QUINIENTOS GRAMOS ORO (500), para cada uno de los hijos JAIRO HUMBERTO, CLARA LUZ, MARTHA MARIA, CARLOS EMILIO y JUAN JOSE ANGEL CALLE, para lo cual se tendrá en cuenta la certificación del Banco de la República del gramo oro, para la fecha de esta decisión, 7 de junio de 1984, que deberá ser aportado al momento de formularse el escrito de regulación.

Quinto. El pago se hará en los términos de los artículos 176 y 177 del nuevo Código Contencioso Administrativo.

Sexto. Deniéganse las demás súplicas de la demanda. Cópiese Notifíquese y Cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección; **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Arturo Mora Villate**, Secretario.

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

RESPONSABILIDAD POR FUNCION JURISDICCIONAL.— El Estado no es responsable por razón de la Administración de justicia. Los actos jurisdiccionales escapan al control de la jurisdicción contenciosa administrativa.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá D. E., junio catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor José Alejandro Bonivento Fernandez.**
Proyecto: **Doctora Inés Hurtado Cubides.**
Referencia: Expediente No. 2582.
Actor: **Rita Alzamora Vda. de Mancini.**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primer grado proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico. Advierte la Sala que se produce nuevamente un pronunciamiento de fondo en vista de que la sentencia proferida el 29 de enero de 1981, confirmatoria de la de primer grado, se anuló en providencia de agosto 19 de 1982 (folios 357 y siguientes).

I

1. La señora RITA ALZAMORA VDA. DE MANCINI por medio de apoderado judicial demandó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, al Municipio de Barranquilla en procura de las siguientes declaraciones:

"Primera: Que el Municipio de Barranquilla es responsable de los perjuicios sufridos y aun siga sufriendo la señora Rita Alzamora Vda. de Mancini, por la falla del servicio público administrativo y de policía consistente en haberse negado la Alcaldía a darle cumplimiento a su propia resolución de fecha 4 de octubre de 1978, por la cual se decretó el lanzamiento de terceros ocupantes de un inmueble de propiedad de aquella, el cual determinó más adelante. La cuantía de estos perjuicios será la que se liquide en el curso del proceso o en incidente posterior a la ejecutoria de la sentencia.

"Segunda: Que el Municipio debe cumplir la resolución mencionada, dentro del término que la sentencia le señala.

"Tercera: Que, en consecuencia, el Municipio demandado deberá cancelar a la demandante dentro de los cinco (5) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia o la notificación del auto de obedecimiento al Superior, según fuere el caso, el valor del daño emergente y el lucro cesante que se le causó y sigue causándole a ésta la conducta omisiva mencionada, hasta cuando cumpla la resolución de que se trata. Y que si el Municipio no cumpliere dentro del término que se le señale, la orden que la sentencia le imparta para ejecutar la resolución mencionada, debe pagar a la demandante el valor comercial que en el proceso se haya señalado al terreno objeto de dicha resolución, en el entendido de que la demandante otorgará en tal caso, escritura a favor del Municipio para la transferencia a éste del dominio de dicho terreno.

2. Fundó sus pretensiones en los siguientes hechos:

"1. La demandante es propietaria y ha sido por muchos años poseedora de un terreno ubicado en las inmediaciones del puente sobre el río Magdalena, conocido con el nombre de "La Luz", que está situado en la calle 17 entre carrera 8 y 15 de esta ciudad y cuyos linderos más adelante se determinan.

"2. En los últimos días del mes de junio de 1976 tuvo conocimiento mi mandante que dicho inmueble había sido objeto de una invasión masiva de colonos, que lo habían ocupado en toda su extensión.

"3. Con fundamento en la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930 mi mandante solicitó a la Alcaldía de Barranquilla, con el lleno de los requisitos de que tratan estas normas, la desocupación de su terreno dentro de los términos legales.

"4. La solicitud se formuló el 9 de julio de 1976 (folio 3 vto. del expediente anexo) y solo por resolución de octubre 4 de 1978 se decretó el lanzamiento (folio 22, ibidem), después de varios requerimientos al señor Alcalde recordándole que la ley ordena decretar el lanzamiento dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud (folio 5, 7, 19, 25, ibídem).

"5. Por Resolución de 23 de julio de 1976 (folio 6, ibidem) el señor Alcalde ordenó practicar diligencia de inspección judicial al lugar donde se verificó la ocupación para constatar 'lo ordenado en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905'. Para efecto de esta diligencia la misma resolución comisionó a la Comisaría General de Policía a la que se ordenó en el numeral 2o. de su parte resolutiva, solicitar "exhibición de títulos que justifiquen la ocupación por parte de los invasores'.

"6. El 26 de agosto de 1976 se trasladó la Comisaría General de Policía al terreno invadido, en cumplimiento de la comisión a que se refiere el hecho anterior. (ver acta de diligencia a folio 1o. ibidem).

"7. Una vez identificado el inmueble materia de la invasión la funcionaria comisionada se expresa así, textualmente, en el acta correspondiente: "En este estado, la señorita Comisaria, en compañía de su secretario y de los señores agentes, visita a una serie de habitantes en sus viviendas miserables unas acomodadas otras, el resultado de esta inspección es el siguiente: Inspeccionada 40 viviendas e interrogados sus "propietarios" si tenían títulos que acrediten la propiedad de esos terrenos se logró que ninguno de los visitados e interrogados presenta documento alguno que lo acredita como propietario del terreno que hoy habita, algunos presentan unos Carnets de la Junta Comunal del Barrio LA CHINITA, numerados y sin firma responsable, con un sello de dicha junta otros manifestaron que ellos solamente han comprado esos terrenos unos que sí los invadieron. *En conclusión que no poseen títulos ni documentos de propiedad sobre esos terrenos".* Sigue el acta detallando las personas interrogadas en el mismo terreno y sus respuestas.

"8. Demostrada entonces la absoluta carencia de títulos que justificasen la ocupación por parte de los invasores el 6 de octubre de 1976 se decretó por fin, el lanzamiento.

"9. Por oficio 214 de octubre 25 de 1976 (folio 24, ibidem) el señor Alcalde comisionó al Comisario Tercero de Policía Municipal para que diese cumplimiento a la resolución de lanzamiento, previa su notificación.

"10. Dicha notificación se cumplió el 31 de octubre de 1976 (folio 26, ibidem) señalándose el día 15 de noviembre de 1976, a partir de las 10 a.m., para la práctica de la diligencia.

"11. En su sesión del 5 de noviembre de 1976 el Concejo Municipal de Barranquilla "ordenó" al señor Alcalde suspender indefinidamente el lanzamiento, es decir, *diez días antes* de la fecha fijada para ello ya se había decidido suspender, a cualquier precio, la diligencia de lanzamiento a través de la cual habrían de restablecerse los derechos de mi mandato.

"12. No obstante y en mi calidad de apoderado de la señora Rita Alzamora viuda de Mancini, me hice presente en la Comisaría Tercera de Policía el 15 de noviembre de 1976, a las 10 a.m., para proceder a la práctica de la diligencia de lanzamiento (folio 115 ibidem).

"13. Al llegar a la Comisaría el día y hora señalado, se me informó que, dos días antes, habían sido presentados dos memoriales de "oposición" por los doctores Alberto Lago y Guido Lossada invocando ambos, pero cada cual por su lado y en forma independiente, su calidad de apoderados de la "totalidad" de los invasores de que se trata (a folio 102 y s.s. consta la oposición de Lossada y, a folios 113 y s.s., la de Lugo). El Comisario aceptó estas dos oposiciones, simultáneamente, el 13 de noviembre de 1976. (folio 114 vto.) es decir, *dos días antes* de la fecha y hora señalada para la iniciación de la diligencia.

"14. Ni Lossada, ni Lugo, se hicieron presentes en el despacho del Comisario el día y hora de la diligencia sino que, como atrás se dijo, con dos días de anterioridad a la fecha de la misma diligencia presentaron sus memoriales de "oposición", que el Comisario se apresuró a aceptar el día mismo de su presentación (Ver folio 114 vto. ibidem).

"15. Lossada presentó poder de algunas personas y una serie interminable de firmas no auténticadas sustentando su "oposición" en declaraciones extrajuicio sobre existencia de algunas construcciones en el barrio "La Chinita", pero sin determinar su ubicación ni su coincidencia en el terreno ocupado. Por su parte Lugo ni siquiera se tomó el trabajo de simular prueba alguna, y solo 11 de sus numerosos "poderdantes" presentaron personalmente el poder.

"16. Exigí al señor Comisario Tercero que nos trasladásemos al inmueble ocupado recordándole que en este mismo proceso, y por orden del señor Alcalde, ya se había efectuado una diligencia de inspección ocular en el terreno materia de lanzamiento, donde se había constatado la carencia de títulos de los ocupantes del predio (folio 1o. ibidem).

"17. Pero el señor Comisario se negó a salir de su despacho y trasladarse al terreno ocupado, tal como aparece en la constancia que deje a folio 115 ibidem, limitándose a devolver el negocio al señor Alcalde (folio 118) apoyándose en la oposición "prematura y de baranda" de Lossada y Guido. Es decir, el funcionario comisionado, simple y llanamente, *no práctico la diligencia de lanzamiento.*

"18. Por resolución de 17 de noviembre de 1976 (folio 120, ibidem) el señor Alcalde, sin mencionar siquiera la diligencia de inspección acular decretada por el mismo, y que obra a folio 1o., ibidem, donde sí se identificó el inmueble y se constató la ausencia de títulos de sus ocupantes, dictó una resolución, suspendiendo el lanzamiento con fundamento en las declaraciones extrajuicio aducidas por Lossada, y las simples afirmaciones de Lugo, donde ni siquiera consta que los terrenos o construcciones a que se refieren estas mismas declaraciones están ubicados, o no, dentro del inmueble materia del lanzamiento, cosa que, como es apenas elemental, sólo podía constatarse en el terreno mismo y no en el despacho del funcionario comisionado, que fue el sitio escogido por los apoderados de los "opositores" para presentar su "prematura oposición de baranda". Muchísimo menos puede considerarse "justo título" estas declaraciones extrajuicio para apoyar en ellas la suspensión de una diligencia que ni siquiera se había iniciado, diligencia que, además, se practicaría en un predio en el cual ya se había constatado, previamente y por orden del mismo Alcalde, dentro del mismo proceso, que sus ocupantes carecían de título para permanecer en él.

"19. Interpuse reposición y en subsidio, apelé de semejante exabrupto (folio 124 y s.s.), pero por resolución de febrero 24 de 1977 se confirmó la suspensión de la diligencia y se me negó el subsidiario recurso de apelación (folio 129), con lo cual, y en forma definitiva, el Alcalde de Barranquilla se negó a dar cumplimiento a su propia resolución de lanzamiento de octubre 4 de 1976.

"20. El absolutamente injustificado incumplimiento por parte del Municipio de Barranquilla del servicio público administrativo y policivo de protección de los bienes de los asociados le ha ocasionado graves perjuicios de orden patrimonial a mi mandante, por daño emergente y lucro cesante causados por la ocupación de hecho de su terreno.

"21. El inmueble a que se refiere la presente demanda es distinto, aunque aledaño, a los tres inmuebles que fueron también objeto de otro proceso ordinario de mi mandante contra el mismo Municipio de Barranquilla y que culminó en primera instancia con sentencia favorable a aquella de fecha septiembre 28 de 1977. (folios 144 vto. a 145 vto. C. No. 1).

3. Como normas violadas se señalan el artículo 16 de la Constitución Nacional, el artículo 62 de la Ley 167 de 1941; el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, el Decreto 992 de 1930; el artículo 2341 del Código Civil; los artículos 19 a 28 del Código Nacional de Policía, el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el 282 del C.C.A.

4. El Tribunal Administrativo del Atlántico al desatar el fondo del asunto, denegó las súplicas de la demanda al considerar que la Resolución de lanzamiento, fechada el 4 de octubre de 1976 carece de vigencia por haber sido derogada en providencia posterior, dentro del mismo juicio de policía, el 17 de noviembre del mismo año. Dijo el *Aquo:*

"El doctor Danilo Devis Pereira, actuando como apoderado de Rita Alzamora viuda de Mancini y fundándose en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y su Decreto Reglamentario 992 de 1936, solicitó a la Alcaldía de Barranquilla se ordenara el lanzamiento de unos ocupantes de hecho del predio objeto del presente juicio. La Alcaldía de Barranquilla ordenó primero practicar una diligencia de inspección judicial al lugar de la ocupación y luego por medio de providencia de fecha 4 de octubre de 1976, decretó el lanzamiento, contra los ocupantes del predio antes mencionada y comisionó al Comisario Tercero de Policía Municipal para que procediera a desalojar a los ocupantes del terreno. Un número considerable de ocupantes, confirió sendos poderes a los doctores Guido Lossada Aduen y Alberto Lugo García, quienes formularon escritos de oposición acompañados de pruebas testimoniales, razón por la cual el Comisario devolvió el negocio a la Alcaldía, según consta en oficio que obra a folio 116 del expediente.

"En virtud de lo anterior, por auto de fecha 17 de noviembre de 1976, la Alcaldía Municipal de Barranquilla suspendió el lanzamiento ordenado y declaró que ese Despacho no era competente para seguir conociendo el proceso policivo y que las partes quedaban en libertad para acudir ante el poder judicial, de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 992 de 1930. Al momento de notificarse de esta última decisión, el doctor Devis Pereira manifestó que solicitaba su reposición, y en subsidio, interponía el recurso de apelación. La Alcaldía Municipal, en providencia de 24 de febrero de 1977, no accedió a lo pedido por el señor apoderado de la demandante en el escrito de reposición y se negó a conceder el recurso de apelación, por no ser procedente legalmente. Esta última medida fue notificada por edicto que se desfijó el día 14 de marzo de 1977. Así concluyó el juicio civil de policía por la ocupación de hecho.

"El artículo 30 de la Constitución Nacional 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.

"De esta tutela a la propiedad privada han surgido las acciones civiles que los propietarios pueden intentar ante la justicia ordinaria para hacer valer su derecho de propiedad contra la amenaza de terceros.

"Para evitar la ocupación de hecho de la propiedad, se han establecido también normas policivas tendientes a garantizar el libre ejercicio del propietario contra las personas que invaden lo ajeno, sin título de ninguna especie, siempre y cuando que la ocupación no lleve mucho tiempo de realizada. Así tenemos que el Congreso de la República expidió la Ley 57 de 1905, cuyo artículo 15 dispuso:

"Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el Jefe de Policía ante quien se presenta la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las 48 horas después de la presentación del escrito de queja, y si los ocupantes no exhiben el contrato de

arrendamiento o se ocultaren, procedera a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca".

"El artículo transcrito anteriormente, reformado por el artículo 17 de la Ley 200 de 1936, fue reglamentado por medio del Decreto No. 992 de 21 de junio de 1930, que estableció un procedimiento policivo por medio del cual el propietario afectado puede pedir al Alcalde Municipal la protección de su propiedad. Luego de un procedimiento breve, si el ocupante no exhibe un título que pruebe o justifique legalmente la ocupación, el Alcalde ordenará el lanzamiento o desocupación. En caso de que el ocupante pruebe o justifique legalmente la ocupación, el Alcalde suspenderá el lanzamiento y los interesados quedan en libertad para ocurrir ante la Rama Jurisdiccional.

"En el presente caso, la propiedad del predio objeto de este juicio, como se dijo antes, solicitó por medio de apoderado al señor Alcalde Municipal de Barranquilla la protección a un terreno de su propiedad, por una supuesta ocupación de hecho por parte de invasores o colonos. En la Alcaldía se llevó a cabo el juicio o procedimiento civil policivo de que tratan la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, juicio que se tramitó hasta su culminación y cuyo resultado, como ya también se dijo, fue la suspensión del lanzamiento ordenado inicialmente, y la declaratoria de incompetencia para seguir conociendo del asunto por considerar la Alcaldía que se estaba "en presencia de un verdadero litigio sobre el derecho de posesión, donde particulares se debaten en pro de sus intereses lo cual impide al Ejecutivo Municipal, seguir conociendo sobre este negocio, por falta de competencia ya que estos procesos deben ventilarse ante la justicia ordinaria. Este Despacho observa que existen fallas procesales por parte de la Comisaría, pero nada se enmendaría al corregirlos por la misma falta de competencia, pues los litigantes discuten el mencionado derecho de posesión.

"Ahora, por la vía Contencioso Administrativa, se pretende en la demanda que se condene al Municipio de Barranquilla por responsabilidad en los perjuicios que ha sufrido la propietaria, por falta del servicio público administrativo y de policía, consistente en haberse negado la Alcaldía a darle cumplimiento a su propia resolución de lanzamiento.

"Pero observa la Sala, que dicha resolución de lanzamiento fechada el 4 de octubre de 1976 carece de vigencia legal, puesto que en el juicio de policía fue derogada por providencia posterior, fechada el 17 de noviembre del mismo año.

"Se pretende en este juicio rebatir las razones que tuvo la Alcaldía de Barranquilla en un proceso policivo, para declararse incompetente y dejar a las partes en libertad para acudir ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 992 de 1930, declaración que se hizo en providencia ejecutoriada que puso a fin a un litigio policivo.

"Considera la Sala que entrar ahora a examinar si eran valederas las razones expuestas por la Alcaldía para aceptar la oposición de los colonos y desistir de la medida de desalojo, sería tanto como establecer una segunda instancia jurisdiccional a un proceso policivo que legalmente no es suceptible de alzada, aún por la vía administrativa.

"Ahora bien, si lo que se quiere es demandar el acto administrativo que el último negó al lanzamiento y dejó a las partes en libertad para acudir ante la rama jurisdiccional, ello tampoco es procedente, si se tiene en cuenta que el inciso 2o. del artículo 73 del C.C.A. dispone que no son acusables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil.

"Caso muy distinto al que se contempla en el presente juicio, fue uno similar instaurado por la misma propietaria por intermedio del mismo apoderado que culminó con sentencia de fecha 23 de septiembre del año pasado y en la cual se condenó al Municipio por no haber dado cumplimiento a una orden de lanzamiento que se encontraba vigente y no anulada como la del presente caso.

"Por lo dicho no ve el Tribunal de donde pueda surgir una responsabilidad por parte del Municipio por una falla en el servicio, ya que el juicio policivo se llevó hasta su fin y el Tribunal carece de competencia para pronunciarse en relación con una actuación de policía ya ejecutoriada. No existiendo por parte alguna la pretendida responsabilidad del Municipio de Barranquilla por falla en el servicio, se impone negar los súplicas de la demanda. (folios 309 a 312 C. No. 1).

5. La Fiscalía Segunda emitió concepto de fondo solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado y la condena al recurrente del pago de las costas de la segunda instancia, por tratarse de un acto proferido por el Entidad demandada en ejercicio de la función jurisdiccional, excluido del control contencioso administrativo por mandato del artículo 73 del C.C.A. y por cuanto ".....la decisión de lanzamiento fue ordenada en una providencia que fue expresamente suspendida, que no está vigente, como se pretende en la demanda con que se inició este proceso".

II

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Alcaldía de Barranquilla, con fundamento en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, profirió el 4 de octubre de 1976, resolución decretando el lanzamiento por ocupación de hecho contra los ocupantes de un predio de propiedad de la señora Rita Alzamora viuda de Mancini y comisionó al Comisario Tercero de Policía Municipal para la práctica de la diligencia (folio 158).

El 17 de noviembre de 1976, el mismo funcionario resolvió suspender el lanzamiento ordenado en la providencia citada, por considerar que no era competente para seguir conociendo el proceso, quedando las partes en libertad para acudir ante el poder judicial, de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 992 de 1930 (folios 159 - 160).

Mediante proveído del 24 de febrero de 1977, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante y se denegó la apelación por considerarla improcedente, de conformidad con la sentencia del 19 de septiembre de 1975, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado — Sección Primera, que decretó la nulidad del artículo 7o. del Decreto 992 de 1930 (folios 161 - 162).

La Sala acoge los planteamientos de la sentencia recurrida por considerar que las autoridades municipales de Barranquilla culminaron el trámite procedimental que señala el Decreto 992 de 1930, reglamentario del artículo 15 de la Ley 57 de 1905, al proferir la resolución de 24 de febrero de 1977 que dejó en firme la determinación de *suspender* la diligencia de lanzamiento ordenada.

No se trata de revisar si se cumplieron o no los presupuestos que señala el Decreto 992 citado, como lo resalta el apoderado de la actora en sus alegatos de primera y segunda instancia. Es cierto que la diligencia de lanzamiento nunca se cumplió, pero no lo es menos que mediante una posterior decisión, proferida por el funcionario competente de acuerdo con el artículo 13 del citado decreto, se calificaron los títulos o pruebas presentados para justificar legalmente la ocupación, sin que la Sala pueda entrar a apreciar la legalidad de esa determinación, porque

estaría invadiendo terrenos que le son vedados por mandato del ordinal 2o. del artículo 73 del C.C.A. anterior, artículo 82 inciso final de la actual codificación.

No se puede deducir responsabilidad por la omisión en la ejecución de una providencia que no se podía cumplir en virtud de la decisión posterior de la autoridad competente en tal sentido. Y la resolución que *suspendió* en lanzamiento, así haya sido proferida por un funcionario al servicio de la administración, es un verdadero acto jurisdiccional, que puso fin a un juicio de naturaleza civil, con fuerza suficiente para deducir los efectos del caso, cuyo control escapa a esta jurisdicción, en los términos de la norma citada.

La Sala comparte las argumentaciones de su Colaboradora Fiscal, cuando expresa:

"En primer término debe observarse que se trata de inferir responsabilidad por una función jurisdiccional ejercida excepcionalmente por una autoridad administrativa, y ya se vió como el Estado no es responsable por razón de la administración de justicia. Los perjuicios que puedan causarse a los particulares los debe indemnizar el funcionario y no el Estado.

"Pero aún haciendo caso omiso de lo anterior, y así se aceptare, en gracia de discusión, que puede intentarse acción contra el Estado, en el presente negocio tampoco podría accederse a las súplicas contenidas en el *libelo* con que se inició este proceso, ya que era indispensable acusar el acto del funcionario que en concepto del demandante le causó los perjuicios que reclama.

"Si la providencia de fecha noviembre 17 de 1976 resolvió suspender al lanzamiento ordenado en otra anterior, dicha decisión quedó obligando tanto a los particulares como a los funcionarios públicos, incluyendo al que la profirió, porque está amparada por la presunción de legalidad que cobija a toda decisión así sea administrativa o jurisdiccional. De tal suerte que para ordenar una indemnización de perjuicios es necesario la declaratoria de nulidad del acto que los produjo, pero esto último, se repite, no es procedente en el negocio objeto de estudio por tratarse de un acto jurisdiccional excluido expresamente por el legislador de la posibilidad de ser anulado por jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"En un caso decidido por esta misma Sala en segundo grado de jurisdicción, se declaró la responsabilidad del Municipio de Barranquilla en proceso adelantado por la misma demandante (Expediente 2388. Sentencia de 31 de mayo de 1979. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango), atendiendo presupuestos fácticos diferente a los esgrimidos en este momento procesal. En esta oportunidad se produjo la condena por la omisión de la Alcaldía en ejecutar su propia providencia, situación muy diferente a la debatida en el *sublite*.

Para la Sala el *a-quo* en la sentencia recurrida anduvo acertado, pues su decisión se ajusta a derecho y las motivaciones que le sirven de apoyo merecen el respaldo de la Corporación para impartirle confirmación, sin necesidad de nuevos argumentos.

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

FALLA:

Se confirma la sentencia apelada.
Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día . . .

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango, Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

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

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— Todos los problemas de la responsabilidad deben estudiarse y resolverse teniendo en cuenta las propias condiciones y limitaciones de la realidad nacional y del medio en el cual se desarrollan. VACUNACION MASIVA.— FALLA DEL SERVICIO.— TEORIA DEL RIESGO ESPECIAL.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiocho (28) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Eduardo Suescún Monroy.**
Proyecto: **Doctora Inés Hurtado Cubides.**
Referencia: Expediente No. 3012.
Actores: **Bernardo Ortiz y Julia Maldonado.**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia el 5 de mayo de 1980.

I

A) En demanda de indemnización de perjuicios contra la Nación y el Municipio de Medellín, los esposos Bernardo Ortiz Herrera y Julia Maldonado actuando en su propio nombre y como representantes de su hija menor Adriana María en su condición de padres legítimos, solicitaron que las mencionadas Entidades "sean condenadas" en forma solidaria separada o conjuntamente, a indemnizar total y ordinariamente por los perjuicios materiales y morales que se nos ha causado y se nos cause en el futuro, por lucro cesante y daño emergente, y a pagar las costas de este juicio.

B) Los hechos, fundamento de las pretensiones se expusieron así:

"1. Durante los días 19, 20 y 21 de septiembre de 1972, la señora Sofía Posada Montoya de C., enfermera al servicio del Municipio de Medellín en el centro de Salud Municipal No. 2, situado en el barrio Belén de esta ciudad, efectuó vacunación de viruela al personal de estudiantes de la Escuela "John Uribe", y entre las vacunadas figura nuestra hija Adriana María Ortiz Maldonado.

"2. Siete días después de la vacunación, nuestra hija fue afectada de Mielitis transversa con nivel sensitivo y motor D10 y compromiso de esfínteres vesical y rectal, enfermedad que finalmente la tiene paralisada, (sic) estado que desafortunadamente tenemos que soportar con nuestra pequeña hija.

"3. Los primeros síntomas y el estado de salud a que ha llegado Adriana María, tuvo como causa la primovacunación antivariolosa y por consiguiente, existe una relación de causalidad y efecto, entre la vacunación y la enfermedad que padece y padecerá por toda la vida en concepto de los médicos.

"4. El estado de invalidez que soporta nuestra hija obedece a una falla en la prestación de un servicio de la Administración Pública, con lo que ha ocasionado un perjuicio cuyo riesgo está obligada a cubrir en razón al especial derecho de protección y tutela debidos por el estado a los particulares, y en el caso concreto para nuestra pequeña Adriana María.

"5. Los demandantes, contragimos matrimonio por los ritos de la religión católica el día 6 de julio de 1949 y de nuestro matrimonio nació Adriana María el día 24 de julio de 1963, sobre ella ejercemos la patria potestad. Ella y nosotros, somos quienes sufrimos las consecuancias de la falla en el servicio de la Administración Municipal y Nacional y quienes hemos sufrido los perjuicios ocasionados con la actuación y/o omisiones de las mismas administraciones". (folios 1 y 1 vto. Cdno. No. 1).

Como disposiciones violadas se citaron los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional; 235, 236 del Código de Régimen Político y Municipal; 67 y 68 de la Ley 167 de 1941; 2346, 2347, 2348, 2349 y 2341 del Código Civil; 2350, 2354, 2353 y 2356 del mismo Código Civil.

C) El Tribunal decidió:

"*Primero.* Declárase al Municipio de Medellín administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios causados a los demandantes cónyuges Bernardo Ortiz Herrera y Julia Maldonado con la primovacunación de su hija Adriana María Ortiz Maldonado, su secuela de meningo mielitis transversa y posterior muerte de ésta.

"*Segunda.* Como consecuencia de lo anterior, condénase al Municipio de Medellín a pagar a los demandantes Bernardo Ortiz Herrera y Julia Maldonado la cantidad de cuatrocientos noventa mil pesos ($ 490.000.oo) moneda legal, por concepto de daño patrimonial. Y la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000.oo) moneda legal, a cada uno de los ya dichos Bernardo Ortiz Herrera y Julia Maldonado, por concepto de daño moral objetivo.

"*Tercero.* No se hace declaración ni condena alguna en contra de la Nación.

"*Cuarto.* No se hace condenación en costas en virtud del mandato del numeral 1 del artículo 392 del C. de P.C. y se dispone se habilite el papel común de la actuación.

"*Quinto.* Se le dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 121 del C.C.A." (folios 232 y 232 vto. Cdno, No. 1).

El anterior fallo condenatorio se profirió por el Tribunal sobre la base de haber encontrado plenamente demostrados los presupuestos que configuran la falla administrativa así:

a) El hecho de la vacuna efectuada a la menor Adriana María Ortiz Maldonado.

b) La mielitis transversa como patología sobreviniente.

c) La relación de causalidad.

Dice así el *aquo*, luego de analizar las pruebas existentes en el plenario y de acoger el dictamen pericial ordenado en auto para mejor proveer:

"Fluye de lo hasta aquí estudiado, que se ha demostado a cabalidad: el hecho de la vacunación, su consecuencia de meningo mielitis transversa con su terrible patología, y la relación de causalidad entre la vacuna y su consecuencia".

d) El Ministerio Público estima que se debe revocar el fallo apelado y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

"El actor se basó o fundamentó su demanda en la teoría de la falla del servicio. A su vez el Tribunal acepta y reconoce la tal falla o falta de la Administración, haciéndola recaer en la campaña de vacunación realizada por funcionarios de Salud Municipal, y en el hecho en sí de la vacuna que le fue aplicada a la menor Adriana Ortiz.

"Esta Fiscalía, después de revisar y estudiar ciudadosamente el expediente encuentra que en el presente caso no es aplicable la teoría de la falla o falta del servicio. El hecho en sí de la vacunación, es una actividad realizada por la Administración en cumplimiento de una noble misión, tendiente como de todos es sabido a evitar problemas graves de salud en la población infantil, no puede pues configurar por sí sola una falla del servicio. Diferente hubiera sido, que en la *aplicación* de la vacuna se hubiera establecido y comprobado una falta o error a manera de ejemplo también, que se haya logrado comprobar que el líquido utilizado para las vacunas no fuera el apropiado, etc., hipótesis éstas que tampoco fueron planteadas en la demanda.

"El caso que plantea el presente negocio, es desde el punto de vista humano, inmensamente conmovedor y se comprende que dentro del campo puramente ideal se anhela una compensación económica para quienes han sufrido tal adversidad; pero desde el punto de vista jurídico, la demanda planteada bajo la forma de la falla del servicio no estaba llamado a prosperar.

"Es sabido, que todo daño producido genera los caracteres de especial y excepcional con relación a los perjuicios normales a que se está sometido por vivir en comunidad o que el Estado en uso de sus facultades impone a todos por igual. Pero en el caso en estudio, sí se está frente a un daño que tiene el carácter excepcional o especial.

"Analizando el material probatorio no se puede decir que hubo falla del servicio. La Administración en cumplimiento de un deber y con el ánimo de prestar un servicio efectuó en forma correcta y eficaz, valiéndose de funcionarios idóneos, la campaña de vacunación. Tan cierto es esto, que de los miles de niños vacunados sólo resultó enferma la menor Adriana María Ortiz.

"Existen testimonios de médicos, que señalan la rareza de lo ocurrido y la circunstancia de haber existido en el organismo de la menor una predisposición o sensibilidad a la vacuna (folios 58, 61 y 68).

"Hay prueba también de que la Administración actuó con precaución y cuidado cuando se hizo la vacunación.

"Es forzoso pues, que no hubo ninguna falla del servicio, sino un daño especial que indudablemente ocasionó un perjuicio a los actores y que como tal debería ser indemnizado.

"Lamentablemente la Sección Tercera de esta Corporación no acepta que se puedan cambiar las bases teóricas de la demanda y si en ella se habla de falla del servicio, no

puede hablarse luego de un daño especial (Sentencia del 28 de octubre de 1976, Ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 1482, producida en sentencia del 14 de agosto de 1980. Ponente doctor Jorge Dangond Flóres. Expediente No. 2263". (folios 254 y 255 C. No. 1).

II

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Han sido numerosos los fallos en los cuales el Consejo de Estado ha fijado su criterio en relación con la responsabilidad estatal por falta o falla del servicio, pues las autoridades deben, obrando dentro de los límites que les señala el artículo 2o. de la Constitución Nacional, propender por la realización del bien común, principio que recoge el artículo 16 de la Carta y en desarrollo del cual organiza los servicios públicos que son atendidos y prestados a través de sus agentes.

Si en desarrollo de esas funciones incurre en falta o falla del servicio causándose una lesión, el Estado es responsable y está en la obligación de resarcir a la víctima del daño que le ha ocasionado, con prescindencia de la culpa personal del agente administrativo. Los presupuestos señalados en forma reiterada por la jurisprudencia de la Corporación para la prosperidad de la pretensión resarcitoria son:

a) Una falta o falla del servicio o de la administración por omisión, retardo irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la persona del agente administrador, sino la del servicio o anónima de la administración.

b) Lo anterior implica que la Administración ha actuado o ha dejado de actuar por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicados en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto determinado o determinable, etc.

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostrada la falta o falla del servicio, no había lugar a la indemnización.

Por otra parte, la transgresión de las normas del Código Civil dentro de la concepción del estado responsable cuando origina un daño con irregularidades o deficiencia en la prestación de los servicios públicos a la comunidad derivada de la *culpa eligendo* y la *culpa in vigilando*, de que habla la demanda, está revaluada conforme a las orientaciones jurisprudenciales que señalan que ".....la responsabilidad extracontractual no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual, sus modalidades y alcances. Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente, en las que conforman el Título Tercero del dicho Estatuto, que trata "de los Derechos Civiles y Garantías Sociales", constitutivos del objeto fundamental de la organización de la Nación como estado de derecho y de sus autoridades como personas del mismo, guardianes de su integridad y ejecutoras de aquellos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento

del Estado y del sometimiento del conglomerado humano a sus exorbitantes. Y entre tales normas, la jurisprudencia ha hecho rendir, mediante profundo análisis de su contenido filosófico, jurídico y político, todas sus consecuencias a las previsiones contenidas en los artículos 16, 20, 21, 30, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51, que aparecen hoy, por reiteradas decisiones de la Corporación como aportes jurídicos principales de la responsabilidad extracontractual de la Administración, lo mismo que sus desarrollos legislativos contenidos en el C.C.A., tales como los artículos 62 y s.s., 67, 68 y 69, entre otros; y las normas del Decreto Legislativo 528 de 1964, artículos 20, 30, 32 entre otros, además, de las leyes especiales sobre la materia". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo — Sentencia 28 de octubre de 1976 — Foro Colombiano, Año 9 — Tomo XVII — Bogotá, julio de 1977 — No. 97, págs. 80 a 89).

III

ANALISIS PROBATORIO:

Procede la Sala al examen de los elementos de convicción que obran en el plenario y que van a permitir la determinación de las circunstancias en que ocurrió el hecho señalado como constitutivo de la falla del servicio, el daño que causó y la relación de causalidad entre uno y otro.

1. Aparece demostrado con prueba testimonial —y así lo consideró el *a-quo*— que durante los días 19, 20 y 21 de septiembre de 1972 se efectuó vacunación de viruela al personal de la Escuela "John Uribe E." de Medellín, figurando entre las niñas vacunadas la menor Adriana María Ortiz Maldonado (declaraciones de Angela Restrepo González, folios 57 y s.s.; Antonio José Cardona Correa, médico director del Centro de Salud No. 2 que dirigió la campaña de vacunación de todas las escuelas del área de influencia del centro, folio 60; Sofía Posada Montoya de Cano, enfermera encargada de efectuar la vacunación, folios 64 y s.s.). En el mismo sentido aparece certificación auténtica (artículo 252, ordinal 1o. C.P.C.), expedida por la señorita Angela Restrepo González, directora de la escuela "John Uribe Escobar", (folio 32 y 54).

Mas, si en la forma reseñada se acreditó el hecho de la vacunación antivariolosa a la menor Adriana María, no aparecen demostrados los hechos expuestos en la demanda como constitutivos de la falla del servicio y de los cuales lo actores deducen las pretensiones indemnizatorias, consistentes en que la entidad demandada hubiera obrado con negligencia, descuido o ineficacia en la prestación del servicio público en referencia, causando, con su actitud, daño a la víctima... Por el contrario, la observancia de todas las precauciones exigibles para una vacunación masiva y el cumplimiento por parte del Centro de Salud que la llevó a cabo de las condiciones de asepsia en su aplicación, encuentran pleno respaldo probatorio.

Al efecto pueden verse las declaraciones de la directora de la escuela (folio 55 vto.) que informa que del Centro de Salud llamaron con tiempo para que las alumnas que tuvieran carné lo presentaran, e hicieron las advertencias necesarias para aquellos casos en que no se podía aplicar la vacuna.

El doctor Darío Pineda, médico al servicio del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (folio 54) se refiere a las condiciones de asepsia que requiere la aplicación de la vacuna, como las que se emplean en los centros de higiene.

Alberto Vélez Gómez, médico al servicio del Municipio de Medellín —Jefe de la Sección de Epidemiología— considera imposible desde el punto de vista económico y de programa, practicar examen previo a la vacunación para detectar síntomas o estados que puedan implicar complicaciones post-vacunales (glamaglobulinemia) (folio 59).

Antonio José Cardona Correa, médico Director del Centro de Salud encargado de la campaña de vacunación, informa sobre las precauciones que son tenidas en cuenta antes de aplicar la vacuna: "En primer lugar, que no haya infecciones dermatológicas, es mejor, en vez de infecciones, digamos lesiones dermatológicas, tipo eczema. Que la persona no sea tuberculosa, que sufra de diabetes, mirar sobre todo que la niña no tenga ninguna enfermedad en la piel" (folio 61). "Es de rutina que la persona encargada de aplicar la vacuna se fije si hay lesiones dermatológicas en cuyo caso no se aplica; lo mismo si se aprecia que un niño tiene o presenta un estado extenuante que la contraindique" (folio 62).

En el mismo sentido depone Sofía Posada Montoya de como (folio 64) la enfermera encargada de la aplicación de la vacuna, con 23 años de experiencia como vacunadora, y el doctor Delimiro Alvarez Zapata, Jefe de la Dirección de Salud del Municipio de Medellín (folio 68) que al responder sobre las precauciones que deben tomarse al aplicar la vacuna antivariolosa dijo: "Que la piel esté exenta de lesiones" advirtiendo que por tratarse de campañas masivas de prevención de enfermedades incurables, se supone que las personas que acuden a las vacunas deben estar exentas de las enfermedades anotadas por el Director del Centro de Salud y la enfermera como peligrosas para aplicar las vacunas (diabetes, tuberculosis, eczemas, lesiones epidérmicas).

La diligencia desarrollada por las autoridades encargadas de la prestación del servicio de vacunación, encuentra pleno apoyo probatorio en la prueba testimonial reseñada que merece credibilidad por provenir de personas calificadas que dan cuenta de hechos ocurridos en desarrollo de funciones propias de su profesión. La tacha presentada por el apoderado de los demandantes en relación con el doctor Antonio José Cardona, a juicio de la Sala, se descarta por fundarse en hechos que no afectan la credibilidad o imparcialidad del testigo; ninguna consecuencia conlleva su manifestación de haber solo conocido, a través de la apoderada de la parte demandada, el caso de la niña y el escrito que se adjuntó a la solicitud de esta misma apoderada es meramente contentivo de datos científicos que inclusive pueden ser consultados por el testigo en los casos que el Juez considera "justificados" en la forma prevista por el ordinal 5o. del artículo 228 del C.P.C.

De otro lado, la presentación del servicio masivo de vacunación, en acatamiento de las disposiciones legales (Ley 29 de 1922, Decreto Reglamentario 3026 de 1955) y con la primordial finalidad del bien común que se busca con las campañas epidemiológicas impide que a los organismos o autoridades encargadas de prestarlas se les responsabilice en forma desproporcionada a los medios de que han sido dotados para su cumplimiento. Por razones económicas y de programa, según referencia testimonial (doctor Alberto Vélez Gómez — folio 59), es imposible que para la vacunación de miles de estudiantes pueda exigirse a la administración la práctica de exámenes individuales, técnicos y costosos permitirían detectar fenómenos alérgicos, o micro-organismos (virus), o cualesquiera otra causa que pueda producir consecuencias irreversibles, dolorosas y lamentables como la que se presentó en la víctima. Sería tanto como exigir de los padres de los menores vacunados la prueba científica de la peligrosidad de la vacuna para exonerarse de su obligatoriedad legal.

Debe resaltarse que todos estos problemas de la responsabilidad deben estudiarse y resolverse teniendo en cuenta las propias condiciones y limitaciones de la realidad nacional y del medio en el cual se desarrollan. En la ocurrencia de autos, ya se vió, el servicio se prestó con la eficacia que puede exigirse para estos casos, lo que lleva a la Sala a concluir que no se demostró el presupuesto de la pretención resarcitoria con fundamento en la falla del servicio.

Está demostrado que la vacuna produjo el daño según el dictamen pericial acogido por el Tribunal pero no está acreditada la falla como se vio, en cuanto el mismo experticio dice que la vacuna "fue aplicada en condiciones regulares" (folio 209).

Por eso no comparte la Sala los fundamentos del fallo que da por establecido cabalmente el mero hecho de la vacunación y de él deduce la responsabilidad de la Administración. Es la demostración de la actuación positiva o negativa de sus funcionarios en la prestación del servicio la que viene a determinar si existió o nó la "falta o falla" como presupuesto para la prosperidad de las pretensiones de los actores. No está probada la falla porque no demostró ninguna negligencia en la actividad administrativa; en consecuencia deberá revocarse la decisión de primera instancia. Tampoco podría llegarse a una decisión condenatoria o al reconocimiento de responsabilidad con base en la teoría del riesgo especial, porque el hecho generador no implicaba en sí mismo un riesgo de tal naturaleza, cuando por procedimientos normales avalados por la medicina, se trataba de proteger la salud pública en acatamiento a los ordenamientos legales.

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:

Se revoca la sentencia de mayo 5 de 1980 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar se dispone:

Se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al tribunal de origen.

Se hace constar que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango,

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL.—

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO.

Referencia: Expediente 3012.
Actor: **Bernardo Ortiz y otra.**

Sintéticamente las razones de mi aclaración de voto, son las siguientes:

a) Comparto la absolución impartida por la sentencia, por cuanto el demandante no probó la "falla del servicio" que, en su libelo demandatorio bastante desafortunado

desde el punto de vista de la técnica procesal y bastante trasnochado en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad extracontractual del Estado, como que todavía la busca dentro de las teorías civilistas— imputó a las entidades públicas demandadas, según el siguiente párrafo:

"Si la causa de incapacidad que sufre la niña Adriana María Ortiz Maldonado es consecuencia de la vacunación antivariolosa, presumiblemente hubo omisión o por parte de la Nación que suministró la materia prima o por la administración municipal al elegir a sus empleados o por parte de la empleada, que tal vez no examinó previamente la alergia o las condiciones personales fisiológicas de la niña" (folio 2).

Conforme al principio de la carga probatoria, "actor onis probandi", el demandante ha de correr con las consecuencias de su falla probatoria.

b) Cierto que dentro de ese desorden jurídico y técnico del libelo, también dijo el demandante:

"El artículo 16 de la Constitución Nacional establece: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

"Dicen Carlos H. Pareja y Vidal Perdomo, en sus obras de derecho administrativo, que el final de este texto, consagra una obligación de indemnizar los daños que cause la falta de protección, y que todos los casos de responsabilidad del Estado "por su actividad mal conducida", tienen su base jurídica en dicho artículo 16 de todas maneras el sólo hecho de la vacunación antivariolosa, es una actividad de la administración pública que crea un riesgo, y aun sin culpa por parte de la persona natural o jurídica que presta el servicio, debe responder por los perjuicios que se causen en virutd a la correlación entre ventajas y cargas, que se traduce en el principio "igualdad frente a las cargas" y así "el daño causado por la administración a un particular, así sea, que la administración no obre mal, incluso, por motivos de interés general pero si con su actuación, se causa un perjuicio a un particular, como en el caso, la entidad debe indemnizarla".

Ello podría entenderse como pretensión por "daño especial" que deberá estudiarse, pero no se hizo sino una sola petición y ella debe entenderse basada en la "falla del servicio" y aún formulada la segunda, por el daño especial, habría resultado inadmisible, por no ser legal la acumulación de pretensiones contradictorias hasta el punto de destruirse entre sí.

Para la pretensión ordinaria se afirma "falla del servicio o de la administración" o culpa innominada —dentro de un léxico no muy técnico— y para sustentar la pretensión especial por daño especial, se debe afirmar la eficiencia y oportunidad de la actuación oficial, sin falla, pero con el resultado de romper la "igualdad frente a las cargas públicas", lo que las hace de imposible acumulación aún como subsidiarias.

c) La Sala, con ponencia mía, dijo en otra oportunidad:

"1. *Responsabilidad por daño especial*:

"Mas surge de la jurisprudencia compendiada, que aun la actividad estatal absolutamente legítima, tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta.

"Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye, la derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio o de la administración y lógicamente, con mayor razón, la derivada de las vías de hecho.

"Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho, en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.

"Surge, pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o "vías de hecho".

"Con cualquiera de ellas resulta incompatible, no por el petitum posiblemente idéntico en todas ellas, sino por la causa petendi, que resulta distinta y contraria como quiera que se habla de la responsabilidad por equidad, sin falta u objetiva, frente a las otras fuentes de la responsabilidad estatal, y por lo mismo, no son acumulables.

"En efecto, causa para pedir en el contencioso subjetivo o anulación de plena jurisdicción es la ilegalidad del acto, en la del daño especial, la absoluta legalidad de la actuación administrativa, en la responsabilidad por falla o falta, la afirmación de ésta, mientras que en la responsabilidad por daño especial, la afirmación causal es la contraria, la regularidad, oportunidad, legalidad y eficiencia de la actuación estatal; en la pretensión indemnizatoria por las "vías de hecho" la causa para pedir es la arbitrariedad, la ausencia de derecho o de procedimiento en la administración, es decir, todo lo contrario de lo que debe aparecer acreditado para la prosperidad de la indemnización por daño especial.

"Y como la pretensión no puede prosperar sino en la medida en que resulta conforme con la causa para pedir, obvio que si esta contiene proposiciones contrarias e incompatibles, entre sí, la conclusión resulta imposible.

"Si se afirman dos hechos contrarios y excluyentes entre sí se destruyen mutuamente, pues no es posible que una actuación sea al mismo tiempo, legal e ilegal, legítima y arbitraria, regular, correcta y eficiente y al mismo tiempo, irregular, incorrecta, inoportuna y perjudicial, o que algo sea y no sea a la vez.

"Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquél y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe concurrir a compensar el daño causado.

"Obvio que el beneficio de la comunidad no es necesariamente patrimonial, hay otras intangibles sociales y políticos más importantes para ella como son la existencia del Estado, la seguridad de sus integrantes y la realización de los fines sociales, económicos y culturales que sirven de meta o norte a su organización jurídica" (Sentencia de octubre 28 de 1976. Actor: Banco Bananero del Magdalena. Expediente: 1482).

d) Pero todo lo anterior me impide suscribir incondicionalmente la sentencia acordada mayoritariamente, por contener en el siguiente párrafo, tesis que, por lo menos aparentemente, se opone a la acogida en la sentencia que se ha dejado transcrita, en lo pertinente:

"Tampoco podría llegarse a una decisión condenatoria o al reconocimiento de responsabilidad con base en la teoría del riesgo especial, porque el hecho generador no implicaba en sí mismo un riesgo de tal naturaleza, cuando por procedimientos normales avalados por la medicina, se trataba de proteger la salud pública en acatamiento a los ordenamientos legales" (folio 267).

e) Bien formulada la demanda presumiblemente, la pretensión indemnizatoria por "daño especial" habría prosperado.

En efecto. En defensa de la salud de la comunidad, el Estado impone la vacunación masiva de los niños. Con dosis apropiadas, vacunas frescas y personal idóneo, es decir, con eficiencia y oportunidad.

Pero dada su capacidad administrativa y financiera y científica, no puede practicar exámenes individuales antes de cada vacuna, por lo que, para defender a la gran mayoría, a la masa de la población, impone como carga a aquellos niños con sensibilidad especial a la vacuna, a los riesgos pertinentes, con lo que, en bien de la comunidad, sacrifica los derechos a la vida y a la salud de todos aquellos que, con exámenes previos, no podrían ser vacunados.

Y no hay falla, porque al Estado no se le pueden exigir imposibles frente a sus individuales condiciones financieras, administrativas y científicas.

El artículo 16 de la Constitución Política señala una meta pero nunca una obligación de seguridad como obligación de resultado.

Bogotá, D.E., julio 3 de 1964.

Jorge Valencia Arango.
Arturo Lora Villate, Secretario.

TITULO V

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—GARANTIAS.—CAUCION.—Si en un Contrato Administrativo se pacta la cláusula en virtud de la cual el contratista, se obliga a prestar caución, debe hacerlo, pero no de manera simple, sino ajustando la garantía a los términos del documento contentivo de la voluntad de los contratantes porque desde el momento mismo en que suscribe el contrato es para vincularse dentro del marco negocial, impuesto precisamente, por los intervinientes en el acto. Resolución. Artículo 1546. C.C. Consagra la condición resolutoria tácita, como factor de aniquilamiento del acto en que descubra que la tutela del interés del acreedor se ha quebrantado, siempre y cuando no existan causas extrañas que impidan la realización de ese interés o que, por parte, del otro contratante no se ofrezca ningún hecho que afecte el cumplimiento del deber contractual. ¿Quién puede solicitar la resolución del contrato?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., enero diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 2669.
Actor: **Jorge Torres Lozano.** Ingenieros Ltda.

Cumplido el trámite correspondiente en forma normal se procede al estudio del proceso para decisión:

I

A) La Sociedad de Responsabilidad Limitada *"Jorge Torres Lozano Ingenieros Ltda."* por conducto de su representante legal y asistida de mandataria judicial, presentó ante esta Corporación demanda en contra de la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero*, con las siguientes pretensiones:

"1o. Se declare resuelto el contrato No. 754 de octubre 26 de 1978, celebrado entre la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero* y la Sociedad *Jorge Torres Lozano Ingenieros Limitada*, para la construcción del edificio para la Agencia de la Caja de Lorica (Córdoba).

"2o. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero* a pagar a la *Sociedad Jorge Torres Lozano Ingenieros Limitada*, la indemnización del monto total de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de lo pactado en la cláusula tercera del contrato No. 754 de 1978, que estimo en una suma superior a $ 1'000.000.oo (Un millón de pesos moneda corriente), la cual solicito se actualice de acuerdo con el poder adquisitivo de la moneda en la fecha correspondiente a la sentencia". (folio 60 Cd. No. 1).

B) Como hechos fundamentales de la acción intentada trae el libelo los siguientes:

1. La entidad demandada previo los trámites de la licitación pública No. 10 de 1978 y mediante Resolución 256 de 22 de septiembre siguiente, adjudicó a la firma demandante el contrato para la construcción del Edificio de la Caja de Lorica (Córdoba), contrato que se suscribió el día 26 de octubre del mismo año.

2. Conforme al convenio, la Caja se comprometió a entregar al contratista, un anticipo por la suma de $ 2'312.493.oo como requisito previo para iniciar las obras.

3. En el Capítulo 50 de las Condiciones Generales de Licitación y en la cláusula 3a. del contrato, se establecieron como requisitos indispensables para la entrega: la constitución y presentación de las garantías de anticipo de manejo de fondos, cumplimiento de seguros de responsabilidad civil y colectivo, el programa general de obra, el recibo de pago de la publicación en el Diario Oficial y la cuenta de cobro del anticipo, todo dentro de los quince (15) días siguientes a la firma respectiva.

4. La parte demandante entregó los días 2 y 3 de noviembre en el Departamento de Construcciones de la Caja, las pólizas de responsabilidad civil y seguro colectivo Nos. 0473 y 0809 respectivamente, expedidas por la Compañía de Seguros *ALFA S.A.*, el día 31 de octubre en relación con las pólizas de cumplimiento y correcto manejo del anticipo fueron solicitadas al Departamento de Seguros de la Caja el 27 de octubre y otorgadas por esa dependencia en la primera quincena del mes de noviembre.

5. Cumplidos los requisitos exigidos en el contrato para la entrega del anticipo, toda vez que el programa general de la obra se presentó con la propuesta, la entidad contratante no le ha hecho entrega del anticipo pactado.

6. El contratista, con el ánimo de dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo, realizó una serie de diligencias encaminadas a la iniciación oportuna de las obras y al estricto cumplimiento de los programas, tales como contratación de personal, solicitud de materiales, apertura de una cuenta corriente en la Agencia de la Caja Agraria de Lorica, etc.

7. Con fecha posterior a la presentación del poder conferido para instaurar la demanda (febrero 13 de 1979), la entidad contratante, mediante oficio No. 03508 de febrero 1o. del mismo año, remitió al contratista un "OTRO SI" pretendiendo adicionar el contrato en lo relativo a las apropiaciones presupuestales y aceptando las pólizas de responsabilidad civil y seguro colectivo oportunamente presentadas por el contratista, documento que fue devuelto sin firmar por considerarse extemporáneo.

8. Sobre fundamentos jurídicos se dice que se violaron los artículos 1602 y 1603 Código Civil por cuanto a pesar de haberse surtido en su totalidad el trámite previsto por el Decreto 150 de 1976 para la celebración del contrato y de encontrarse debidamente legalizado lo que lo convirtió en ley para las partes, la entidad demandada no cumplió con las obligaciones a su cargo, ni puso los medios a su alcance para hacerlo, situación que da lugar a la resolución del contrato y a la indemnización de perjuicios previstos por los artículos 1646, 1613 del Código Civil y 197 del Decreto 150 de 1976.

II

El Ministerio Público estima que se deben denegar las súplicas de la demanda con fundamento en lo siguiente:

"La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero abrió la Licitación Pública No. la que fue adjudicada a la firma *Jorge Torres Lozano y Cía. Ltda.*, por medio de la Resolución 256 de septiembre 22 de 1978 (folio 29 Cd. 3) para la construcción del edificio de la Caja Agraria de Lorica, Departamento de Córdoba.

"Aparece en el expediente a los folios 1 del Cd. 3 y 7 del C. 1 copia simple y auténtica respectivamente del Pliego de Condiciones que la Caja de Crédito Agrario entregó a las personas interesadas en participar en dicha licitación y a las que debían ceñirse estrictamente las firmas licitantes para que les fuera adjudicada y dentro de las cuales y en el Capítulo 5.0 de las *Garantías y Seguros*, se decía lo siguiente:

"1. *Garantía de Seriedad de la Propuesta.* Por una cantidad igual al anticipo de fondos, con el objeto de garantizar el correcto manejo de dicho anticipo y por un tiempo igual al plazo total acordado para la entrega de la obra a entera satisfacción de la Caja Agraria, más 90 días adicionales, garantía que debería presentarse dentro de los 15 días siguientes a la firma del contrato y que era requisito indispensable para la entrega del anticipo de fondos. Afirma el Pliego de Condiciones que esta garantía consistirá en Póliza expedida por el Departamento de Seguros de la Caja Agraria, pero si este se viere impedido para expedirla, se aceptarán Fianzas de Compañías de Seguros o de Bancos, cuyas pólizas matrices deberán estar aprobadas por la Contraloría General de la República y se deberá anexar constancia del Departamento de Seguros de la Caja Agraria, referente a la imposibilidad de expedirla.

"2. *Garantía de Cumplimiento.* Seria por una cantidad igual al 10% del valor total del contrato y su objeto el de garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las

obligaciones contraídas por el contratista, con una vigencia igual al plazo total acordado para la entrega de la obra a entera satisfacción de la Caja Agraria, más 90 días adicionales. Para la presentación de dicha garantía se señaló un término de 15 días siguientes a la firma del contrato y además se afirma que esta garantía es requisito indispensable para la entrega del anticipo.

"3. *Garantía de Estabilidad.* Por un valor igual al 10% del valor final de la obra y tenía por objeto garantizar la estabilidad de la obra materia del contrato, con una vigencia de 3 años contados a partir de la fecha de entrega de la obra a entera satisfacción de la Caja Agraria. Dicha garantía debería presentarse una vez concluidas las obras a entera satisfacción de la Caja Agraria y como requisito indispensable para el pago del último contado.

"4. *Garantía de Prestaciones Sociales.* Por un valor de 3% del valor final de la obra y con el objeto de garantizar el pago de las prestaciones sociales correspondientes al personal ocupado por el contratista en la obra y con una vigencia de 3 años contados a partir de la fecha de entrega de las obras a entera satisfacción de la Caja Agraria. Dicha garantía debería presentarse una vez concluidas las obras a entera satisfacción de la Caja y como requisito indispensable para el pago del último contado.

"5. Además de estas garantías, se exigió, el Seguro de Responsabilidad Civil por una suma igual a OCHOCIENTOS MIL PESOS para asegurar los daños a personas, bienes o cosas y con una vigencia igual al plazo total acordado para la entrega de la obra a entera satisfacción de la Caja Agraria. Este seguro debería presentarse dentro de los 15 días siguientes a la firma del contrato y era requisito indispensable para la entrega del anticipo de fondos y en la modalidad de póliza expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en el país. Además, se exigió el seguro colectivo para los trabajadores que utilice el contratista en la ejecución de la obra y con el fin de que cubriera el seguro de vida, de accidentes y enfermedades de los trabajadores en la ejecución de la obra y con una vigencia hasta la entrega final de la obra a entera satisfacción de la Caja Agraria más 90 días adicionales. Dicho seguro debería presentarse dentro de los 15 días siguientes a la firma del contrato y bajo la modalidad de póliza expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en el país y que cobije los amparos probados.

"Una vez adjudicada la Licitación y firmado el contrato respectivo el 26 de octubre de 1978, el contratista según el contrato 754 (folio 2 Cd. 1, folio 170 Cd. 2. 183 Cd. 2 y 139 Cd. 3) procedió a cumplir dentro del término de 15 días señalados en la Resolución de adjudicación con la presentación de tales Garantías y Pólizas para que a su vez la Caja Agraria procediera a la entrega del anticipo pactado.

"Fue así como presentó el Certificado de Seguro de Cumplimiento expedido por el Departamento de Seguros de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (folio 150 Cd. 2), con el objeto de garantizar según dicho certificado el anticipo y el cumplimiento del contrato No. 754 con vigencia desde el 6 de noviembre de 1978 hasta el 11 de diciembre de 1970. Esta copia fue ordenada anexar al expediente durante la Inspección Judicial practicada por el Consejero sustanciador a las Oficinas de la Caja de Crédito Agrario de Bogotá.

"Así mismo, y en copia que obra a folios 151 a 159 ordenadas anexar durante la misma diligencia de Inspección Judicial aparecen las pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 0473 con vigencia desde el 6 de noviembre de 1978 hasta el 12 de septiembre de 1979 además de la de Seguro Colectivo de los trabajadores que laboran en la obra y que cubre los riesgos de seguro de vida, gastos de entierro,

incapacidad, accidentes, póliza distinguida con el No. 0809, ambas de la Compañía de Seguros Alfa S.A. Estas pólizas fueron recibidas sin objeción alguna por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

"La firma contratista procedió entonces a presentar la cuenta de cobro por valor de $ 2'312.493 (folio 147 Cd. 3) por concepto del anticipo correspondiente de acuerdo a la cláusula tercera del contrato, el 2 de noviembre de 1978. Aparece al folio 146 del mismo cuaderno que el Departamento de Construcciones de la Caja con fecha enero 19 de 1979 envió *ORDEN PARA GIRAR CHEQUE DE GERENCIA* a la dependencia correspondiente, por valor de $ 2'196.320 como total del anticipo que la Caja debería entregar a la firma Jorge Torres Lozano, pero al mismo tiempo y al folio 144 del Cd. 3 aparece el oficio No. 013790 que con fecha 15 de noviembre de 1978 (es decir, con anterioridad) el Auditor General de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero envía al Departamento de Construcciones - Dirección, devolviendo la cuenta de cobro presentada por Jorge Torres Lozano y Cía. Ltda., sin el visto bueno y en donde se le exponen las razones por las cuales se produjo dicha devolución. Dice así el oficio:

"a) La Superintendencia Bancaria no ha dado aprobación a la inversión $ 7'708.308.86, valor del contrato suscrito con *Jorge Torres Lozano Ingenieros Ltda.*

b) La póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 0473 y la No. 0809 de Seguro Colectivo no están referidas a las pólizas matrices aprobadas por la Contraloría General de la República. Artículo 58, Decreto-Ley 150 de 1976, requisito consignado en la Cláusula Cuarta del Contrato No. 764 de octubre 26 de 1978, que dice en su primera (sic), parte lo siguiente:

GARANTIAS. EL CONTRATISTA se compromete a constituir a su costa y a favor de la Caja y a satisfacción de esta, garantías del Departamento de Seguros de la Caja, si ésta acepta o puede otorgarlas, de lo contrario, las garantías que a continuación se exigen tendrán que ser expedidas por otra compañía de seguros legalmente establecida y las pólizas serán con sujeción a la póliza matriz de la Contraloría General de la República... Y el artículo 58 del Decreto-Ley 150 de 1976 que a la letra dice:

"Las garantías podrán consistir en fianzas de compañías de seguros o de bancos, cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Contraloría General de la República.

"Los respectivos contratos de garantías forman parte integrante de aquél que se garantiza.

"La Contraloría General de la República, nos ha informado que está vigente la Resolución Reglamentaria No. 1810 de noviembre 19 de 1957 y en la cual consta la póliza matriz que en forma genérica recoge toda clase de garantías que otorgan las compañías de seguros sobre esta clase de contratos.

"Esta póliza dice en su primera Cláusula: *Amparo*. La Aseguradora ampara a la Nación contra el incumplimiento por parte del contratista a quien haya expedido certificado de seguro, de las obligaciones pactadas en los contratos que se celebren, los cuales forman parte integrante, en cada caso, del convenio del seguro.

"La aseguradora respondera a la Nación por el pago de todas las sumas que sean exigibles al contratista por razón del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato".

"Las observaciones hechas por la Auditoría de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, y con base en las cuales no se dió trámite a la cuenta de cobro presentada por el Contratista para el pago del anticipo, deben analizarse así:

"En cuanto al primer punto o sea la aprobación a la Inversión de $ 7'708.308.85 que debe impartir la Superintendencia Bancaria tenemos que: efectivamente, según el Decreto 2514 de 1975 por medio del cual se dictan normas para la aprobación y el registro presupuestal de los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas en sus artículos 4 y 5 dispone que la aprobación y el registro presupuestal de los contratos de ... las Empresas de Economía Mixta en las que la Nación posea más del 90% de su capital social *se hará ante el funcionario encargado de verificar y controlar la ejecución presupuestal cuando en dichos Establecimientos no exista División o Sección Delegada de la Dirección General de Presupuesto.* Una vez aprobado el contrato y efectuado el registro, así se le comunicará al respectivo Auditor.

"Y en su artículo 3o. del mismo Decreto afirma que "*si la División de Control previa de la Contraloría General de la República o la dependencia que haga sus veces encontraren que en el presupuesto de aprobaciones del respectivo año fiscal no existe partida a la cual pueda ser legalmente imputado el gasto que se proyecta realizar, o que éste es insuficiente o que existiendo ya está comprometida, así lo comunicará a la entidad contratante, caso en el cual la tramitación del contrato se suspenderá hasta tanto no se corrija el registro presupuestal conforme a la observación presentada por la Contraloría o la dependencia que haga sus veces*".

"No aparece en el expediente que tal partida o apropiación presupuestal hubiera existido, solo a folio 169 del Cd. No. 2 aparece el memorando No. 0337 de marzo 20 de 1978, firmado por el doctor Edgar García Mantilla, Subgerente Administrativo y con el V.B. del doctor Hugo Mazuera Erazo, Gerente General de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero donde se da cuenta de que la Honorable Junta Directiva de la Institución, por Acta 1840 de 28 de febrero anterior, autorizó al Gerente para ordenar adiciones y traslados presupuestales urgentes y necesarios para la buena marcha de las actividades de la Entidad y solicita el traslado de las partidas asignadas a las obras de Lorica y Bahía Solano, las cuales no se construirán en este semestre y señala el monto de las aprobaciones trasladadas.

"Lo anterior aunque no en forma expresa, da a entender que sí existió dicha aprobación presupuestal y al no haberse iniciado a tiempo la construcción del edificio fue destinada a otras obras urgentes.

"Pero en cuanto al segundo vicio señalado por el Auditor, o sea que las pólizas de seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual y Seguro Colectivo no estaban referidas a las Pólizas Matrices aprobadas por la Contraloría General de la República, requisito exigido en la Cláusula Cuarta del Contrato, es un vicio imputable al Contratista. Pero a su vez no era de tal magnitud que hiciera imposible la ejecución del contrato, por tanto, una vez echado de menos este requisito, el contratista ha debido proceder a subsanarlo y no precipitarse ante la jurisdicción contencioso administrativa a solicitar la resolución del contrato y la indemnización correspondiente, cuando no era lo procedente.

"Por tanto, y al no haberse prestado la sociedad contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, cual era la señalada en la Cláusula Cuarta, no podía instaurar la acción de resolución del contrato 754, a tenor del artículo 1546 del C.C. porque sabido es que es requisito indispensable para poder instaurar tal acción que el demandante tiene que haber cumplido en tiempo sus obligaciones.

"Conviene anotar que la actitud del contratista fue notoriamente negativa frente a los pequeños inconvenientes surgidos en la iniciación de las obligaciones contractuales. Pues las anomalías que se presentaron eran fácilmente subsanables, por el contrario el contratista no demostró interés alguno en continuar con la ejecución del contrato".

III

Para resolver, se considera:

1. Entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la Sociedad Jorge Torres Lozano Ingenieros Ltda., se suscribió el contrato No. 754, el 26 de octubre de 1978, cuyo objeto era la construcción del edificio para la Caja en un lote de terreno de su propiedad en la población de Lorica (Córdoba).

Al señalar el valor del contrato, su cláusula segunda fijó la suma de $ 1'703.308.86 y en la cláusula tercera se acordó que la Caja pagaría al contratista tal valor en la siguiente forma: un anticipo de dos millones trescientos doce mil cuatrocientos noventa y tres pesos ($ 2'312.493.oo) igual al 30% del valor total del contrato cuya entrega se condicionó al cumplimiento por el Contratista de las siguientes exigencias:

1o. Presentación de garantía de manejo de anticipo de fondos, equivalente al 30% del valor total, con una duración de 400 días calendario contados a partir de la iniciación de la vigencia del contrato (Cláusula 4a. lit. a).

2o. Presentación de garantía de cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas por el Contratista equivalente al 10% del valor total del contrato, o sea por $ 770.831, con una duración igual a la anterior (Cláusula 4a. lit. b).

3o. Seguro de Responsabilidad Civil por la suma de $ 800.000.oo para garantizar las indemnizaciones por concepto de daños a las personas, bienes o cosas, con una duración de 310 días calendario contados a partir de la iniciación de la vigencia del contrato (Cláusula 4a. lit. c).

4o. Seguro Colectivo, de que trata la cláusula décima tercera, que dice así:

"Décima Tercera. Régimen Laboral: El contratista se obliga a cumplir por su cuenta y a su costa, todas las leyes sociales vigentes, durante el desarrollo de este contrato, siendo de su cargo, el pago de todas las prestaciones sociales e indemnizaciones que aquellas establezcan a favor de los trabajadores que utilice en la ejecución de las obras, objeto de este contrato y contratar las pólizas de seguro de vida y contra accidentes y enfermedades, las cuales deberán permanecer vigentes hasta la entrega final de la obra a satisfacción de la Caja y tres (3) meses más".

5o. Programa general de la obra.

6o. Recibo de pago de la publicación en el Diario Oficial.

7o. Cuenta de cobro del anticipo.

TERMINO: Quince (15) días siguientes a la fecha de la firma del contrato, o sea a partir del 26 de octubre de 1978.

La cláusula cuarta, al regular las *GARANTIAS* que debía entregar el contratista, exigió su expedición por parte del Departamento de Seguros de la Caja, si ésta

aceptaba o podía otorgarlas y en caso contrario tendrían que ser expedidas por otra compañía de seguros, legalmente establecida y las pólizas se sujetarían a la póliza matriz de la Contraloría General de la República.

2. La Sociedad demandante fundamenta su pretensión en el incumplimiento de la Caja en el pago del anticipo, manifestando por su parte haber dado cumplimiento a las obligaciones a su cargo.

Como elementos de convicción para demostrar el extremo enunciado se aportaron en forma oportuna y regular, los siguientes:

a) Inspección Judicial practicada con intervención de peritos el 17 de julio de 1979; consta en la respectiva Acta y en relación con los requisitos relacionados en los ordinales 1 y 2 de esta providencia, que las pólizas ... "se *encontraban correctas* y por tanto, no era necesario dejar constancia escrita de ellas (sic), según apreciación hecha por el Departamento de Construcciones en un memorando remisorio enviado a la jurídica. (folio 20 vto. Cd. No. 2).

Quedó constancia, asimismo, del examen del memorando No. 01354 de 2 de julio de 1979 del Departamento de Construcciones de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en el sentido anotado. A folio 150, cuaderno No. 2, existe prueba documental auténtica que confirma lo antes dicho.

b) Para demostrar el cumplimiento del requisito que recoge el ordinal 3o. de la relación hecha en esta providencia, la parte demandante presentó con solicitud de prueba (folio 1 y s.s. Cd. No. 2) constancia de la Subgerencia Técnica de Seguros Alfa S.A. en relación con la expedición de la póliza No. 0473 a nombre de la entidad demandante por la suma de $ 800.000.oo y para una vigencia comprendida desde el 6 de noviembre de 1978 al 12 de septiembre del año siguiente, constancia que se acompañó con la póliza No. 0473 de la mencionada Cía. de Seguros, en fotocopia carente de autenticidad, pero que obra en el plenario en cumplimiento de la inspección judicial practicada, a folios 151, 152, 153 Cd. No. 2, y con el valor probatorio que les señala el inciso 2o. del artículo 254 del ordenamiento procedimental civil.

c) En relación con la garantía a que se refiere el ordinal 4o., existen las mismas pruebas anotadas precedentemente y visibles a folios 4 a 10 Cd. No. 2 y 154 a 159 del mismo cuaderno, ambas del 31 de octubre de 1978.

d) El programa general de la obra, como dice la demanda (Hecho 7 In Fine) se había presentado con la propuesta y fue allegado a los autos al practicar la inspección judicial (folios 137 y 138 Cd. No. 3 y 139 y 140 Cd. No. 2).

e) El recibo del pago de la publicación en el Diario Oficial del 30 de octubre de 1978 fue aportado durante la diligencia de inspección judicial y aparece a folio 148 Cd. No. 3 y 33 Cd. No. 1, lo mismo que la cuenta de cobro del anticipo que se ve a folios 147 del Cd. No. 3, con fecha noviembre 2 del mismo año.

3. Como consta en el proceso, después de haberse cumplido la etapa de formalización del contrato número 754 y cuando el contratista presentó la cuenta de cobro del anticipo, la entidad contratante, con vista en el oficio No. 013790 de 15 de noviembre de 1978, de la Auditoría General de la misma, se abstuvo de girar el correspondiente valor. Y, precisamente, ante esa circunstancia, es por la que se ha alegado el incumplimiento del contrato, es decir, de manera específica en lo que atañe al pago del anticipo, o sea, la suma de $ 2'312.493.oo. Entonces, para el demandante, la resolución deprecada, surge por la desatención que le endilga al contratante, que ubicado dentro

del contenido normativo del Código Civil, artículo 1546, es del siguiente alcance: "Pido que se resuelva el mencionado contrato y, se me indemnicen los perjuicios porque hubo incumplimiento por la otra parte del mismo, ya que, en cambio, cumplí con mis deberes a cabalidad.

Sin embargo, la posición de la entidad demandada contrasta, frontalmente, con la conducta del demandante. Sostiene, como quedó comentado, que el anticipo no se entregó, por la sencilla razón que no se habían otorgado las garantías sobre responsabilidad civil y colectivo, en los términos previstos en el contrato, de manera concreta en la cláusula cuarta, que dice:

GARANTIAS: El CONTRATISTA se compromete a constituir a su costa de LA CAJA y a satisfacción de ésta, garantías del Departamento de Seguros de LA CAJA, si ésta acepta o puede otorgarlas, de lo contrario, las garantías que a continuación se exigen tendrán que ser expedidas por otra compañía de seguros legalmente establecida y las pólizas serán con sujección a la póliza matriz de la Contraloría General de la República: a) una por valor de DOS MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS ($ 2'312.493.oo), que garantizará el correcto manejo del anticipo de fondos mencionado en la Cláusula Tercera, b) otra por SETECIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS ($ 770.831.oo), que corresponde al diez por ciento (10%) del valor total del presente contrato, para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraidas por EL CONTRATISTA en virtud del presente contrato, c) seguro de responsabilidad civil por la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS ($ 800.000.oo), que garantice las indemnizaciones por concepto de daños a las personas, bienes o cosas, d) el seguro colectivo de que trata la Cláusula Décima Tercera. Las anteriores garantías tendrán una duración de cuatrocientos (400) días calendarios para las dos primeras pólizas y de trescientos diez (310) días calendarios para las dos primeras pólizas y de trescientos diez (310) días calendarios para la responsabilidad civil, contados a partir de la iniciación de la vigencia del presente contrato y podrán ser renovadas a petición de la Caja con cargo a EL CONTRATISTA, e) antes de la cancelación por parte de LA CAJA del último contado del valor del contrato y dentro de los quince (15) días siguientes a la firma del "Acta de recibo final de obra", una garantía por un equivalente al trece por ciento (13%) del valor final y total de la obra por un término de tres (3) años, para garantizar con un diez por ciento (10%) el pago de las prestaciones e indemnizaciones del personal empleado por EL CONTRATISTA en la obra materia de este contrato. Esta póliza deberá ser entregada a LA CAJA una vez concluidas y recibidas las obras a entera satisfacción y como requisito indispensable para el pago del último contado. Los valores de todas las primas, renovaciones y ampliaciones y el de sus cancelaciones, en su caso, serán de cargo de EL CONTRATISTA. El valor de las primas de la póliza de cumplimiento cuando ésta sea expedida por el Departamento de Seguros de LA CAJA, se deducirá del valor del anticipo que se le otorgue a EL CONTRATISTA. En caso que el contrato se dé por terminado antes de su cumplimiento total, las garantías de estabilidad y prestaciones sociales serán por la parte de obra construida", y faltaban las apropiaciones presupuestales respectivas. O sea, que el contratista no cumplió con esa obligación, para lograr, recíprocamente, el pago del anticipo.

Y en esos términos, considera la Sala que se debe proceder a analizar la situación planteada por la entidad demandada, no solo por constituir un medio de defensa, sino porque sirve para sentar las conclusiones de rigor.

Todo contrato, es una ley para las partes, y solamente por causas legales o por voluntad de éstas se puede invalidar o destruir. Obviamente, que el contrato administrativo, está revestido de una serie de secuencias, que van más allá de la relación privada, en cuanto impone el cumplimiento de formalidades y formas, que no son de

uso o exigencia en los negocios entre particulares. La etapa de la licitación, del pliego de cargo, etc., son actos que las más de las veces han de atenderse para el nacimiento del nexo jurídico sustancial. También ocurre con ciertas cargas contractuales, como las garantías, que no son de frecuente empleo en la modalidad de los contratos privados.

Cuando un particular, por tanto, celebra un contrato de los llamados administrativos o privados de la administración, debe cumplir con todos los requisitos, unos formales y otros sustanciales que se señalan, bien en el pliego de licitaciones, y en el contrato mismo, ora por mandato expreso y a veces inalterable de la ley. No puede, pues, eludir esos formalismos, ni apartarse de las obligaciones especiales que contrae. Porque de ocurrir lo primero puede afectar la validez del negocio, y de presentarse lo segundo, derivar consecuencias sustanciales que hacen referencia directa con el incumplimiento del negocio jurídico. No puede negarse ni a lo uno ni a lo otro, sin asumir los efectos de su conducta.

Si en un contrato administrativo, se pacta, como ocurrió con el número 754, la cláusula en virtud de la cual el contratista, en este caso, el demandante, se obliga a prestar caución, debe hacerlo, pero no de manera simple, sino ajustando la garantía a los términos del documento contentivo de la voluntad de los contratantes, porque desde el momento mismo que suscribe el contrato, es para vincularse dentro del marco negocial, impuesto, precisamente, por los intervinientes en el acto. Salvo que se trate de cláusulas ineficaces o de imposible cumplimiento, que impidan su atención, porque se entraría en el ámbito del rechazo prudente de una voluntad expresada en condiciones que no permiten su aceptación, y que, al dejarse de cumplir, no afectará el negocio jurídico.

Todas, pues, las garantías, sin excepción, quedaron sujetas a que si no eran dadas por el Departamento de Seguros de la misma entidad contratante, podían otorgarlas otras compañías, pero con la advertencia que debían quedar sujetas a la póliza matriz de la Contraloría. Así lo aceptó el contratista. Luego, así debía cumplir con esa parte de la obligación. ¿O era, acaso, que la cláusula era ineficaz o de imposible cumplimiento? Estima la Sala que no, si se tiene de presente que el artículo 58 del Decreto 150 de 1976, bajo cuya vigencia se celebró el contrato No. 754, establece que "las garantías podrán consistir en fianzas de compañías de seguros o de bancos, cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Contraloría General de la República".

Las observaciones, entonces, de la Auditoría, aceptadas por la entidad contratante, de la falta de la constancia de sujeción a la póliza matriz de la Contraloría, estaban ajustadas, tanto al contrato, como a la ley. Y qué conducta procedía, a partir de ese momento: sencillamente, por ser una obligación a cargo del contratista, obtener la correspondiente constancia o lograr, como lo intentó la entidad demandada, suprimir, a través de un otro sí, esa obligación. Pero mientras, la cláusula cuarta no fuera modificada, formaba parte del contrato, y, por ende, era, así mismo, parte de la ley, que regía las relaciones de los contratantes.

¿Si la sociedad demandante, no cumplió con entregar las pólizas de la Compañía Alfa, en las condiciones determinadas en el contrato, podía exigir el anticipo? No, por cuanto éste, como está consignado en el documento negocial, debía suministrarse al agotarse esta etapa del contrato, en los términos previstos en el mismo. Y apuntadas así las cosas, tampoco podía demandar la resolución. Reza la cláusula tercera del contrato: "LA CAJA pagará a EL CONTRATISTA el valor del contrato de la siguiente manera: Un anticipo de DOS MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS ($2'312.493), igual al 30% del valor total del contrato, una vez que el Contratista haya presentado las garantías de manejo de anticipo de fondos, cumplimiento y seguros de responsabilidad civil y colectivo, el programa general de obra y el recibo de pago de la publicación en el Diario Oficial.

Por eso, el artículo 1546 predica que la resolución la puede pedir el contratante que ha cumplido con su obligación, y exigir perjuicios. El que se encuentra en estado de incumplimiento, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia de Casación Civil, de 7 de diciembre de 1982, puede intentar la acción resolutoria, siempre y cuando el otro contratante también permanezca en idéntica situación, pero sin poder reclamar indemnización alguna.

El ejercicio del derecho alternativo que surge de un contrato bilateral, en cualesquiera de sus manifestaciones, cumplimiento o resolución, supone, para el que lo intenta, la atención o realización de las prestaciones que, en ese momento se deriven de la ejecución del negocio jurídico. Por eso el Código Civil consagra, en su artículo 1546, la condición resolutoria tácita, como factor de aniquilamiento del acto en que descubra que la tutela del interés del acreedor se ha quebrantado, siempre y cuando no existan causas extrañas que impidan la realización de ese interés o que, por parte, del otro contratante no se ofrezca ningún hecho que afecte el cumplimiento del deber contractual.

De ahí que el artículo 1609, de manera particular enuncie que ningún contratante (de un contrato bilateral) se coloque en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. La conservación de los derechos, guarda estrecha relación con el cumplimiento de sus deberes. Los caracteres del incumplimiento deben ser considerados en relación con los términos del contrato y con las obligaciones que se contraigan, por cuanto no siempre pueden reportar las mismas consecuencias. Aquellos compromisos insignificantes o intrascendentes, en el desarrollo de un negocio jurídico, no alcanzan a tener la misma connotación, que cuando se trata de aspectos obligacionales, de especial significación, que inciden en la ejecución del contrato, y, por suerte, permiten su resolución.

¿Cuáles eran las obligaciones a cargo del contratista demandante al momento en que se presentó, para su pago, la cuenta de cobro? Precisamente, se destacan, para el caso en estudio, las incluidas en las cláusulas tercera y cuarta del contrato, entre las que se cuenta el otorgamiento, con las formalidades legales, de las garantías, en póliza, sobre responsabilidad extracontractual y su presentación para la entrega del anticipo. ¿Y si ese era su deber, y no lo atendió, podía exigir que se le pagara la cuenta presentada? En verdad, no, porque su conducta, para ese momento, de deudora de una obligación de hacer, no se ajustaba a los términos del contrato. Su actividad, por tanto, para tener margen de exigir la destrucción del vínculo jurídico, ha debido ser normal, es decir, en un todo acorde con la realidad negocial.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de los 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 Valencia Arango, Presidente Sección. **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo Suescún Monroy,**

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— PETICION DE INDEMNIZACION SIN SOLICITAR, COMO PETICION PRINCIPAL, LA RESOLUCION O EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.— Si es dable intentar la acción de resarcimiento sin invocarse la resolución, en atención a la índole del contrato, por una parte, y por otra a la situación creada por las partes contratantes, y en especial, frente al plazo acordado.

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA.— Características. Condición resolutoria. Plazo. Incumplimiento: Por el contratista y/o por la Administración: Consecuencias.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— FECHA DEL DOCUMENTO EN QUE SE OTORGA. Un contrato no se determina, en sus efectos sustanciales, alrededor de la fecha que se incorpore en el documento. No. Es la expresión de voluntad la que sirve de motor impulsor del negocio. Si el documento se otorga en un determinado momento, por quien puede válidamente, obligar a la entidad representada, sea cualquiera que fuera la fecha que se registra, hay que tener, en orden de prevalencia jurídica, la manifestación integral de las voluntades, para hacerle producir los efectos deseados.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., febrero nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 2903.
Actor: **Clodoveo Londoño Barajas.**

Cumplido el trámite correspondiente se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta;

I

En demanda presentada el 6 de febrero de 1978, el apoderado del doctor Clodoveo Londoño Barajas, solicitó:

"1. Se condene al Departamento del Meta a pagar al Contratista, Clodoveo Londoño Barajas la indemnización que por incumplimiento del Contrato de ejecución de obra pública del 19 de agosto de 1974, se determina en la suma de $ 977.140.54 equivalente al 28% del valor total del contrato.

"2. Se condene al demandado al pago de los perjuicios (graves e injustos) inferidos a mi cliente tanto de carácter material, daño emergente y lucro cesante que los estimo en la suma de $ 500.000.oo como los de carácter moral que los estimó en un mínimo de $ 30.000.oo.

"3. Subsidiaria de las anteriores y en el evento de que no prosperare la condena se formule, entonces en abstracto, para que los perjuicios materiales y morales se regulen por incidente separado al tenor de lo previsto en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el artículo 282 del C.C.A.".

Los hechos los expuso el actor del libelo así:

"1. El 19 de agosto de 1974 se celebró el Contrato de Obras Públicas —sin número— entre mi poderdante en su calidad de Contratista y el Departamento del Meta para la Construcción de obras de la Cárcel del Circuito Judicial de San Martín. Contrato que obtuvo mi representado por haber participado y resultado favorecido con la correspondiente adjudicación dentro de la licitación No. 06 de 1974 cuyo resultado se consignó en Acta de la Junta de Adjudicaciones del 19 de julio de 1974.

"2. El departamento manifestó: "Que el Ministerio de Justicia ha situado en el Departamento los fondos apropiados en el Presupuesto Nacional para la construcción de esta cárcel. (V. Cl. 3a. del contrato referido).

"3. Mi cliente cumplió todas sus obligaciones contractuales tales como constitución de póliza de cumplimiento, timbre del contrato, publicación. etc., inclusó instaló personal calificado, adquirió materiales e implementos necesarios a la oportuna ejecución de la obra contratada (V. Cl. 12).

"4. El citado contrato se pactó según la modalidad de precios unitarios.

"5. Mi cliente ha estado permanentemente dispuesto a cumplir con el contrato, no obstante no haber recibido el anticipo pactado, equivalente al 25% del valor del contrato, instaló y ha mantenido campamentos y ha recatado del Departamento el cumplimiento del contrato, pero no habiendo hasta la presente la dicha entidad resuelto ninguna de sus peticiones en tal sentido, se ve obligado a formular la presente demanda en defensa de sus legítimos intereses patrimoniales.

"6. El término del contrato (V. C. 11a.) era originalmente de 10 meses contados a partir del 19 de agosto de 1974, o sea hasta el 18 de junio de 1975 y su vigencia se entendió a la duración de la obra y desde la legalización del contrato. Por consiguiente el Departamento al no entregar fondos y no permitir la ejecución de los trabajos contratados mantiene a mi cliente en grave dificultad económica y profesional, pues no puede abandonarlos sin grave quebranto de su seriedad y reputación profesionales. Situación violatoria del contrato, de la equidad y de la ley que no merece padecer mi representado.

"7. El Departamento no ha impuesto multas a mi cliente por incumplimiento del contrato, tampoco ha decretado la terminación unilateral del mismo o decretado la caducidad. Mal podría hacerlo, pero se anota oportunamente como un hecho de importante significado procesal.

"8. Mi poderdante ha sufrido lucro cesante, daño emergente como perjuicios materiales según las cuantías arriba indicadas, por el incumplimiento del Departamento, al no permitirle la ejecución del contrato y al no cumplir con el suministro de fondos pactados para el mismo. Igualmente padece quebranto moral. Todos ellos deben serle indemnizados, según lo dicho.

"9. La Contraloría General de la República aprobó las pólizas de seguros presentadas por mi representado para garantizar el cumplimiento del contrato citado y la correcta utilización del anticipo. Anexo copia de la carta No. 380—2 JF 928333 del 9 de septiembre de 1974 numeral 380—2 firmado por Enrique Villarreal Sarasty — Jefe División — Dependencia Servicios Fiscales y Finiquitos de la Contraloría General de la República cabalmente demostrativa de lo dicho.

"10. Según la documentación que me ha entregado mi representado (la cual acompaño) y sus informes son causas de diferentes políticas entre ex-gobernadores del Departamento las que motivan el incumplimiento del contrato por parte del Meta".

Como disposiciones violadas se invocó el artículo 30 de la Constitución Política y los artículos 1502, 1603, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1617, 1618 y 1620 del Código Civil; y 19, 21, 25, 49, 55, 68, 69, 72, 78, 101, 179, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 del Decreto 150 de 1976.

II

Tramitado el proceso, el Tribunal Administrativo del Meta profirió, con fecha 13 de diciembre de 1979, fallo condenatorio en los siguientes términos:

"1o. Condénase al Departamento del Meta, a pagar al sub-contratista, arquitecto Clodoveo Londoño Barajas, los perjuicios materiales y morales, que le fueron causados, por el incumplimiento del contrato de ejecución de obra pública del 19 de agosto de 1974, de acuerdo a lo analizado en los considerandos de este fallo.

"2o. Fíjase la suma que el Departamento del Meta debe pagar al arquitecto Clodoveo Londoño Barajas, por concepto de perjuicios morales y materiales, de acuerdo al numeral anterior, en la suma de un millón doscientos noventa y siete mil cincuenta y tres pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 1'297.053.54) moneda corriente, suma ésta que si no fuere cubierta por el Departamento dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo, devengará el interés legal del 24% anual hasta cuando se haga efectiva.

III

El señor Fiscal del Consejo de Estado en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia apelada en cuanto al numeral 1o. y la modifique en su numeral 2o. Más adelante, se transcribirán los apartes pertinentes del concepto fiscal.

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Antes que todo se debe hacer precisión sobre la índole de la acción instaurada, en procura de la inteligencia de asunto controvertido, y, por consiguiente, de los alcances de la pretensión.

Como quedó narrado, el doctor Clodoveo Londoño Barajas, demandó al Departamento del Meta, para el pago de perjuicios por el incumplimiento de un contrato de obra celebrado el día 19 de agosto de 1974.

Es decir, la demanda de reconocimiento y pago de los supuestos perjuicios se hizo con fundamento en que el Departamento del Meta incumplió el mencionado contrato, sin invocar para ello, la acción resolutoria que permitiera, previamente, el aniquilamiento del negocio jurídico respectivo. Es, por tanto, una acción directa de carácter indemnizatorio, que tiene su fuente en un vínculo contractual.

¿Y ello es posible? ¿Se puede, acaso, separar, la indemnización de perjuicios de la acción principal, que frente a la preceptiva del artículo 1546 del Código Civil sería la de resolución, que como es sabido es de recibo y aplicación en materia de contratación con la administración? Ciertamente, en principio, no es viable intentar la condena de perjuicios, con prescindencia de la acción que permita la destrucción del contrato, puesto que el resarcimiento del daño debe tener una relación directa con el mismo: o se resuelve y, por tanto, se destruye el nexo, o se mantiene, mediante la pretensión del cumplimiento. Así lo predica la norma citada. Y así lo ha estimado tanto el Consejo de Estado, como la Corte Suprema. Veamos:

Dijo esta Corporación en sentencia de 6 de septiembre de 1974: "El anterior análisis se ha hecho para mejor inteligencia del problema, pero la tesis de fondo en la cual la Sala quiere apoyar su decisión, se expone a continuación, teniendo en cuenta lo dicho al principio de esta sentencia al iniciarse la parte considerativa, y la tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia según la cual las reglas del derecho civil son aplicables a los contratos administrativos en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de este tipo de contratos llamados por algunos de servicios públicos. Con este criterio, pues se va a examinar la aplicación del artículo 1546 del Código Civil al caso de autos, ya que esta es la acción propuesta en la demanda.

Es sabido que este precepto consagra dos acciones alternativas principales, a elección del demandante: la de resolución del contrato o la del cumplimiento del mismo, y en ambos casos, como secuela de una de tales declaraciones, con indemnización de perjuicios. Con fundamento en este artículo, o mejor, en ejercicio de las acciones consagradas en él, no es posible obtener la indemnización de perjuicios aisladamente, pues ésta va atada a la suerte que corra la acción principal escogida. Por consiguiente, si no se declara la resolución del contrato, o no se ordena su cumplimiento no puede haber condena o indemnización alguna.

Y por su parte la Corte Suprema de Justicia, sostuvon en sentencia de 9 de marzo de 1961, lo siguiente:

"Establece el artículo 1546 del Código Civil dos acciones principales alternativas; o la resolución o la ejecución del contrato, y una accesoria que, por naturaleza, sólo puede ejecutarse como consecuencia de la principal que se postula: la de resarcimiento. Este resarcimiento es apenas un efecto de la acción invocada como principal, por lo cual no puede proponerse independientemente, sino solo en calidad de accesoria. Así se infiere del texto de la disposición citada, que no habla de tres acciones principales sino de dos, de carácter alternativo. Ni podría ser de otra manera, pues, tratándose de responsabilidad contractual, es conocimiento de la suerte definitiva de la convención, cuando no aparecen extinguidas las obligaciones recíprocas correlativas de las partes es premisa indispensable para la apreciación del daño causado con la infracción, ya que ese daño no puede ser el mismo cuando el contrato está destinado a ejecutarse, que cuando no lo está.

En otra providencia dijo la Corte en relación con este punto lo siguiente:

"De acuerdo con la ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas".

Empero, todas esas reflexiones, frente al caso *sublite*, deben tener una proyección particular, que permite a la Sala concluir que si es dable intentar la acción de resarcimiento sin invocarse la resolución, en atención a la índole del contrato, por una parte, y por la otra a la situación creada por las partes contratantes, y, en especial, frente al plazo acordado, que como se precisará más adelante, ha de tener una incidencia en este caso.

El contrato de obra tiene entre sus características el de ser, por lo general, de ejecución sucesiva, es decir, de aquellos en que las obligaciones se han de cumplir

periódicamente. La realización de la obra y el pago de la misma, suelen no atenderse en un solo acto, sino a través de permanentes conductas de las partes. Y, como es obvio, los actos de los contratantes deben ajustarse a lo pactado en el negocio. Si se ejecutan en condiciones normales, se operará el cumplimiento. De no ocurrir ésto, devendrá la desatención, que permite su terminación, que, en desarrollo de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil, se llega con la declaración judicial.

Sin embargo, en un contrato de obra, de carácter administrativo, juega un papel importante, el plazo, o sea, el término que señalen las partes para la ejecución y entrega del objeto de la prestación, con las consecuencias, posteriores, del pago del saldo del precio, que es frecuente diferir al cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Pues bien: si el contratista no cumple con la entrega, el contratante cuenta con instrumentos idóneos para lograr, no solo que ese hecho se produzca sino que, también pueda hacer uso de determinadas prerrogativas, como las de imponer multas.

Y cuando es la administración la que durante el término o plazo del contrato es la que incumple, que ha de ocurrir? Durante ese período, como es natural, puede el contratista, exigir el pago de los perjuicios, previa resolución o terminación del contrato; pero si el contrato se encuentra vencido, se ha de considerar que está extinguido, cuya terminación no ha de deprecarse, sino tan solo, la reclamación de los perjuicios. Es decir: la extinción del plazo, confiere, asimismo, la del contrato, para los efectos del resarcimiento del daño por el incumplimiento del contratante.

Todo esto, se hace relevante, en el *sublite*, puesto que la administración una vez celebrado el contrato, mostró conductas que estaban muy lejos de querer la ejecución del convenio durante el plazo acordado para la realización de las obras, y mucho menos, después de vencido dicho plazo. Ahora bien, si el demandante accionó, después de vencido el plazo, lo hizo cuando el contrato estaba extinguido por fuerza de las circunstancias que impidieron su ejecución normal e imputable al demandado. Y, por tanto, sí era conducente reclamar al pago de los perjuicios, por incumplimiento del contrato. Constan para corroborar lo dicho, que el contrato se suscribió el 19 de agosto de 1974, que el plazo convenido fue el de diez meses calendario (cláusula décima primera) contados a partir de la legalización y que la demanda se presentó por fuera de esa fecha, 6 de marzo de 1978.

Entonces, la demanda reúne la forma debida, como aptitud sustantiva para que pueda ser desatada en el fondo, como lo hizo el Tribunal Administrativo del Meta en la sentencia apelada.

2. Frente a las pretensiones del actor, la entidad demandada propuso dos puntos de defensa: 1) "Falta de representación del suscriptor del documento de fecha 19 de agosto de 1974, que contiene el contrato cuyo incumplimiento es el fundamento de la acción incoada, de parte del Departamento del Meta; 2) Invalidez o ineficacia del contrato cuyo incumplimiento sirve de base de la acción". Pertinente, pues, entrar a analizar cada uno de estos aspectos de excepción, para presentar, por último, las consecuencias de la demanda y enderredor de las pruebas aportadas al proceso.

La entidad demandada, a través del apoderado judicial, expuso: "El 15 de agosto de 1974, fecha en que se suscribió el documento de contrato supuestamente celebrado entre el Departamento del Meta y el demandante Clodoveo Londoño Barajas, el Gobernador del Departamento era el doctor Guillermo León Linares y sin embargo el contrato está suscrito por el doctor Julio Guevara Castro quien expresa actuar como Gobernador del Meta sin tener tal carácter, o sea que hay una falsa representación".

No puede menos que sorprender que un documento, contentivo de un contrato de obra, puede aparecer firmado por quien no tenía la calidad suficiente para hacerlo, más concretamente la de gobernador del Departamento del Meta, o sea de la entidad contratante. Lo cierto, es que el contrato está firmado por Julio Guevara Castro, con antefirma y sello de la Gobernación del Departamento del Meta. Y este solo hecho hace presumir efectos de validez y legalidad del acto en lo que atañe a la manifestación de voluntad que en el documento se recoge. Hay que entenderlo expedido por funcionario competente y ajustado a la ley. Solamente, puede vulnerarse por los medios idóneos, en este caso, mediante la declaratoria de nulidad. Mantiene, por tanto, toda la fuerza vinculante al negocio jurídico que está amparado de esa presunción, por contener un acto administrativo, que goza de esa prerrogativa.

Y como es lógico, esa presunción de legalidad, le permitía al contratista desarrollar los restantes actos encaminados a cumplir con todas las formalidades del contrato y, así mismo, su ejecución. Es que la firma y los sellos que se hacen visible en el contrato, no pueden ser desconocidos, so pretexto de que quien lo hizo se arrogó de una calidad que no estaba revestido. Esto para la Sala resulta inadmisible. No se trata de cualquier clase de funcionario. Es, nada menos, que el Gobernador de un Departamento, que merece, por ende, aceptación. Sin embargo, es fácil entender la curiosa circunstancia anotada; que el contrato se firmó, pero la fecha, que como bien se puede observar, no corresponde a la misma máquina que se utilizó para elaborar el contrato, se hizo con un fechador, y en día distinto y posterior, cuando ya no ejercía las funciones de Gobernador la persona que aparece suscribiéndolo, sino otro.

Pero algo más, un contrato no se determina, en sus efectos sustanciales, alrededor de la fecha que se incorpore en el documento. No. Es la expresión de voluntad la que sirve de motor impulsor del negocio. Si el documento se otorga en un determinado momento, por quien puede, válidamente, obligar a la entidad representada, sea cualquiera que fuera la fecha que se registre, hay que tener en orden de prevalencia jurídica, la manifestación integral de las voluntades, para hacerle producir los efectos deseados.

Y, además, tal como lo destacó el Tribunal Administrativo del Meta, en la sentencia apelada, la providencia del Procurador Delegado para la Contratación Administrativa, sirva para hacer claridad sobre el particular.

Dice la mencionada providencia, y que por su importancia merece ser transcrita nuevamente, calendada el 4 de marzo de 1974: "7o. El conjunto de pruebas recogidas en la investigación demostró en forma suficiente y aceptable que, la actualización del doctor Julio Guevara Castro en su condición de Gobernador y en relación con el contrato antes dicho se ajustó a las disposiciones de orden administrativo y legal.

"Resultó así demostrado que, cuando el doctor Guevara Castro suscribió dicho contrato, desempeñaba las funciones de Gobernador del Meta, como quiera que con su firma había llegado al Despacho del Ministro de Justicia, para su aprobación, cuando desempeñaba dicho empleo el doctor Guevara Castro, y muchos días antes de aquel en que tomó posesión de su cargo el nuevo Gobernador del Meta, doctor Guillermo León Linares.

"De donde se concluye que, una fue la fecha en que el doctor Guevara suscribió el contrato, cuando aún era Gobernador del Departamento del Meta, y otra posterior, aquella en que lo aprobó el señor Ministro de Justicia que sustituyó al doctor Jaime Castro.

Queda, pues despejado, por completo, este aspecto de impugnación de la entidad demandada, por cuanto al momento de firmar el contrato el doctor Julio Guevara Castro, sí tenía la representación del Departamento del Meta, no obstante que para la fecha que se incorporó en el documento no lo era.

Frente al segundo reparo, el apoderado de la entidad demandada acató:

"Queda plenamente demostrado con pruebas de toda eficacia legal, que el aludido documento de agosto 19 de 1974 que se aduce como prueba de la existencia del contrato administrativo cuyo incumplimiento es el objeto de la acción, no obliga al Departamento del Meta porque no fue celebrado ni suscrito por su representante legal en ese momento que lo era el Gobernador del Departamento doctor Guillermo León Linares conforme al ordinal 4o. del artículo 194 de la Constitución Nacional, quien además debía estar autorizado por la Asamblea Departamental conforme al numeral 10 del artículo 187 de la Constitución Nacional.

Además para la validez del referido contrato conforme a su cláusula vigésimaquinta se requería la aprobación del Ministro de Justicia, y esta aprobación legalmente no existe, puesto que fue invalidada por acto del mismo Ministro, acto que hasta la fecha no ha sido declarado ineficaz por la justicia administrativa y por consiguiente mantiene su fuerza legal".

Anteriormente, se hicieron las precisiones sobre uno de los argumentos de la excepción de ineficacia o invalidez del contrato, en cuanto atañe a que el contrato fue celebrado por quien ostentaba la calidad de Gobernador, a pesar de la anotación de fecha distinta y posterior. Y qué ha de pasar con la expresión puesta al pie del contrato original por el Ministro de Justicia, el 21 de octubre de 1974, de que el contrato carecía de valor legal por cuanto fue firmado porque no era el representante legal? Previo, el análisis de los alcances de esta anotación al contrato, procede observar que el contrato aportado por el demandante, en copia a máquina pero que probatoriamente sirve de original, tiene el sello de la firma del Ministro, a manera de ratificación, sin reparo alguno. Y el original (folio 16 de los documentos anexos por el Departamento) recoge la firma del Ministro de Justicia y el sello respectivo. Es decir, tiene toda la forma de legalidad y validez, por cuanto recoge la voluntad requerida para esos efectos. Y en ese orden de ideas, ese primer acto también está amparado de la presunción de legalidad, que no puede ser modificado, sin formula alguna, por conducta posterior en sentido contrario. A partir de la anotación inicial de aprobación ministerial, se le imprimía al contrato todo el grado de eficacia, para vincular, plenamente a las partes contratantes. Por eso bien advierte el *aquo*: "El señor Ministro de Justicia no podía de propio declarar sin valor la aprobación que ya le había otorgado al sub-contrato, pues con la aprobación se le había agotado su función en él. Si el señor Ministro, con base en las alarmantes notas del Gobernador Guillermo León Linares, consideró que podían existir graves fallas en la formación de contrato, ha debido acudir a los órganos respectivos de la Procuraduría General de la Nación y del Contencioso Administrativo y en acción de nulidad pedirla para el sub-contrato, pues sobradamente lo debe saber el ex-Ministro Santofimio Botero, que las facultades de los funcionarios públicos son regladas y sólo les es permitido hacer lo que la ley les ordena. Es el Juez del contrato el que debe pronunciarse sobre la nulidad, cualquiera que sea la nulidad invocada. A este respecto dice ANDRE DE LAUBADERE: "Es obvio que el particular contratante no puede proceder a una tal constatación (la de nulidad) pero es lo mismo para la Administración; esta no podía sustituir al Juez para pretender anular el contrato irregular ni aún para declararlo resuelto apoyándose sobre el motivo de su irregularidad, UNA TAL RESOLUCION SERIA ABUSIVA".

Algo más: la incorporación inicial de la aprobación del Ministro de Justicia, le imponía al documento toda la fuerza requerida para su validez, que, inclusive, puede

ser estimada por fuera de la presunción, para entrar en el ámbito de un supuesto contractual inmediato, no susceptible de modificación por acto posterior, ya que el funcionario público, por alto que sea su cargo, no le está permitido recoger o improbar una firma, que en los términos del contrato en comento, tenía la virtud de revestirlo de plena validez.

Entonces, el contrato de obra celebrado entre la Gobernación del Meta y el demandante Clodoveo Londoño Barajas, que aparece a los folios 2 a 15 del cuaderno 1, reune a cabalidad los supuestos de validez de que trata la cláusula vigésima quinta en cuanto a la aprobación impartida inicialmente por el Ministro de Justicia. No procede, pues, reparo alguno. Y los otros requisitos, también consignados en la mencionada cláusula se recogen con plenitud, dentro del proceso.

El contrato, de acuerdo a lo comentado y a lo abservado por el Tribunal Administrativo del Meta, estaba llamado, a producir todos los efectos, por haberse cumplido con todos los requisitos señalados en el documento negocial. Fluye de los dicho, que la actitud del Departamento del Meta, después de celebrado el contrato, denota una inequívoca posición: no querer sus efectos y, por tanto, su cumplimiento, que lo llevó a su desatención.

Igualmente, por la expiración del plazo, tal como se precisó atrás, que origina una extinción del contrato.

3. Ordenadas las cuestiones debatidas en lo que compete a la representación legal de la persona que suscribió el contrato como Gobernador del Meta y a la validez del mismo, el incumplimiento, como también se advirtió, surge con inocultable realidad por parte del contratante, que aferrado a discusiones formales del negocio, lo llevó a no pagar o entregar el anticipo, como estaba obligado, según la cláusula 15 del respectivo documento, y, por consiguiente, a desatender los actos posteriores de ejecución.

Ante ese comportamiento del contratante, se aprecia la del contratista, que, con arreglo a lo convenido, dio comienzo al contrato, mediante actos propios del cumplimiento. Bien anotó el Tribunal las consecuencias de la actitud de las partes: "Por eso, el derecho administrativo, que es un derecho de equilibrio, ha creado compensaciones a favor del contratista, y el severo control judicial a que ellas están sometidas.

"El destacado tratadista argentino Miguel S. de Murienhoff hace una lista de derecho del contratista así: "derecho a que la administración pública cumpla sus obligaciones, derecho a percibir el precio correspondiente en la forma aceptada o establecida para estos supuestos, derecho a suspender la ejecución del contrato, derecho a ser resarcido cuando la extinción del contrato obedezca razones de oportunidad, mérito o conveniencia, derecho al mantenimiento del equilibrio financiero, y derecho en fin, a que la Administración Pública reciba la obra de acuerdo a lo estipulado en los pliegos de condiciones a lo establecido en la ley".

Héctor Jorge Escola, en su obra "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", resalta la finalidad del interés público del contrato administrativo, lo cual lleva al contratista a proceder en forma en que no actuaría dentro de un contrato privado. Por esta circunstancia de la finalidad si la administración tiene una situación de supraordinación, y tiene poderes exhorbitantes, debe proceder también prestando apoyo, dentro de los límites legales y convencionales, a su contratante, para que este pueda cumplir lo de su cargo. "La Administración, dice Escola, a ese fin, debe actuar con ponderación y equilibrio, aquilatando cada circunstancia correctamente y teniendo en

cuenta que por encima de cualquier otro interés, predomina la satisfacción del interés público, que requiere el normal cumplimiento de las relaciones contractuales administrativas".

Se han hecho estos comentarios y se han traído estas citas relacionándolas con la actividad desplegada por el ex-gobernador Linares, no un ánimo inquisidor, ni como personas que estén juzgando su conducta frente al hecho cumplido que se está tratando, sino para resaltar más bien, en qué consiste el verdadero interés público, y cual es la filosofía que inspira la contratación administrativa, en cuanto respecta al celo de los funcionarios, para que la obra se ejecute, y no como en el caso presente, a que la obra no se ejecute.

Entonces, la actitud asumida por el contratante, que se repite, determinó su incumplimiento, ofrece una consecuencia indiscutible, resarcir los perjuicios al contratista. Y cuál debe ser su monto? Como punto de partida ha de tenerse en cuenta al dictámen pericial, visible a folio 23 del cuaderno 2, con su correspondiente adición, folio 31 del mismo cuaderno, y sobre los cuales la Fiscalía del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, formula reparos que esta Sala comparte, y que dice:

Del dictamen pericial visible a folio 23 del cuaderno No. 2, rendido por los doctores Miguel A. Pardo Sánchez y Carlos Aguirre Ramírez, adicionado posteriormente (folio 31 del mismo cuaderno), y del cual se corrió traslado a las partes y se pagaron los honorarios respectivos, y con base en el cual se cuantificaron dichos perjuicios se desprende:

a) El valor de la inversión realizada por el señor Clodoveo Londoño Barajas fue estimada por los peritos en la suma de $ 289.973.oo y aceptada así por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta. A este respecto vale la pena afirmar que dicha suma no está de acuerdo con la real inversión realizada por la parte actora, ya que según afirman los peritos (folio 25 C. No. 2). *Los precios que se tuvieron en cuenta para algunas obras fueron los mismos que el arquitecto Clodoveo Londoño Barajas puso en la licitación que le fue adjudicada y los precios que allí no están contemplados, se sacaron de la época en que se hicieron las obras, con personas vinculadas al comercio de la construcción*, pero en la aclaración al dictámen visible a folios 31 del mismo cuaderno, afirman al responder a la pregunta: DIGAN ENTONCES LOS SEÑORES PERITOS, ACLARANDO EL DICTAMEN, CUAL ES EL PRECIO DE TALES ELEMENTOS Y MATERIALES INCORPORADOS A LA OBRA, A LOS PRECIOS DE HOY? Respuesta: *Los precios que se pusieron para algunas de las obras fueron los contemplados en la licitación, pero los precios de las carretillas, picas, palas, alambre y estructura del campamento, etc., son los precios actuales*; ejemplo, las carretillas fueron compradas a $ 750.oo y en nuestro dictamen quedaron cotizadas a ($ 1.500.oo) cada una, las picas y palas fueron compradas a razón de $ 68.oo y $ 108.oo respectivamente, y en nuestro dictámen se cotizaron a $ 170.oo cada una, (ver folder 5 folio 22) estos son los precios actuales.

Los datos que pusimos de $ 1.500.oo para las guaduas *fueron aproximados*, pero en los recibos de compra de materiales del contratista solo figura un recibo firmado por el señor Alfredo Gutiérrez por valor de $ 7.500.oo correspondiente a 7 viajes de guadua para esterilla y 4 viajes de parales, (ver folder 2 folio 117) y *en nuestro informe, nosotros evaluamos la guadua para esterilla y parales en la suma de $ 45.000.oo* (se subraya).

En lo relativo a las horas de buldózer no encontramos ningún recibo en que figuren 100 horas y además el trabajo del buldózer está representado en los precios de excavación, descapote, vía de acceso, etc. Un buldózer D 6 durante 100 horas puede remover

tierra de 35 a 40 metros cúbicos hora, es decir, una cantidad de trabajo muy superior a la realizada. El precio de $ 250.oo hora *lo tuvimos en cuenta cuando se calcularon los precios de las obras realizadas* (se subraya).

Lo anterior nos indica claramente que la suma señalada como tal de la inversión no corresponde a la realidad, pues para ello sería indispensable haber señalado dichos precios con un sistema base y no emplear como lo hicieron los peritos el precio presentado en la licitación; el señalado por personas vinculadas a la construcción para la época en que se realizaron las obras, y el precio al momento de emitir el dictamen los peritos.

Tampoco podría entonces tomarse la suma de $ 70.000.oo que señalan los peritos como correspondiente a los materiales de construcción y otros elementos de fácil recuperación como real, por las mismas razones señaladas para la inversión.

Es necesario advertir además, que los señores peritos en la parte final de su complementación al dictámen afirman: "En cuanto a los perjuicios sufridos por el contratista arquitecto Clodoveo Londoño Barajas, podemos manifestar lo siguiente: En la suma calculada de la inversión realizada que se presentó en el informe pericial o sea la suma de $ 289.973.oo, *está incluida ya la utilidad normal* para esta clase de obras y los intereses de la inversión estimados en $ 237.777.86, pueden tomarse como el reajuste apropiado".

Esto nos indica que si en la suma tomada como inversión realizada o sea $ 289.973.oo está incluida la utilidad normal para esta clase de obras, no puede reconocerse sobre dicha suma un interés adicional señalado en $ 237.777.86 por cuento esto implicaría un doble pago, o un doble ajuste.

2. En cuanto al lucro cesante, se tiene que este consiste en la utilidad que el contratista esperaba obtener con el contrato y fue fijada por el Tribunal en un 20% sobre el valor total del contrato. A este respecto, conviene tener en cuenta lo afirmado por los señores peritos en su adición de 17 de agosto de 1978, folio 31 Cd. No. 2.

".....

"Lo que sí consideramos necesario aclarar es que si el contratista hubiera realizado la obra con el Departamento, la utilidad líquida sería del 10% del valor del contrato, o sea la suma de $ 488.570.28 ya que para este tipo de obras, se acostumbra a cobrar el 25%, pero incluyendo gastos de administración 18% e imprevistos 5%. *Como estos últimos no los hubo, la utilidad sería como decimos antes del 10% del valor del contrato".* (se subraya).

"La Fiscalía encuentra que el valor del lucro cesante deberá por tanto señalarse en el valor indicado por los señores peritos o sea la suma de $ 488.570.oo".

Comoquiera que el Tribunal Administrativo del Meta, incluyó, por concepto de daños morales, la suma de $ 30.000.oo, es del sentir de esta Sala, que en el presente proceso no es del caso tener en cuenta valor alguno por ese concepto, por cuanto la afectación de índole moral, no se acreditó, como era de rigor, entratándose de una relación estrictamente contractual.

De conformidad con los criterios anteriores, se pueden determinar los perjuicios en la siguiente forma:

a) **En cuanto al daño emergente:**

1. Se hace indispensable modificar los literales a) y b) del ordinal 9o. del peritazgo para fijar en $ 7.600.oo, el valor de la guadua y los parales, suma efectivamente demostrada en el proceso para estos rubros (folder 2 folio 117), tal como los propios peritos lo reconocen en su aclaración.

2. Se modificarán, igualmente, los precios señalados en los literales a) y c) para acomodarlos al precio de adquisición de los bienes, lo que da los siguientes valores:

Seis (6) carretillas por un valor de	$	4.500.oo
Seis (6) palas, seis (6) picas		1.038.oo
Se deducirá, igualmente, la suma de		70.000.oo

Valor de los materiales y elementos que, según los peritos "pueden recuperarse fácilmente".

Del monto total, así mismo, se descontará la cantidad de $ 237.777.85 señalada como intereses de la inversión.

b) **Respecto al lucro cesante.**

De acuerdo con el raciocinio de los señores peritos, su monto alcanza a la suma de $ 433.570.28.

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 el ordinal Primero de la sentencia de fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta dentro del presente proceso.

Segundo. Modifícase el ordinal Segundo de la mencionada sentencia en el sentido de que la suma a cargo del Departamento del Meta y en favor del doctor Clodoveo Londoño Barajas equivale a SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS VEINTIUN PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($ 676.521.28) moneda legal colombiana, discriminados así: $ 187.951.oo por concepto de daño emergente y $ 458.570.28, por lucro cesante.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección, **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.**

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— ANTICIPO.— Negativa a la entrega del anticipo por parte del contratante y la no iniciación de las obras por el contratista. Consecuencia de la no entrega del anticipo a pesar de la legalización del contrato. LEY PARA LAS PARTES.— El contrato por sí sólo puede constituir una ley, pero como tal mantiene su propia fuerza, destaca sus efectos y determina su independencia negocial. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.— DERECHO ALTERNATIVO de poder exigir o el cumplimiento o la resolución por parte de la entidad contratante que ha incumplido, debe concretarse a la resolución porque la administración no puede ser obligada a cumplir coercitivamente el contrato. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS.— MORA.— (Jurisprudencia Corte Suprema). IMPUTABILIDAD.— NEGOCIAL DE LOS CONTRATANTES.— Cuando las partes vinculadas a un contrato bilateral son las que incumplen, no se puede obligar a que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización de perjuicios.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., febrero dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 2509.
Actor: **Cadavid y Herrera Limitada.**

Cumplido el trámite correspondiente se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y por el Gobernador de Antioquia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 15 de mayo de 1978.

I

En demanda presentada el 12 de agosto de 1975 la Sociedad CADAVID & HERRERA LTDA., por medio de apoderado especial solicitó, previo el trámite de proceso ordinario, que se condene al Departamento de Antioquia, a pagar los perjuicios que a la firma mencionada le ha causado el Departamento por la violación injusta del contrato celebrado para la construcción de la carretera Camilocé Guaimaral.

Los hechos se pueden resumir, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Antioquia, así:

"A) El 27 de noviembre de 1973 la Sociedad presentó ente la Secretaría de Obras Públicas Departamentales y dentro de una licitación pública, una propuesta para la construcción de la carretera "Camilocé-Guaimaral" en el sector comprendido entre las abscisas K8—000K6—000, acompañando los documentos requeridos como prerrequisitos para la validez de la propuesta, indicando el plazo para ejecución y asignándole a ella un valor de $ 2'336.144.52.

"B) Tramitada la licitación distinguida con el No. 50 del año 1973, se adjudicó el contrato a la Sociedad CADAVID & HERRERA LTDA., situación comunicada mediante notificación distinguida con el No. 10907 de diciembre 26 de 1973, y que sirvió para complementar todos los documentos propios a la firma del convenio el cual se realizó el 11 de junio de 1974 entre el doctor Ignacio Betancur Campuzano, en su calidad de Gobernador del Departamento de Antioquia y los representantes de la compañía, contrato éste que posteriormente fue refrendado por la Contraloría General del Depar-

tamento quien certificó además, la existencia del presupuesto suficiente para atender lo estipulado y aprobado en su última etapa por el Tribunal Administrativo el 6 de junio del mismo año.

"C) Con fundamento en la suscripción del contrato, la firma demandante gestionó con la Cía. de Seguros Colombia S.A., la póliza de cumplimiento CU 68172 por medio de la cual se garantizaba la ejecución de todas las obras necesarias para la construcción de la carretera Camilocé-Guaimaral, entre las abscisas ya enseñadas, amén de la buena inversión del anticipo pactado contractualmente y la cláusula penal, póliza expedida el 26 de junio de 1974, que originó una prima y timbres por valor de $ 15.317.oo.

"D) En el deseo de iniciar dentro del menor tiempo posible la ejecución de las obras, la Sociedad CADAVID & HERRERA LTDA. elevó una serie de comunicaciones dirigidas a la Secretaría de Obras Públicas, ora a la Jefatura de la Sección de Interventoría, ora al Secretario respectivo en el afán de agilizar sin tropiezo alguno el carreteable. La actitud del Departamento, a través de sus voceros fue clara en el sentido de no autorizar el respectivo anticipo pactado, bajo la apreciación de que la firma demandante había incumplido otro contrato con el Departamento y en la carretera San José Caracoli, condicionando de todas maneras, resolver previamente esta situación.

"E) Lo anterior implicó que la obligación contractual no hubiere sido cumplida por el Departamento de Antioquia, habiéndose violado el convenio y originando con ello perjuicios a la Cía. que fueron estipulados en $ 36.794.30 como daño emergente, $ 350.417.17 como lucro cesante y $ 250.000.oo como perjuicios morales, sumas éstas que se tratan de hacer efectivas a través de la controversia contenciosa, máxime cuando la vía gubernativa fue agotada sin resultados positivos".

Como disposiciones violadas se invocaron los artículos 1601 y 1603 del Código Civil, con fundamento en las siguientes razones:

"En la moderna teoría del negocio jurídico se tiene como principio fundamental el de la relatividad de los efectos, que se descompone en el sentido de que cada contrato es una ley para las partes (artículo 1601 del C.C.), y no pueden involucrarse en un contrato efectos o consecuencias de otro diferente, ni puede invocarse el incumplimiento de uno para abstenerse de cumplir el otro, puesto que el incumplimiento dispensador no puede predicarse sino en cada contrato, de tal manera que el incumplimiento o la mora de un contratante dispensa el incumplimiento o la mora del otro, como se intuye en el artículo 1609 del C.C.

"En consecuencia, la independencia de cada relación, confirmada por la autonomía de sus efectos, es decir, de las obligaciones recíprocas que crea cada uno de ellos, no puede lesionarse con actos o condiciones que se encuentran fuera de su órbita escrita.

"Y es apenas lógico que sea así, porque como cada contrato entraña un ser autónomo cuyas cláusulas se interpretan por sí mismas en aquellos puntos que no sean claros o que exijan una hermenéutica funcional, en cada uno de ellos es preciso tener en cuenta los argumentos o razones que cada parte alega, porque bien puede decirse ligeramente que una parte incumplió, pero ocurrir que el incumplimiento esté dispensado porque la otra parte generó las causas del mismo no organizando la infraestructura que exigía aquella obligación en su desarrollo o cumplimiento.

"Si los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella, como dice el artículo 1603 de la obra citada, no aparece en parte alguna que la exigencia del ingeniero Braulio Botero,

Jefe o Director Técnico de la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, y la del mismo secretario, tengan razón o fundamento legal o contractual, pues en el contrato comentado no se condiciona su cumplimiento al desarrollo de otro contrato, ni la ley ha dicho en parte alguna que un contratista puede abstenerse impúnemente de cumplir un contrato si la contraparte a su vez no le cumple otro u otros contratos que tenga de antemano celebrados con él, puesto que esto repugna a la ordenación contractual, a la ley y a la lógica".

II

Tramitado el proceso, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió, con fecha 15 de mayo de 1978, fallo condenatorio de la siguiente manera:

"El contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia, de una parte y la sociedad CADAVID & HERRERA LTDA., relativo a la construcción de la carretera Camilocé-Guaimaral, el 11 de junio de 1977, terminó por decisión unilateral e ilegal del Departamento de Antioquia.

"Consecuencialmente el Departamento de Antioquia deberá pagar a la sociedad demandante CADAVID & HERRERA LTDA., las siguientes sumas de dinero: veintiún mil cuatrocientos setenta y siete pesos con treinta centavos ($ 21.477.30) por concepto de daño emergente; trescientos cincuenta mil cuatrocientos diecisiete pesos con diez y siete centavos ($ 350.417.17) como lucro cesante.

"No se hacen las otras condenas solicitadas.

"La Administración dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los términos del artículo 121 del C.C.A.".

III

Contra la mencionada sentencia interpusieron el recurso de apelación el señor Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Antioquia y el señor Gobernador del mismo Departamento.

IV

La posición del Ministerio Público está muy definida dentro del proceso, en cuanto considera a que no se puede producir condena alguna contra el Departamento de Antioquia. El Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Antioquia sostuvo que "la sociedad demandante no probó su obligación contractual de iniciar la ejecución de la obra dentro del término señalado en el contrato, y que esas cláusulas demuestran que la obligación de iniciar la ejecución de las obras por parte de la sociedad contratista era pura y simple, no estaba condicionada a la entrega del anticipo".

Y en este planteamiento acompañó al Fiscal Primero del Tribunal Administrativo, la Fiscal Segunda de esta Corporación, cuando expuso: "De todas las pruebas que aparecen en el expediente es forzoso concluir que el Contrato en mención aún cuando fue debidamente celebrado, no llegó nunca a ponerse en ejecución. La Administración es cierto no entregó el anticipo en el plazo estipulado, y el contratista no realizó ninguna parte del objeto del contrato en el término que lo estipulaba el Contrato. Sin embargo, solicita el pago de perjuicios por el incumplimiento por parte del Departamento. Concretamente en el libelo de demanda pide: '..... Por daño emergente entiende la ley el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, que en el caso

que nos ocupa se refiere a la inversión que fue necesaria hacer por concepto del contrato para la construcción de la carretera Camilocé-Guaimaral, y que se contraen en los siguientes:

a)	Visitas a la obra	$ 3.000.oo
b)	Compra de pliego de cargo	1.000.oo
c)	Labores de oficina en la preparación de la licitación	10.000.oo
d)	Timbres y portes	63.oo
e)	Publicación gaceta departamental	910.oo
f)	Registró del Contrato Administración Hacienda Nacional	3.504.30
g)	Póliza cumplimiento anticipo	15.317.oo
h)	Diligencias legalización contrato	3.000.oo

'Por lucro cesante una suma equivalente al 15% del valor del contrato, así:

Valor del contrato	$ 2'336.114.52
Utilidad estimada en	350.417.17
. . . El importe de los perjuicios morales, los cuales estimamos en la suma de	250.000.oo'

"Es de anotar pues que todos los gastos pormenorizados y que se reclaman como daños por la falta de la administración no son precisamente consecuencia del incumplimiento de alguna de las cláusulas del contrato administrativo, sino que consisten en los gastos normales que todo aspirante a contratar con la administración tuvo que acarrear.

"Es decir, el solo hecho de someterse al trámite que exige la ley de la licitación pública conlleva obligatoriamente este tipo de inversiones. Todos los que concurrieron a la licitación se vieron abocados a hacer estos gastos. Diferente hubiera sido que el Contratista, dando cumplimiento a lo pactado, hubiera realizado parte de la obra, ahí sí se justificaba que demandara perjuicios al Departamento.

"Por otra parte se observa que la Resolución de caducidad dejó sin efecto alguno el contrato y mal puede hacérsele producir efectos como lo que señala el Tribunal de Antioquia".

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Fácil entender y ubicar las posiciones de las partes intervinientes en este proceso: el demandante alega el incumplimiento del Departamento de Antioquia, del contrato de obra celebrado el 11 de junio de 1974, en cuanto no hizo entrega del anticipo —parte del precio— dentro de los 10 días siguientes a la legalización del mismo, una vez presentada la cuenta respectiva y la prestación de la fianza por igual valor. Y la entidad demandada, por su parte, alega que el demandante tampoco cumplió con sus deberes contractuales, en particular, con la iniciación de las obras contratadas.

2. El demandante sostiene que el incumplimiento surge desde el momento mismo en que la entidad contratante no autorizó el pago del anticipo, que se patentizó con la nota que le dirigiera el 22 de agosto de 1974, el Director Técnico de la Secretaría de Obras Públicas, visible al folio 1 Cd. No. 1 del siguiente tenor:

"En respuesta a su oficio de fecha agosto 16, referente a la no entrega oportuna del anticipo para la construcción de la carretera "Camilocé-Guaimaral", me permito informarle a continuación:

"Esa firma ha suscrito desde el año pasado un contrato con el Departamento para la terminación de la carretera San José Caracolí, en el cual se ha demostrado la incapacidad de la firma para realizar las obras y el incumplimiento del respectivo contrato, lo cual se lo hemos manifestado en repetidas oportunidades tanto personalmente como por escrito, solicitándoles se atendiera al cumplimiento del contrato.

"Como una de nuestras obligaciones más importantes es velar por los intereses del Departamento, no hemos creído conveniente autorizar la entrega de este anticipo pues consideramos, dada la experiencia ya obtenida, que la ejecución de esta obra vaya a tener los mismos tropiezos, pues las circunstancias de esa firma no han cambiado.

"En consecuencia y como usted lo afirma en su oficio, nosotros seguiremos asumiendo todas las responsabilidades", ante esta situación, pues como ya lo anota es nuestra obligación, y no cambiará nuestra actitud mientras no estemos plenamente convencidos de la capacidad de esa firma para realizar la obra".

Entonces, para el demandante, el hecho de que el Departamento de Antioquia se negó a cubrir el anticipo, es constitutivo, del quebranto de su deber contractual, que juega un papel importante en el desarrollo del negocio jurídico. Por eso, cabe la pregunta: ¿estaba supeditada contractualmente la obligación del pago del anticipo a la ejecución de las obras, o, por lo menos, a su inicio? Se debe en aras de encontrar una acertada respuesta, entrar a precisar el alcance de la nota transcrita alrededor de las cláusulas del contrato.

No obstante, la nota en mención, que aduce intereses superiores del Departamento, para no autorizar el anticipo, no goza de claros fundamentos para la negativa, particularmente, frente al contrato. Si bien es cierto, que ante el incumplimiento de otros deberes contractuales puede inducir al convencimiento de que esa conducta, al margen del contrato, lleva a situación idéntica de desatención, no puede menos que reflejar una apresurada afirmación, que, en un primer momento, se coloca, en el ámbito de lo subjetivo.

3. No es común, en nuestro ordenamiento contractual, vincular o relacionar negocios jurídicos o situaciones jurídicas con otras, para imprimirles efectos correlativos. Un contrato, por sí solo, puede constituir una ley, pero como tal mantiene su propia fuerza, destaca sus efectos y determina su independencia negocial. El mundo de los contratos se desenvuelve de manera vertiginosa, pero las más de las veces se orienta sobre ciertas bases de separación, con reglas propias.

Todas las figuras que tienen su fuente, por ejemplo, en el derecho privado, derivadas de los contratos, crean su nexo con el propio negocio o con relaciones de créditos estrechamente amalgamados; así, por ejemplo, el derecho de retención, surge a la vida jurídica de la vinculación entre la cosa y el crédito derivado del bien. La excepción de contrato no cumplido, tiene su origen en el negocio mismo frente a los deberes de las partes. Y aún aquella que se localiza en la preceptiva del inciso *infine* del artículo 1882 del Código Civil, en cuanto le concede al vendedor la facultad de no entregar la cosa vendida si ha menguado considerablemente la fortuna del comprador, de suerte que aquél, se halle en peligro de perder el precio, y que podía acercarse al caso en estudio, pero que tiene una reconocida diferencia: la situación que se origina del artículo 1882 surge de una insolvencia del comprador, como deudor del precio, que por carácter general, hace temer las consecuencias, que la misma ley trata de proteger, en cambio, la segunda, la que presenta y arguye la entidad demandada, es la que se deriva, en concreto, de otro contrato no cumplido.

4. No se puede aceptar, bajo el supuesto de velar por los intereses del Estado, que un contrato, que se convierte en una ley para las partes, pueda ser materia de desatención, por el hecho de no haberse cumplido otro distinto por el contratista.

Y es que para ello, el mismo contrato permite mecanismos de enmienda en situaciones como esta. Basta con observar la cláusula exorbitante de caducidad, que permite la terminación por la Administración, sin mediar para ello la voluntad del particular, y que el Departamento de Antioquia la aplicó, por razones distintas a las esgrimidas en el oficio citado. O, también, la aplicación de la cláusula penal, consagrada en la vigésima cuarta, a manera de sanción el contratista por incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Inclusive, hacer efectiva la garantía del anticipo, otorgada por la Compañía Aseguradora. Algo más: ciertos correlativos convencionales se aprecian en el contrato como el de la suspensión del plazo, mediante acta suscrita por el contratista y el interventor de las obras.

En síntesis, el Departamento de Antioquia, como contratante, sí tenía medios idóneos para lograr la efectividad de los derechos y, por consiguiente, la realización de los deberes del contratista. Y en este aspecto bien dijo el Tribunal:

"El primigenio comportamiento gubernamental que puede señalarse como radical en no haber dado cumplimiento a lo pactado, argumentando resultados de un convenio ajeno a la construcción de la carretera Camilocé-Guaimaral, tuvo su variante en la posición posterior asumida por el ente público que bien comprendió que se encontraba ante una marcada violación contractual, ya diagnosticada por sus funcionarios y fue así como volviendo al contrato suscrito el 11 de junio de 1974, por fin se acomodó a una de sus cláusulas, la señalada con el No. 22, y fue así como mediante resolución 71 de abril 27 de 1975, resolvió dar por terminado el contrato a partir del 1o. de julio de 1975, con el razonamiento de que el Comité Departamental de Cafeteros, una entidad que también auspiciaba la obra, había rescindido igualmente un convenio para el plan vial en zonas cafeteras, que sin lugar a dudas patrocinaba la construcción de la adjudicada".

Como contratante, por tanto, el Departamento de Antioquia, con su actitud unilateral, adoptó una posición de no atender el compromiso inherente al pago de esta parte del precio, pero, asimismo, a ir más allá: rechazar los efectos del negocio jurídico. Si quien se vincula aun contrato rechaza la atención de un deber que es fundamental dentro del contenido sustancial, muestra algo más que un incumplimiento, crea la situación de no querer todo el negocio. Ahora bien, ante la administración demandar el cumplimiento del contrato no resultaba del todo conducente con los principios que inspiran esta modalidad de vinculación jurídica, puesto que el concepto del interés público, real o supuesto, ha de prevalecer frente al particular. Por eso es que, en derredor del incumplimiento del contrato por parte de alguna entidad de derecho público, que adquiera la calidad de contratante, el derecho alternativo de poder exigir o el cumplimiento o la resolución, debe concretarse a esto último, porque la administración no puede ser obligada a cumplir coercitivamente el contrato.

Sin embargo, esta prerrogativa, no puede llevar hasta el extremo que los entes públicos, se resistan a cumplir, sin que ello comporte responsabilidad de ningún grado. No. Son los perjuicios, que resultaren, los que obligarían a la administración contratante. Y cuando se pudiere intentar la resolución del contrato, la consecuencia económica, de esa situación, es la indemnización por el daño que se le cause a la otra parte que sí ha atendido a cabalidad con el contrato. Por eso, el artículo 1546 consagra, en favor del contratante cumpliente, esa posibilidad, que en derecho privado, se extiende a reclamar la ejecución, a opción de aquel, pero que no es ni debe ser tan extenso, en su contenido sustancial, en tratándose de contratos administrativos, en lo que atañe, como se dijo, al derecho alternativo del cumplimiento.

Entonces, está claro que el Departamento de Antioquia no podía esgrimir como argumento primario de negativa, para la entrega del anticipo, el real o supuesto incumplimiento del contratista de otro contrato de obra, entre las mismas partes.

5. Ahora bien: cuál es la consecuencia de la situación creada por el Departamento de Antioquia, al no autorizar la entrega del anticipo, a pesar de la legalización del contrato, que, como tal, no ofrece ningún reparo? Tiene la entrega del anticipo relación, estrecha o amplia, con los deberes del contratista, en particular de iniciar las obras? Para llegar a la respuesta, se debe, previamente, transcribir las cláusulas del contrato, que en una u otra forma hacen referencia a este asunto: "*Quinta:* El valor del presente contrato se estima en la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO CATORCE PESOS CON 52/00. ($ 2'336.114.52), resultante de multiplicar las cantidades de obra a ejecutar, por los precios unitarios señalados en la cláusula anterior, más el 10% estimado para ajustes de precios y obras complementarias. Las cantidades de obra del proyecto fijadas en los pliegos de condiciones son aproximadas y, en tal virtud, durante el proceso de construcción deberán hacerse los ajustes correspondientes. El valor fijado en esta cláusula no podrá ser aumentado sino por mayores cantidades de obra complementarias no previstas, cuya construcción haya sido autorizada debidamente por EL DEPARTAMENTO, o cuando el valor de los ajustes de las actas originalmente estimados resulten insuficientes. *Sexta: Anticipo.* EL DEPARTAMENTO anticipará a EL CONTRATISTA dentro de los diez (10) días siguientes a la legalización del contrato, previa presentación de la cuenta respectiva y prestación de una fianza por igual valor, la suma de cuatrocientos sesenta y siete mil doscientos veintidós pesos con 90/00 ($ 467.222.90), equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. Dicho anticipo será manejado por EL CONTRATISTA en cuenta bancaria especial con carácter oficial, en forma tal que los cheques que se giren con cargo a ella requieren la firma del interventor. La amortización del anticipo será hecha con un descuento del veinte por ciento (20%) que le será retenido por EL DEPARTAMENTO sobre el valor de cada acta de ejecución de obra hasta la cancelación total. *Séptima: Forma de pago.* Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes calendario siguiente al de la iniciación de los trabajos, el interventor hará recibos parciales de las obras ejecutadas en el mes anterior y procederá con EL CONTRATISTA a hacer las liquidaciones correspondientes por medio de actas. Con dichas actas las cuales requieren el visto bueno de la Direción Técnica de la Secretaría de Obras Públicas se formularán las cuentas respectivas, así: A la Tesorería General del Departamento por un treinta y cinco por ciento (35%) y al Comité Departamental de Cafeteros por un sesenta y cinco por ciento (65%). En igual proporción se formularán las cuentas correpondientes al anticipo de que trata la cláusula anterior. *Parágrafo 1o.* La demora en los pagos en la forma indicada en esta cláusula hasta por un término de un mes después de legalizada la cuenta, no autoriza a EL CONTRATISTA para suspender los trabajos, ni reducirlos a menor escala de la que corresponde de acuerdo a los planes de trabajo prefijados. Si tal cosa sucede EL DEPARTAMENTO podrá declarar la caducidad administrativa. *Parágrafo 2o.* La última acta de recibo de obra cuyo valor final del contrato se incorporará a la de liquidación del mismo y el saldo acreedor o deudor se cubrirá conforme a lo dispuesto en la cláusula de liquidación. Si por razones no imputables a EL CONTRATISTA la liquidación del contrato se demorare más de tres meses, contados a partir de la fecha en que haya hecho entrega de todos los documentos necesarios. EL DEPARTAMENTO cancelará el valor de la última acta. *Undécima: Vigencia — Plazo — Suspensión.* La vigencia de este contrato se entiende desde el día de su legalización hasta el vencimiento del plazo el cual se estipula en ocho (8) meses. EL CONTRATISTA dará comienzo a la ejecución de las obras dentro del mes siguiente a su legalización, entendiéndose que queda legalizado el día que sea aprobado por el Tribunal Administrativo, o refrendado por la Contraloría si éste trámite fuese posterior a aquél. El plazo será suspendido por: 1. Demoras imputables a EL DEPARTAMENTO, superiores a un mes en la entrega del anticipo estipulado; 2. Si no se hacen oportunamente las apropiaciones y reservas de fondos; 3. Si EL DEPARTAMENTO, por causas no imputables a el contratista demora más de dos meses los pagos de las cuentas mensuales por obra ejecutada, contados desde la fecha de presentación de la cuenta debidamente legalizada. Lo dicho en cuanto a demoras por parte de EL

DEPARTAMENTO, se entienden igualmente con relación al Comité Departamental de Cafeteros en cuanto al porcentaje que a él compete pagar directamente. Igualmente podrá EL DEPARTAMENTO ampliar el plazo, si a su juicio se presentan factores que así lo justifiquen, como en los casos fortuitos o de fuerza mayor, obras complementarias que aumentan en más de un quince por ciento (15%) las cantidades de obra por ejecutar, cambios en los planos, especificaciones, demora en la consecución de los terrenos necesarios, etc. Tanto la suspensión como la ampliación deberán hacerse constar en actas suscritas por el interventor y EL CONTRATISTA, aprobadas por EL DEPARTAMENTO.

Se puede evidenciar que el pago del anticipo no está atado a la iniciación o ejecución de las obras. De manera separada se señalan los plazos; de diez días para el pago del anticipo y de treinta para la iniciación de las obras. Lo que sí es cierto y frecuente, que uno y otro aspecto guarden relación, en especial frente al contratista, que se supone que con la entrega del anticipo ha de comenzar los trabajos, para luego, y en la medida de éstos se adelanten, a través de cuentas periódicas, lograr el pago de la totalidad del precio. El contrato no muestra la voluntad de las partes en aquel sentido. Existe una separación de medio, pero no de resultado, entre uno y otro extremo negocial. Sin embargo, si ha de pasar el cumplimiento de las obligaciones en los términos convenidos, para los efectos del contrato.

6. La cláusula undécima muestra un elemento que merece comentarios: se pactó un plazo para la ejecución de las obras de ocho meses, contados a partir de la legalización del contrato. Y, ahí mismo, se cuidaron las partes de convenir sobre la suspensión de las obras, entre las que se cuenta la demora imputable a EL DEPARTAMENTO, superiores a un mes, en la entrega del anticipo estipulado. Este mecanismo contractual, con todo, tenía, a su vez, una marcada materialización, mediante acta que debía ser suscrita por el interventor y el contratista. Y lo cierto que ésto último no se hizo. Entonces, ha de operar la situación común, de que en el plazo acordado no existió suspensión alguna, al faltar la forma prevista para su concreción y que hace volver todo a la situación anteriormente descrita: el anticipo no estaba atado o amarrado a la iniciación de los trabajos.

La suspensión del contrato, de conformidad con la cláusula undécima transcrita, solamente se producía, como factor parcial de paralización de los efectos del negocio jurídico cuando las partes lo declaraban de manera expresa mediante un acta que debía ser suscrita por el interventor de las obras y por el contratista. No era, pues, una suspensión de plano. Se requería de la forma prevista en el documento y esto no ocurrió. Eso quiere significar que en ningún momento se interrumpió el plazo señalado. Más aún: la conducta del Departamento consignada en la carta aludida, estaba lejos de acudir a la suspensión; denotaba, por el contrario, una voluntad de no querer la ejecución del contrato, o, por lo menos, la de impedir la iniciación de las obras.

Precisamente, el contratista estaba obligado a iniciar las obras dentro de los treinta días siguientes a la legalización del contrato, es decir, gozaba de veinte días, después de la entrega del anticipo, para empezar la ejecución de los trabajos de construcción de la carretera Camilocé-Guaimaral. Y aquí procede la pregunta: sin la entrega del anticipo, estaba obligado a iniciar las obras el contratista? Ya precisó la Sala, que no existe la estrecha relación entre una y otra obligación en los términos escritos del contrato. Bien podía el contratista empezar o no las obras. Claro está que si lo hacía se colocaba en una situación de fácil entendimiento, como es el de superar el escollo prestacional mostrado por la otra parte. Y que si no lo hacía inducía a la búsqueda de los alcances de su actitud, que es lo que se procede ahora.

7. Se debe partir de una situación: la sociedad demandante no dió comienzo a las obras, a pesar de que el Tribunal vió, a través de las declaraciones de los señores Iván Toro Mesa y José Gómez Tobón, esa circunstancia, cuando expuso: "El alegado incumplimiento contractual de la parte demandante, al cual se refiere el Departamento, no tiene asidero dentro de las pruebas aportadas al plenario, máxime cuando la sociedad desvirtuó este extremo con la prueba testimonial, donde claramente se ve (folios 74 y siguientes) que el contratista se aprestó a iniciar las obras con una maquinaria suficiente para ello, conviniendo movimiento de tierras y tal cual se deduce de las deponencias juradas de los señores Iván Toro Mesa y Jorge Humberto Gómez que bien desarrolla lo contemplado en la cláusula 11 del contrato, donde el pago del anticipo se tornaba como esencial, siendo motor necesario para entrar de lleno a las labores por cuanto si no fuere así, aparecería el constructor financiando trabajos sin ninguna razón aparente concluyéndose que la posición de las partes indica como el incumplimiento es claro y manifiesto por parte del Departamento de Antioquia y de ninguna manera por parte de CADAVID & HERRERA LTDA., tal como se desprende de los testimonios consagrados, de la inspección judicial adelantada a sus oficinas y de la correspondencia enviada a la Secretaría de Obras Públicas que forman conjuntamente la idea clara de que el beneficiado con la licitación, se aprestó a su cumplimiento de manera diáfana y casi que pertinaz". Empero, esos testigos, en verdad, no son categóricos en las afirmaciones sobre los actos propios de iniciación de las obras, sino, reflejan conductas encaminadas a manera de simples tentativas, para tales fines. Así por ejemplo, Iván Toro Mesa, depuso sobre el particular: "*Preguntado*: Bajo la gravedad del juramento sírvase manifestar si usted tuvo capacidad de percepción directa y objetiva en el sentido de que la firma Cadavid Herrera tenía la maquinaria suficiente para la iniciación y ejecución adecuada del contrato relativo a la construcción de la carretera Camilocé-Guaimaral. *Respondió:* Sí tuve conocimiento directo, de que la firma Cadavid Herrera Ltda., tenía el equipo suficiente para la construcción de la carretera Camilocé-Guaimaral contaban con 2 buldózer caterpillar uno de 7 17a y un 9U de 5 de mi propiedad un DEC y 1 cargador HP-4 de la propiedad de Cadavid Herrera un compresor Atlas Copco de 125 pies cúbicos de la propiedad de Cadavid Herrera Ltda., dos volquetas de propiedad del señor Humberto Gómez, no se el número pero tenía unas mezcladoras y concretadoras vibradoras, motobombas. *Preguntado:* Díganos si usted había celebrado previamente algún convenio con la sociedad Cadavid Herrera Ltda., para la ejecución de algunas obras en desarrollo del contrato Camilocé Guaimaral con el Departamento de Antioquia. *Respondió*: Sí, yo había celebrado con la firma Cadavid Herrera Ltda., un contrato de movimiento de tierra en el camino San José Guaimaral, estuve pendiente con el equipo disponible tres meses esperando la orden de iniciación de la obra la cual no se realizó. *Preguntado*: El convenio a que usted hace relación se celebró verbalmente o por escrito. *Respondió*: Se celebró por escrito. *Preguntado*: En este estado interroga el señor apoderado de la parte actora, en la forma que sigue: Sírvase explicarnos el motivo por el cual no se iniciaron los trabajos para la construcción de la carretera Camilo C. Guaimaral, adjudicada Cadavid Herrera por el Departamento de Antioquia. *Respondió*: En forma directa yo me dí cuenta de la que la firma Cadavid Herrera no inició las obras de la carretera Camilo C. Guaimaral porque el Departamento de Antioquia no dio el anticipo para iniciar la obra". Y José Humberto Gómez Tobón, declaró: "Sírvase manifestar bajo juramento qué sabe usted en relación con la divergencia que ha surgido entre la sociedad Cadavid Herrera Ltda. y el Departamento de Antioquia en relación con el contrato relativo a la construcción de la carretera Camilo C. Guaimaral. *Respondió*: Porque el doctor Cadavid y el doctor Herrera me habían manifestado que tenían un contrato con el Departamento en Camilo C. Guaimaral y que si yo les hacía las obras de arte y afirmado de la carretera y entonces estaban pendientes del anticipo que les iba a dar el departamento, para poderlos principiar. Después no se llevó a cabo la obra porque el Departamento no les dió anticipo. *Preguntado*: Usted había firmado algún convenio con los señores Cadavid y Herrera en relación con las obras de arte y afirmado de la carretera. *Respondió*:

Solamente habíamos hecho un acuerdo sobre la forma en que se iban a iniciar los trabajos. El acuerdo fue verbal. *Preguntado*: Sabe usted, concretamente, que motivos se adujeron por el Departamento para no verificar el pago de los anticipos en relación con el contrato a que se ha hecho alusión anteriormente. *Respondió*: No sé ninguna razón. *Preguntado*: Díganos bajo juramento si usted sabe, por percepción directa y objetiva que la sociedad Cadavid Herrera Ltda., tenía para su utilización inmediata en el contrato Camilo C. Guaimaral, la maquinaria necesaria y suficiente para el adecuado y correcto desarrollo y ejecución de las obras a que se ha hecho referencia. *Respondió*: Creo que sí porque Iván Toro tenía máquinas y Cadavid y Herrera tenía otras y para los trabajos de afirmado y obras de arte yo tenía la maquinaria que se necesita y el personal para la construcción de las mismas. *Preguntado*: En qué lugar vió usted esa maquinaria y cómo supo que estaba destinada a la ejecución de las obras del contrato Camilo C. Guaimaral. *Respondió*: Supe que la maquinaria estaba a disposición para esa obra porque el señor Iván Toro dueño de unas las tenía preparándolas para ese trabajo y las del doctor Cadavid Herrera me dijeron que las traían de Turbo para esa obra y la mía una parte estaba aquí en Medellín dispuesta para esta obra y otra que iba adquirir comprada o alquilada". Como se observa, los testimonios se dirigen a mencionar actos previos de ejecución, que no trascienden de las simples intenciones. Inclusive el contrato que hizo mención el declarante Toro Mesa fuera celebrado por escrito, fue desconocido por la parte actora, en el momento de la diligencia de inspección judicial practicada en sus oficinas, el expresar sorpresa sobre el particular.

Entre iniciar obras y aprestarse a ellas existen marcadas diferencias, que se pueden precisar: los primeros se materializan en actos de ejecución, mientras que los segundos apenas llevan al grado de tentativas, que por sí solos no son suficientes para consolidar la requerida situación fáctica.

8. Todo lo dicho hasta aquí, mueve a la Sala, a entrar en precisiones sobre las circunstancias sustanciales que se ofrecen en el *sublite*, cuando se está frente a una negativa a la empresa del anticipo, por un contratante, y por el otro ante la no iniciación de las obras por el otro, que, en un primer momento puede dar cabida a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, si se enfoca rápidamente, y que permitiría, atendidas las precisiones del artículo 1609 del Código Civil, en consonancia con los artículos 1610 y 1615 de la misma obra, a que la mora de ambos contratantes reste la posibilidad de la indemnización de perjuicios, porque como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación Civil del 7 de diciembre de 1982, y que el Consejo comparte ahora:

"Si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora: pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1. Permite cobrar perjuicios (artículos 1610 y 1615 del C.C.). 2. Hace exigible la cláusula penal (artículos 1594 y 1595 del C.C.). 3. Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (artículos 1731 y 1733). Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predican las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante. ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedare sobre el

particular, la despeja el artículo 1594 del C.C., que dice: "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...". ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena".

Es que la excepción de contrato no cumplido, regulada en el artículo 1609, tiene una exacta aplicación, como medio de defensa sustancial, y, por ende, procesal cuando se lleva a plano de controversia judicial, cuando los contratantes han incumplido los deberes de la esencia o de la naturaleza del negocio jurídico. Corresponde cotejar las obligaciones, graduar sus alcances alrededor de la causa negocial, para que, luego, de esa confrontación, se pueda encontrar el camino recto de la excepción. Por eso, resultaría inadmisible que frente a una obligación esencial se pueda asumir una defensa con la alegación de un deber intrascendente.

Y en aras de lograr esa armonía contractual, una respuesta a la simetría prestacional, se acude a la excepción de contrato no cumplido, que ha de venir cuando se persigue la sanción del contratante que ha faltado a sus deberes, mediante la resolución, con indemnización de perjuicios. Empero, cuando son las partes vinculadas a un contrato bilateral, las que incumplen, es decir, la imputabilidad negocial es de ambos, no se puede obligar a que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización por perjuicios. En ese sentido es expresivo el artículo 1610, cuando en el numeral 3o. permite al acreedor de una obligación de hacer junto con la indemnización de la mora, exigir la reparación de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

La excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal, que impide, frente al incumplimiento de recíprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio, en su producción prestacional. Sin embargo, la inobservancia de un contratante de un deber, que es primero en el tiempo, no le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo*.

9. Sin embargo, en el proceso que ocupa la atención de la Sala, se hace relevante una situación que merece una especial mención: el anticipo juega en las relaciones de los contratos administrativos un papel importante, por cuanto sirve de medio eficaz, económicamente, para permitir un desarrollo normal del objeto de la prestación, al convertirse como instrumento de financiación. Tan es así, que en el contrato celebrado entre las partes contendientes una de las cláusulas —la sexta— iba dirigida a permitir que de los pagos parciales de obras se le descontara al contratista, en proporción al anticipo, determinado porcentaje; el 20%, sobre el valor de cada acta de ejecución de obra hasta la cancelación total. No obstante, se repite, la relación entre el anticipo y la ejecución de la obra no existe plenamente, en el sentido de su rigor sustancial, es cierto y sabido que para todo contratista el recibo del anticipo sí constituye en un factor impulsor de las obras. No en balde se señala un plazo de entrega del anticipo inferior al de la iniciación de las obras —diez para el primero y treinta para el segundo—. El fin es ostensible en cuanto presta instrumentos de financiación.

Y si el contratante no hace entrega del anticipo en los términos convenidos, ¿le puede imponer, con esa inacción, el deber al contratista a cumplir con el contrato? La respuesta es negativa si se está frente a una posición de manifiesto rechazo a aquel compromiso, como ha ocurrido en el caso *sub-júdice*, en que se dijo categóricamente que no se autoriza el anticipo por existir un factor ajeno al negocio, como el esgrimido aquí, de incumplimiento de otro contrato. Claro está, que puede presentarse el caso de simple retardo en la entrega del anticipo. Esta conducta no puede reflejar, de manera inexorable, una desatención voluntaria, que pueda originar un incumplimiento, que le

permita al otro contratante, liberarse del contrato y exigir perjuicios. Si el anticipo se retarda, por razones que pueden ser, inclusive, de carácter administrativo u operativo, puede otorgar al contratista, la facultad de demandar la resolución del contrato, con la consiguiente indemnización, si todavía no se ha extinguido el contrato. Lo que más puede permitir es que no cumpla con sus obligaciones hasta tanto no se le atienda ese deber.

Entonces, a partir del momento que se venció el plazo para la entrega del anticipo, sin hacerse efectivo, por las razones ya comentadas, el Departamento se colocó en mora, y sin posibilidad, mientras no se hubiere allanado a cumplir, lo que nunca intentó, de beneficiarse de la medida conservativa y provisional de la excepción de incumplimiento. Por el contrario, es el contratista, en las condiciones aquí reflejadas, el que bien podía desatender su obligación de iniciar las obras hasta tanto no se le pagara el anticipo, por que aquel compromiso era posterior a éste.

10. Lo cierto es que el plazo expiró sin que se hubiera entregado el anticipo. Y esta conducta que no es de simple retardo, sino que obedeció a una postura rotunda de no acceder a su entrega, hizo que el incumplimiento de ese deber, produzca los efectos que el Tribunal señaló, en buena parte, en la sentencia recurrida.

11. Si al momento de formularse la demanda el plazo del contrato estaba vencido, en verdad, la acción indemnizatoria, separada de la resolución del contrato era procedente, puesto que ante la falta contractual y mediando la circunstancia de la expiración del término convenido para la ejecución de las obras, los perjuicios pueden ser reclamados, con prescindencia del derecho alternativo de la resolución enunciado en el artículo 1546 del Código Civil.

Por eso, que resulte contrario tanto a lo pedido como a lo observado procesalmente, que el Tribunal hubiera declarado que la terminación del contrato por decisión unilateral e ilegal del Departamento de Antioquia, puesto que lo que está extinguido por mandato del contrato mismo, no debe ser materia de pronunciamiento judicial.

12. Del mismo modo que, también, resulte extraña la declaratoria de caducidad del contrato, hecha por el Departamento de Antioquia, mediante la Resolución 71 de 27 de abril de 1975, cuando el plazo estaba vencido, dentro de las circunstancias que han motivado las reflexiones anteriores.

13. Todo lo dicho lleva a la Sala a compartir la decisión del Tribunal, de condenar al Departamento de Antioquia al pago de los perjuicios en cuanto hace al lucro cesante, pero no en todo lo que hace al daño emergente tal como se precisará a continuación:

14. Dentro del rubro del daño emergente, el Tribunal tuvo de presente el dictámen de los peritos en el que se incluyó los gastos de visitas a la obra, el pliego de cargo, labores de oficina en la preparación de la licitación, que por ser comunes a todos los licitantes no deben ser tenidos en cuenta. Tampoco, el valor de la póliza de seguros, que como bien lo anotó el Tribunal, por el hecho de haber sido devuelto su valor al contratista, no origina una merma patrimonial. Entonces, en lo que atañe al daño emergente se han de tener en cuenta los siguientes rubros:

Timbres y portes	$ 63.00
Publicación Gaceta Departamental	910.00
Registro del contrato en Hacienda Nacional	3.504.30
Legalización del contrato	3.000.00
	7.477.30

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

FALLA:

Primero: Revócase el ordinal 1o. en cuanto declaró a que el contrato terminó por decisión unilateral e ilegal del Departamento de Antioquia.

Segundo: Modifícase el ordinal 2o. y como consecuencia, el Departamento de Antioquia deberá pagar a la sociedad CADAVID & HERRERA LTDA., la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS ($ 357.894.47) moneda legal colombiana, discriminada así: $ 7.477.30 por concepto de daño emergente y $ 350.417.17 por lucro cesante.

Tercero: Confírmanse los ordinales 3o. y 4o.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección; **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo.**

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— ADJUDICACION.— LEGALIZACION DEL CONTRATO.— Iniciación de las obras antes de que culminaran todos los supuestos sustanciales y formales del negocio. ANTICIPO.— Pago. PURGA DE LA MORA.— Por cuanto en conducta del acreedor en el sentido de aceptar tardíamente la atención de la obligación de deudor hay que entenderla como un propósito volitivo afirmativo y no negativo. La esencialidad de los términos, que juega un papel importante en las obligaciones de pagar sumas de dinero, consulta, básicamente en conducta que las partes pueden mostrar para el buen suceso del contrato y de sus relaciones negociales. Si los contratantes reciben el ANTICIPO DE MANERA ATRASADA, sin objeción alguna, es porque se ajustaron a esa especial circunstancia del inicial y transitorio incumplimiento para su superior posterior. ANTICIPO.— EFECTOS INDEMNIZATORIOS.— El anticipo como parte del precio, que es fundamental en el desenvolvimiento del contrato, solo puede producir efectos indemnizatorios si se incumple plenamente, es decir, si no se atiende por el contratante dicha obligación. EJECUCION DE BUENA FE EN LOS CONTRATOS.— Artículo 1603 del C.C. LOS FACTORES NATURALES (vg. Clima) SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, CONSTITUYEN CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD PARA LOS CONTRATANTES, en lo que tenga o guarde relación directa con esas situaciones. PRORROGA DE UN CONTRATO.— Cuando se prorroga un contrato, se ha de suponer que el acuerdo de voluntad inicial, recogido en el documento primigenio, debe proyectarse hacia el futuro, mediante las previsiones negociales, como es la de ampliar el término señalado para la entrega de la obra, que por si sola no sirve para su modificación, sino que debe ser utilizada en todos los extremos del contrato, y frente, como es obvio, de las obligaciones de los contratantes.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de los Contencioso Administrativo — Sección Tercera — Bogotá, D.E., febrero veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 1540.
Actor: **Sociedad Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones, GRANDICON.**

I

LO QUE SE DEMANDA

Por conducto de apoderado, las Sociedades "GRANCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES, GRANDICON LIMITADA" y "OTERO PACHECO LIMITADA", solicitaron "que previa citación del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA —INCORA— establecimiento público del orden nacional con personería jurídica y patrimonio propio, y del señor fiscal de esa Corporación, y con observancia del trámite previsto en el Título Tercero, Capítulo XV del Código Contencioso Administrativo, se condene a la nombrada entidad representada por el doctor Jorge Torres Lozano, Gerente en ejercicio de la misma, a pagar a mis mandantes la plena indemnización por todos los perjuicios sufridos por las Sociedades que represento a causa de los incumplimientos por parte del INCORA de la Licitación Internacional Número 99 A.T. y del contrato número 070 para la construcción de la Presa y Canal Matuya del Distrito de Riegos Mahates María La Baja, Proyecto Bolívar número I y que se detallan en la siguiente relación de hechos y al pago de los intereses corrientes desde que se originaron los perjuicios y hasta el día del pago, dentro del término fijado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

II

LOS HECHOS

Una síntesis de los hechos y de los cargos que se formulan al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria es la que puede obtenerse al leer el alegato de conclusión presentado por el señor apoderado de los actores, en cuyos apartes esenciales se expresa:

"El consorcio formado por mis mandantes: "Grancolombiana de Construcciones, GRANDICON Ltda. y Otero Pacheco Ltda., hizo postura en la Licitación Internacional Número 99 AT para la construcción de la Presa y Canal Matuya del Distrito de Riegos Mahates-María La Baja, Proyecto Bolívar No. 1 parcialmente financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo a través del contrato celebrado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA con dicha Entidad, con anterioridad a la apertura de las licitaciones del Proyecto Bolívar No. 1 y que lleva fecha de noviembre 1 de 1966.

"Dentro de los pliegos de cargos elaborados para la ejecución de los contratos licitados estaba incluido un minucioso reglamento contentivo del contrato que debía suscribir el licitante favorecido y que se denomina "Libro I Normas Generales", de obligatorio cumplimiento para los contratantes entregado a los licitantes como base primordial para la formulación de las posturas y ni en él ni en documento alguno de la licitación se supeditó la adjudicación del contrato ni su celebración a la necesidad de obtener cualquier clase de aprobaciones por parte del Banco Interamericano de Desarrollo.

"Por la índole de la obra, construcción de una presa y canal de riego cuyos inviernos son particularmente rigurosos, los factores climáticos jugaban un papel definitivo en la iniciación de la construcción de la obra y era indispensable aprovechar el verano en la región para las excavaciones de la presa y de los canales, y como esta estación se presenta regularmente en los meses de diciembre, enero y febrero, la Licitación Internacional No. 99 AT se abrió en septiembre de 1968 para que de acuerdo con el "Libro I Normas Generales" (página 2-12 número 215) la adjudicación se hiciera dentro de los sesenta (60) días siguientes a la apertura de los pliegos y se adjudicara el contrato, a más tardar en el mes de noviembre de 1968 para comenzar los trabajos en diciembre del mismo año a fin de aprovechar los meses de verano en la ejecución de excavaciones y movimiento de tierras, de casi imposible ejecución en época de invierno.

"Abiertas las propuestas en septiembre de acuerdo con lo previsto, la adjudicación del contrato que ha debido hacerse en noviembre de acuerdo con los pliegos de cargos solamente se comunicó a mis mandantes en diciembre de 1968 y después de muchas dificultades y tropiezos por parte del INCORA, se suscribió el 24 de febrero de 1969.

"Dentro de los hechos brevemente relatados y que constituyen, por así decirlo, la etapa precontractual, o sea la transcurrida desde la postura, reglamentada por el "Libro I Normas Generales" suministrado por el INCORA, y la firma del contrato, el INCORA incurrió en los siguientes incumplimientos que configuran una culpa que ocasionó graves perjuicios a mis mandantes a todo lo largo del desarrollo del contrato, y que pueden resumirse así: a) Los postores, mis representados ciñéndose a lo previsto a la página 210, apartes 2-09 y 2-10 del Libro I, Normas Generales, trasladaron a los frentes de trabajo importes y costosos equipos y maquinaria para dar cumplimiento por su parte a las mencionadas regulaciones, los cuales permanecieron inactivos hasta que se autorizó por parte del INCORA el comienzo (1o. de marzo de 1969), b) Construyeron campamentos, los dotaron y engancharon personal en diversos lugares del país, y c) Lo que es más grave, tuvieron que iniciar los trabajos a finales del mes de febrero de 1969 cuando ya comenzaba en marzo uno de los más crudos inviernos que han azotado la región ...".

"..... el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, violó culpablemente la oferta irrevocable contenida en los pliegos de cargos y aceptado por los postores, por no haber adjudicado y celebrado dentro de las oportunidades precisadas en la oferta, ya que por no haber cumplido la norma contractual celebrada con el Banco .....", éste no le prestara su concurso o porque pretextaba la necesidad de obtener autorización del Banco, que ningún estatuto norma o regulación conocida le exigía, o porque abrió la licitación No. 99 AT cuando aún no había culminado formalidades que le era preciso cumplir.

"Todo lo anterior en cuanto hace relación a los incumplimientos del INCORA, en la etapa que podemos calificar de pre-contractual ... Los incumplimientos del INCORA ... a partir de la fecha de la firma del contrato ... pueden resumirse en cinco partes, así: a) Anticipo; b) Reprogramación; c) Consecución de materiales; d) Condiciones climáticas y e) Interrupciones de la obra.

"ANTICIPO.- ... Vino a entregarse cuatro meses después de suscribirse el contrato ...

"REPROGRAMACION.- ... los contratistas ... se vieron abocados a reprogramar la obra en circunstancias completamente diferentes a las tenidas en cuenta en el programa inicial de la licitación ...

CONSECUCION DE MATERIALES.- El hierro estructural de fácil consecución en el mes de diciembre de 1968, se encontraba prácticamente agotado en el mercado de la Costa a comienzos del año de 1969, y además de su difícil obtención su costo modificó los cálculos tenidos en cuenta en la propuesta.

"Interrupciones de la obra: Numerosos factores influyeron definitivamente en este renglón y consistieron en: a) Falta de adquisición oportuna de las zonas para la construcción de la presa ... b) Inclemencia del tiempo ... d) Carreteable ...

"CONDICIONES CLIMATICAS.- ... la obra tuvo que construirse prácticamente en invierno ...

"En resumen el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria incumplió, con grave perjuicio de los contratistas, la oferta irrevocable contenida en la licitación 99 AT y el contrato 070 para la construcción de la Presa y Canal Matuya por tardía aplicación del contrato demorada celebración del mismo; incumplimiento con el Banco Internacional por no aportar oportunamente las contribuciones a que estaba obligada de acuerdo con el contrato de empréstito y que produjo perjuicios a los contratistas por las demoras a que se ha hecho mención, y además por no pago oportuno del anticipo; por no adquisición y pago de las zonas para la construcción de la presa y sus canales, obras complementarias, zonas de préstamo y construcción de vías de acceso a las explotaciones; por no haber suministrado oportunamente las zonas para extracción de materiales: por demorar indebidamente el pago de las cuentas, y en fin por haber incumplido en todas sus partes el contrato licitado".

III

LAS NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS

Se estiman como violadas las siguientes disposiciones: artículo 7o. y 15 de la Ley 4a. de 1964; artículo 9o. de la Ley 36 de 1966 y artículo 1602, 1603 y 1604 del Código Civil.

IV

CONCEPTO FISCAL

Considera el señor Fiscal colaborador "que las súplicas de la demanda no pueden prosperar", para lo cual afirma:

"Como puede observarse de la narración de los hechos en que se apoyan las pretensiones de la demanda, el actor pretende deducir la falla del servicio, principal elemento de la responsabilidad estatal, en lo siguiente: A) En el retardo culposo por parte del INCORA en la adjudicación del contrato para la construcción de la Presa y Canal Matuya del Distrito de Riegos Mahates María La Baja, Proyecto Bolívar No. 1, correspondiente a la licitación No. 99 A.T. que ha debido hacerse en noviembre de 1968;

"B) En que el INCORA abrió la licitación internacional No. 99 A.T. sin haber culminado oportunamente las diligencias necesarias para obtener la aprobación del Banco Interamericano de Desarrollo;

"C) En que las cuentas presentadas por los contratistas de acuerdo con las previsiones, no se pagaron ordinariamente antes de los dos meses posteriores a su presentación;

"D) En que el INCORA no cumplió con los compromisos correspondientes de adquisición de los terrenos que debían ocupar los contratistas, lo cual ocasionó interrupciones que encarecieron en forma desproporcionada la obra;

"Que los contratistas advirtieron en los años de 1969 y 1970, al INCORA, los perjuicios por ellos sufridos con ocasión de la demora en la adquisición de los terrenos, en la falta de pago oportuno de los anticipos y en la escasez de hierro.

"Con relación al primer hecho, esto es, al retardo culposo por parte del INCORA en la adjudicación del contrato, el señor apoderado de la entidad demandada afirma que la adjudicación del contratro al proponente favorecido estaba sujeta a la aprobación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a efectos de que ella pudiera considerarse definitiva y, el contrato que hubiera de celebrarse al respecto, estaba sujeto para su validez a la aprobación previa del BID, tal como lo disponen los puntos 1) y 2) del Adendo No. 2 a los pliegos de condiciones de la Licitación Internacional 99 AT (que obran al expediente), aspectos estos que los proponentes debieron tener en cuenta para la elaboración de sus propuestas; que si el adjudicatario de la licitación trasladó, antes de suscribir el contrato y de darse la orden de trabajo, los equipos al sitio de la obra, lo hizo bajo su exclusiva y personal responsabilidad, tal como se hizo constar expresamente en comunicación de 8 y 17 de enero de 1969 (que obra al expediente).

"Y en verdad no existe constancia alguna en el expediente sobre la obligación por parte del adjudicatario de llevar al sitio de la obra todas las maquinarias, antes de formalizarse el contrato adjudicado.

"Por este aspecto, pues, no puede imputársele responsabilidad civil a la administración, al INCORA, y por lo mismo no está obligada a indemnizar perjuicio alguno. Es decir, este hecho no constituye falla del servicio.

"En cuanto a que el INCORA abrió la licitación internacional No. 99 A.T. sin haber culminado oportunamente las diligencias necesarias para obtener la aprobación del Banco Interamericano de Desarrollo, es cuestión que la parte actora ha debido tener en cuenta al momento de suscribir el contrato, pues si observaba que tal acto se hizo tardíamente, estaba autorizado legalmente para reclamar las modificaciones que en su concepto se habían operado con relación al Pliego de Condiciones contenidas en la Licitación. Como no lo hizo, purgó cualquier mora que hubiera podido imputársele al INCORA.

"Con respecto al hecho de que la parte demandante no pudo aprovechar el verano del mes de diciembre de 1968 y primer verano de 1969, es cuestión que no puede servirle al actor para pretender imputar una responsabilidad al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, ya que no se acreditó que en el pliego de cargos se hubiera garantizado que para esa fecha los trabajos se autorizarían. Además, en cuanto hace a las condiciones climatéricas y/o hidrológico, debe tenerse muy en cuenta lo estipulado en los Pliegos de Cargos, que disponen que 'Las suspensiones debidas a causas de orden meteorológico y/o hidrológico no se considerarán como fuerza mayor y no dará lugar a indemnización o ampliación del plazo estipulado'.

"Es decir, que esta circunstancia la han debido tener en cuenta los contratistas al presentar la propuesta para la licitación No. 99 A.T.

"En relación con el cargo de no haber pagado las cuentas antes de los dos meses posteriores a su presentación, se observa que si bien es cierto algunas de ellas fueron retardadas, no lo fueron en forma tan ostensible como para deducir un perjuicio de la magnitud que la parte demandante quiere asignarle, o, al menos, no se ha acreditado en esta forma".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El alegato de conclusión presentado por el apoderado de la Sociedad demandante, y que sirvió a la Sala para presentar los hechos, sintetiza los alcances de la pretensión, que permite precisar que se reclama del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, el pago de los perjuicios por el incumplimiento de sus deberes que surgen desde la etapa precontractual y que terminan con la entrega de las obras convenidas, pasando por ciertas demoras en la atención oportuna del anticipo y factores naturales, como propios de la región, como los climáticos que se mencionan.

2. Se debe, entonces, entrar a analizar cada uno de los hechos que, a juicio de la Sociedad actora, determinaron el incumplimiento del contratante, para, luego, calificar esos hechos alrededor del contrato y de su ejecución.

3. Para el demandante en ningún momento se supeditó la adjudicación del contrato, ni su celebración, a la necesidad de obtener cualquier clase de aprobaciones por parte del Banco Interamericano de Desarrollo. Y esa consideración, tal como se advierte en varios de los hechos de la demanda, incidió en la ejecución normal del contrato.

Sin embargo, aparece un oficio, visible al folio 38 del cuaderno de pruebas de la parte demandada, en la que la Sociedad GRANCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES, GRANDICON LIMITADA y OTERO PACHECO LIMITADA, se dirigen al INCORA para decir: "Asumiendo nosotros el riesgo de que el Banco Interamericano de Desarrollo no dé su aprobación y demoras inevitables en la legalización del contrato, proponemos a ustedes se sirvan permitirnos iniciar las obras el próximo 20 de enero y autoricen a su interventoría para que supervigile los trabajos que adelantamos". Es decir, no sólo expresan que conocen la relación de la obra con el crédito del Banco Interamericano, sino que asumen, antes de legalizarse el contrato, los riesgos que han de derivarse del hecho o de iniciar las obras sin contar con herramientas sustanciales, como sería el contrato mismo. Y como es obvio, esta manifestación tiene que hacerle producir efectos no contra el contratante sino a favor, puesto que él mismo al responder le autoriza la iniciación de las obras, pero con el riesgo que comportaba. El conocimiento de la relación con la institución de crédito internacional resulta ostensible en los términos del mencionado oficio, de otra manera no hubiera consignado por escrito esa petición. Más aún: se aportó el "Adendo No. 2, en los que se recoge en los puntos 1 y 2, que para la validez del contrato era necesario la aprobación de dicho organismo crediticio internacional, que debió ser conocido por los licitantes, por formar parte de los pliegos de condiciones.

4. Y vinculada a este hecho se acusa la demora en la legalización del contrato, que supone, como es obvio, que se agotaran todos los trámites administrativos para su formalización. Para los demandantes, desde la apertura de la licitación hasta el momento en que se les comunicó la adjudicación, pasaron varios meses, casi tres, cuando estaban previstos sesenta días. Y desde ese momento hasta la legalización transcurrieron 54 días más. Aducen los contratistas que todo ese atraso determinó perjuicios.

Sea lo primero observar, que mediante el oficio que se hizo mención anteriormente, los contratistas era sabedores de todo lo que estaba ocurriendo alrededor de la legalización del contrato. Algo más: pidieron que se le permitiera la iniciación de las obras antes de que colmaran todos los supuestos sustanciales y formales el negocio.

¿Estas dos situaciones, que surgen desde antes de la legalización del contrato puede ser interpretada, como un quebranto del negocio? En primer lugar, no eran aspectos

que se contraigan al contrato en sí, por cuanto están montados sobre una etapa precontractual, exclusivamente, y que, por tanto, impiden la consumación de algún daño, puesto que desde que se celebró el contrato, dentro de las circunstancias que se esgrimen los demandantes, era porque se querían sus efectos. No es que se haya purgado la mora. No. Es que los hechos referidos no fueron constitutivos de una conducta contraria a derecho, que permitan el calificativo de tal. Sí existieron inconvenientes, y por voluntad de las partes se superaron, a esto último, hay que hacerles producir plenos alcances, favorables para el desarrollo del negocio. Y es que los hechos que se señalan, como desatendidos, no pueden tener connotación para construir una mora. Si los contratistas suscribieron el contrato, no obstante el retraso que en la demanda destacan era porque, en verdad, querían su ejecución. Les hubiera bastado negarse a legalizar el negocio si encontraban razones legales de peso. Y mal sería, llevarlo a su efectividad negocial para luego invocar el atraso del contratante. Esto es, con la legalización del contrato los tropiezos presentados pasaron al plano de lo instrascendente jurídicamente hablando que no pueden ni deben generar indemnización alguna.

5. Los restantes hechos que señalan los demandantes giran alrededor de la ejecución del contrato, y que comienzan con la demora en la entrega del anticipo y que avanzan sobre la reprogramación, la consecución de materiales, las condiciones climáticas y las interrupciones de la obra.

6. Según los demandantes el anticipo le fue entregado cuatro meses después de suscribirse el contrato, cuando se debía cubrir después de la legalización. Empero los contratistas lo recibieron sin consignar su rechazo a ese proceder. Algo más: cuando se está frente al pago parcial de una obligación y esta se hace fuera del plazo, se produce la purga de la mora, por cuanto la conducta del acreedor en el sentido de aceptar tardíamente la atención de la obligación de deudor hay que entenderla como un propósito volitivo afirmativo y no negativo. La esencialidad de los términos, que juegan un papel importante en las obligaciones de pagar sumas de dinero, consulta, básicamente, la conducta que las partes pueden mostrar para el buen suceso del contrato y de sus relaciones negociales. Si los contratantes recibieron el anticipo de manera atrasada, sin objeción alguna, es porque se ajustaron a esa especial circunstancia del inicial y transitorio incumplimiento, para su superación posterior. Más todavía: con el reparo del acreedor, el hecho de recibir el pago, impide la reparación de cualquier daño real o supuesto. Y es que el anticipo, como parte del precio, que es fundamental en el desenvolvimiento del contrato, solamente puede producir efectos indemnizatorios si se incumple plenamente, es decir, si no se atiende por el contratante dicha obligación. Pero cuando se entrega, aún de manera retardada, y se reciba, no puede reputarse que esa desatención momentánea tenga la fuerza para endilgar mora. El retraso se supera, precisamente, con la aceptación posterior del acreedor, que exime de la mora.

Se podrá argüir que no se habla de mora sino de incumplimiento, a manera de simple retraso, y que, por tanto, se prestan argumentos para el resarcimiento de perjuicios. Empero, no puede ser entendido el asunto en esa dimensión, porque el incumplimiento en los términos planteados, en este punto, no puede ser considerado de la manera aislada sino que debe ser el resultado de las conductas de los contratantes: por un lado, de la entidad demandada, que obró con la prudencia y cuidado debidos, propios de la responsabilidad a su cargo, derivada de un contrato bilateral, en donde el elemento subjetivo de imputabilidad como deudor no surge con la evidencia de rigor; y por el otro, la de la parte actora, que al recibir el anticipo colmó la transitoria insatisfacción de su expectativa como acreedora.

Se requiere, por tanto, la valoración del comportamiento de los contratantes, en especial de la demandada, para saber si la demora en la entrega del anticipo, puede

abrigar un agravio al contratista. Lo cierto es que pagó. Atendió su compromiso. Es decir, mostró la cooperación que es requerida en una relación negocial. Y es que la manifestación de las sociedades demandantes de recibir el anticipo, en condiciones de simple atraso, refleja ese otro aspecto fundamental en la responsabilidad contractual; un reconocimiento de la situación en sentido positivo, en aras de superar el eventual escollo del pago. Si se considera, intrínsecamente, la conducta de los demandantes, en este punto concreto, no es de simple tolerancia, ni de amplitud negocial, sino que refrenda una voluntad de querer los efectos del contrato, que a partir de ese momento empezaba a despegar toda su eficacia y fuerza. Era, en suerte, la correlativa actitud de cooperación, también excluyente de responsabilidad contractual.

Y es que en este aspecto juegan papel importante la buena fe de los contratantes, que se debe concretar en la exteriorización de una conciencia social y ética propia del contrato celebrado, con criterio de reciprocidad, para llevar el contrato, a partir de esa etapa, a procurar un resultado útil de las prestaciones. Así debe ser entendido. Absurdo sería que se reciba el anticipo, se ejecuta y hasta terminen las obras convenidas, todo un plano de buena fe, como criterio de común intención de cooperación, para, luego, aducir una circunstancia pasada, atinente al factor de ejecución, como es el anticipo aceptado, se repite, por los demandantes. Y pesa otra razón; la lealtad que se exige en todo contrato, que ha de manifestarse con ese estado de conciencia, requerida en el desarrollo de un negocio jurídico.

Si la entidad demandada puso sus recursos en procura de servir los intereses, de ese instante, del contratista, para pagar, no puede ser materia de *injuria* alguna: que como es sabido se convierte en el elemento objetivo de responsabilidad.

Por eso, bien dice el artículo 1603, citado por los demandantes como violado. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y po consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenencen a ella. Y si existió una voluntad de pagar el anticipo, y así se hizo, es porque se quería cumplir, de modo positivo, con el contrato, para abrazar la totalidad de las conductas.

Entonces, no le bastaba al demandante alegar el retraso en el anticipo. Era su deber demostrar que la conducta de la entidad demandada, distaba mucho de un comportamiento normal, en otras palabras que obró con dolo o culpa (leve tenía que ser por la clase de contrato que interesaba a ambos contratantes). Y no probó, ni lo uno, ni lo otro, para hacerle imprimir efectos a esa transitoria desatención del contrato, porque el hecho objetivo del daño, que se aduce, debe ser imputable al deudor. Y, además, acreditarse al factor subjetivo de responsabilidad.

7. En cuanto a las condiciones climáticas que según el demandante se presentaban en la región, que imponían o aconsejaban la iniciación de los trabajos de la presa en determinada época, y que no logró, precisamente, por la demora en la tramitación y legalización del contrato, no es, tampoco, de recibo, para montar un incumplimiento de la entidad contratante por varias razones que a juicio de la Sala se deben consignar:

No se hace visible la relación que alegan los demandantes entre el contrato y las condiciones climáticas. En ningún pasaje del documento refleja esa circunstancia. Y, en verdad, el contrato tenía que marginar esa consideración de la ejecución del contrato, por cuanto impondría al contratante una exigencia superior a las formas naturales de negociación. Dentro de reglas normales de previsión, se encontraría la de no comprometer unos trabajos a las condiciones del clima de la región a adelantarse las obras, como se hizo consignar en el "Adendo" No. 2 a los pliegos de condiciones, visible al folio 45 del cuaderno No. 3.

Y los demandantes, en el oficio transcrito, solicitaron permiso para iniciar las obras antes de la legalización del contrato, y la entidad contratante, como también se anotó, accedió a ello. Es decir, una y otra parte, de manera armónica, trataron de superar cualquier eventual contratiempo por motivos climáticos.

Y si todo esto es así, no se le puede imputar ni culpa ni dolo al contratante, que sería la fundamentación central para irrogar un real daño. Con mayor argumento: ese reparo se formula en la etapa precontractual, que se supera, plenamente, con la legalización del contrato. Aquí cabe la pregunta: por qué las sociedades demandantes aceptaron formalizar el contrato, no obstante esas dificultades climáticas? Dentro de un desarrollo normal de las actividades, que surgen alrededor de un negocio jurídico, debe analizarse y estudiarse las conductas de los contratantes, para saber si de ellas se localiza un comportamiento que denote una actitud opuesta a la realización eficiente y oportuna de los deberes, tanto los contractuales como los preliminares, puesto que de éstos, en verdad, pueden surgir consecuencias que si se superan en la materialización del negocio, en cierta forma, se borran.

Todas estas consideraciones se pueden hacer extensivas a los otros hechos de la demanda que se contraen a la etapa contractual, como las relacionadas con la adquisición de materiales, como el hierro, para las obras, puesto que la escasez de esos elementos no pueden ser imputados al contratante, y menos aún, si ello corrió en la etapa precontractual, como se aduce en la demanda. De presentarse esa situación, el contrato señalaba el derrotero, al permitir los reajustes del caso, como un remedio a la alteración o modificación de los costos de obra —item 2.05, libro I.

8. Así mismo, todos los reproches, en cuanto a la reprogramación por razones climáticas o condiciones de las tierras, no pueden ser materia de estimación de incumplimiento del contrato por la entidad demandada, ya que los factores naturales, por sí solos, salvo prueba en contrario, constituyen causal de exoneración de responsabilidad para los contratantes, en lo que tenga o guarde relación directa con esas situaciones.

Las interrupciones de las obras alegadas por los demandantes, tampoco sirven de motivación de incumplimiento, porque de haberse presentado, fueron superadas a través de los reiterados actos de prórrogas de los contratos, en los que se destacaba lo pertinente a los plazos de entrega de las obras. Y es que a las prórrogas se les debe hacer producir los efectos que se suponen eran queridos por los contratantes, que no pueden ser otros, de acatar las situaciones que en su desarrollo se iban presentando, de tal manera que determinaban que su ejecución no se atendiera dentro del plazo inicial sino en el de las sucesivas ampliaciones.

9. Cuando se prorroga un contrato, se ha de suponer, que el acuerdo de voluntad inicial, recogido en el documento primigénio, debe proyectarse hacia el futuro, mediante las previsiones negociales, como es la de ampliar el término señalado para la entrega de la obra, que por sí sola no sirve para su modificación, sino que se debe ser utilizada en todos los extremos del contrato, y frente, como es obvio, de las obligaciones de los contratantes.

Se tiene que volver, en este aspecto, a lo dicho sobre el comportamiento mostrado por las partes que no se puede contraer a la época inicial del contrato, al plazo pactado, sino que se debe extender, en sus alcances y efectos, a todas las prórrogas, como manifestaciones de la voluntad de los contratantes.

Ninguno de los factores señalados por las sociedades demandantes, prestan razones para acomodarle a la entidad contratante incumplimiento generador de responsabilidad contractual, por cuanto las conductas observadas de conjunto o separadamente, no

fundamentan ningún daño imputable a alguna de las partes. Cuando el acreedor estima que su interés se lesiona, para que pueda dar origen a cualquier indemnización, procede, inevitablemente, que sea imputable al deudor. No de manera simple, sino bajo la asistencia del grado de culpa que emana de un contrato bilateral y de ejecución sucesiva, como es que se ha aportado al *sublite*.

Ha de repetirse: la buena fe con que las partes actuaron antes de la legalización del contrato y, luego, durante su ejecución, hacen ver que las conductas estaban dirigidas a la cooperación negocial, a querer todos sus efectos, a la atención normal del contrato. Y todo se hace relevante cuando a pesar de los inconvenientes surgidos en el desarrollo del contrato, las partes adoptaron posiciones que distan mucho de incumplirlo o de mostrar actitudes de rechazo. Las prórrogas, la no declaratoria de caducidad, la entrega de las obras, son expresiones de conductas, que deben ser apreciadas como el interés de los contratantes de cumplimiento, de manera positiva, del contrato, como valoración afirmativa del comportamiento, que debe ser entendido como jurídico, es decir, dentro del marco o ámbito del contrato.

En resumen:

a) En la etapa precontractual no puede establecerse responsabilidad si los propios intervinientes logran formalizar el negocio jurídico ofrecido, licitado o prometido, con prescindencia de cualquier hecho alterador, bajo el entendimiento que las voluntades que se expresan de esta manera van dirigidas a superar los escollos iniciales, puesto que subjetivamente no se aprecia ninguna conducta determinante de culpa, que seria el complemento necesario del hecho antijurídico que es el real o supuesto incumplimiento. Al no existir apremio para hacer el contrato de obra No. 070, improcedente la pretensión de perjuicios. Por el contrario: en un plan de armonía, se logró la legalización del contrato, y si se quiere llegar a los efectos indemnizatorios, de que trata el inciso infine del artículo 1610 del Codigo Civil, solamente podría acogerse frente a la mora del deudor, que emanaría de la inobservancia plena o total del acto creador de la obligación de hacer. Y ya se ha dicho que no operó la mora, ni el atraso culpable, para la concreción del contrato de obra, tantas veces mencionado.

b) En la etapa contractual, el deber de resarcir la lesión injusta del agravio que dicen los demandantes le causó la entidad contratante, no se ofrece, porque el comportamiento de las partes en el desarrollo del contrato, demuestra la actitud normal y propia de la lealtad y buena fe, contractuales, completamente distante de la culpa o del dolo, y por ende de responsabilidad contractual, de acuerdo a las precisiones formuladas anteriormente. Las prestaciones se cumplieron; y por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, los distintos actos realizados, en torno a las prórrogas del plazo, merecen una calificación, en sentido positivo, para establecer el querer de los contratantes.

No se puede prescindir, entonces, de las circunstancias subjetivas que se observan dentro del proceso, por cuanto ellas colman los factores de integración contractual, que excluye, por consiguiente cualquier responsabilidad. Si para los demandantes todos los hechos, presentados en la demanda y esgrimidos a lo largo del proceso, son constitutivos de daño, la falta contractual, indispensable para la consolidación de la indemnización, no se manifiesta a través de la conducta de la entidad contratante.

Algo más: la ejecución de un contrato, como el que ha sido materia de estudio en esta providencia, trae consigo, la más de las veces, inconvenientes o contratiempos. De ahí que sea un deber del juzgador atender no solo detalles particulares de su desarrollo, sino que comprometa el análisis del comportamiento general de las partes, para poder localizar la falta contractual.

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.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección. **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango**, (no asistió).

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— CONTRATO ADICIONAL.— No celebrado por omisión de la entidad pública que ordenó la ejecución de nuevas obras y las recibió a satisfacción, sin preocuparse de la suscripción del contrato que la respaldaba. La conducta de la Administración (omisiva en cuanto a la celebración del contrato adicional y activa en lo que se refiere a los poderes de control y cumplimiento de lo que se ejecutó), configura un hecho de la misma perjudicial para la sociedad que construyó, además de las obras pactadas en el contrato principal, las adicionales. LA ACCION INDEMNIZATORIA derivada del contrato adicional no suscrito no tiene sustento obligado, vistas las normas que regulan la celebración y ejecución de los contratos Administrativos. ACTIO IN REMVERSO.— Elementos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., marzo 9 de 1984.

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente No. 2850. Ordinario Contratos.
Actor: **PRISEGO LTDA.**

En escrito de 14 de noviembre de 1979 la firma Prisego Ltda. demanda al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que se declare su incumplimiento del contrato No. 2507 de 1o. de diciembre de 1977 y su propio cumplimiento y se ordene en consecuencia que "estando ordenada la liquidación del contrato No. 2507 de diciembre 1o. de 1977, mediante Resolución No. 000132 de 23 de enero de 1979 proferida por la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, esta entidad dentro del término previsto en el artículo 121 del C.C.A., a través del liquidador designado para ello y del respectivo Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República, debe proceder a ello, para lo cual se tendrá en cuenta los fondos del anticipo suministrado al contratista; las actas de entregas parciales de obra Nos. 3 de marzo 6, 5 de mayo 2, 8 de junio 7, 9 de julio 7, 13 de noviembre 15 y 14 de noviembre 15 de 1978, todas; las actas de reajuste de precios Nos. 10, 11 y 12 de septiembre 7 de 1978, 16, 17 y 18 de noviembre 15

de 1978; el acta de obras adicionales No. 15 de noviembre 15 de 1978; los descuentos efectuados en ellas para abonar al anticipo; el valor de las retenciones del 5% efectuadas en ella para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales a los trabajadores empleados por el contratista en la construcción de la obra; así como lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 808 de abril 11 de 1979, o sea, que por no haberse efectuado los pagos después de los treinta días siguientes a la presentación de las cuentas a que se refieren las actas Nos. 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, y 18 de septiembre 7 y noviembre 15 de 1978 al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el índice de ajuste de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor de la sociedad contratista". En subsidio solicita el reconocimiento de los factores indicados a folios 4 del libelo y el pago de las cifras allí determinadas correspondientes a retenciones sobre actas hechas por la entidad demandada; a reajustes de precios según actas Nos. 10, 11, 12, 16, 17 y 18; a entrega parcial de las obras y a obras adicionales.

En subsidio, solicita que se le paguen las sumas de dinero debidos por obra ejecutada y sus reajustes según el detalle que obra a folios 4 del c. No. 1.

Como hechos se narran, en síntesis:

a) Que por resolución No. 2465 de 12 de septiembre de 1977 el ICBF ordenó abrir la licitación privada No. 016 de 1977 para la construcción de la bodega de la planta de Bienestarina de Paipa.

b) Que mediante resolución 03000 de 21 de octubre siguiente se adjudicó el contrato a la firma Prisego Ltda.

c) Que el 1o. de diciembre de 1977 se suscribió el contrato entre las partes, en el cual se dejó expresa constancia que las obras era aproximadas y podrían aumentar o disminuir durante la ejecución, sin que diera lugar a reclamos o modificaciones en los precios.

d) Que la cláusula 27 contempló la celebración de contratos adicionales para ejecución de obras complementarias o adicionales, con el lleno de los requisitos establecidos para la validez del contrato principal.

e) Que según acta 1 de 23 de enero de 1978 los trabajos se iniciaron ese diciembre y debían terminar el 15 de mayo siguiente.

f) Que por petición del contratista se concedieron varias prórrogas, por los motivos expuestos en los hechos 10; 18; 19.

g) Que el 29 de mayo Prisego recibió la petición para que se hicieran obras adicionales (oficio No. 005723 de mayo 22 de 1978).

h) Que la demandante suministró todos los documentos requeridos para la suscripción del contrato adicional.

i) Que según acta No. 6 de la Junta de Construcciones de 14 de julio de 1978, se decidió realizar el contrato de obras complementarias y adicionales ordenado por el doctor Jairo Leal en carta de 10 de mayo, por un valor que no pasara del 50% del contrato.

j) Que mediante comunicación 314 de julio 24 Prisego presentó, atendiendo sugerencias del interventor, pliego de modificaciones para la celebración del mencionado contrato adicional, en el cual se contemplaba la ampliación de la bodega.

k) Que la obra se ejecutó en su totalidad y empezó el proceso de liquidación por orden de la Dirección General.

l) Que en los primeros días de abril de 1979 se inició esa etapa, pero el acta pertinente no se formalizó por cuanto no se habían suscrito los contratos adicionales en los que constara la mayor cantidad de obra ejecutada u obras adicionales, porque requería para su validez la aprobación del Director General del Instituto.

m) Que habiendo pasado tres meses sin que la Dirección se pronunciara, Prisego se dirigió al doctor Juan Jacobo Muñoz para que se procediera a ello y se pagaran las cifras adeudadas.

n) Que en oficio 1065 de 28 de agosto de 1979, el Director del ICBF le contestó a la firma constructora que no era posible la legalización de la adición del contrato 2507: a) Porque este contrato se prorrogó varias veces, estando vencidos los plazos; b) Porque se ordenaron obras adicionales y complementarias no previstas en los pliegos de licitación, ni en la oferta del contratista, ni en el contrato principal; c) Porque no existe reserva presupuestal; d) Porque para poder reconocer el pago de esas obras se requiere la aprobación del Congreso Nacional.

De folios 9 a 12 se estudia la fundamentación jurídica de la demanda en torno a los siguientes artículos: 2, 16, 21 y 30 de la Constitución Nacional; 1494, 1495, 1524, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1618, 1621, 1622 y 1624 del CC; 1, 2 del Decreto 849 de 1979; 66, inciso 2o. del C.C.A.; 1, 17, 34, 39, 43, 45, 70, 74, 158, 159, 191, 192, 193, 194 y 197 del Decreto 150 de 1976.

Insiste la parte actora que el problema de fondo radica en que la entidad demandada luego de haber ordenado la liquidación del contrato 2507 de 1977, por haberse ejecutado toda la obra y entregado a satisfacción, no le impartió aprobación al citado trabajo de liquidación cumplido por ambas partes contratantes por los motivos que se dejaron expuestos en el literal n) precedente.

Afirma, además, que existen aspectos que no pueden echarse de menos en la presente controversia, como son: que la obra en su totalidad fue ordenada por la entidad contratante y fue ejecutada satisfactoriamente por la demandante; que la adicional o la mayor cantidad de obra no ha sido pagada a la persona que la ejecutó; pero que sí fue recibida; y que sería contrario a la justicia y a la equidad que la administración pudiera enriquecerse injustamente a costa del empobrecimiento de la sociedad contratista apoyada en razones de procedimiento que no quiso ella misma observar. Y que sería contrario a todo principio de justicia y equidad, que la administración beneficiada con ella, pudiera enriquecerse injustamente a cargo de la sociedad contratista, negándose y eximiéndose del pago de su valor con fundamento en razones jurídicas de procedimiento que no quiso observar ella misma.

Para la señora fiscal las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar. Así, en su vista de junio 27 del presente año, arguye que como el contrato ya fue liquidado y la liquidación fue aceptada por el contratista, nada distinto puede reclamar. Para respaldar su aserto hace referencia a la copia del acta de liquidación suscrita por la demandante y que obra a folios 227 y siguientes del cuaderno No. 2. Agrega, además:

"En el contrato 2507 de diciembre 1o. de 1977, expresamente en la cláusula vigésima séptima se dijo:

"CONTRATOS ADICIONALES.— Cuando por circunstancias tales como ejecución de obras complementarias o adicionales, o cualquier otra que implique la necesidad de modificar el plazo o el valor del contrato, y no se trate de reajuste de precios, se suscribirán contratos adicionales con el lleno de los requisitos establecidos para la validez del contrato principal, estipulados en la cláusula Trigésima Segunda".

"En la Trigésima Segunda se estipuló: "VALIDEZ. Este contrato requiere para su validez, el registro y pago de los impuestos de Timbre Nacional, la publicación en el Diario Oficial, la reserva presupuestal, la constitución y aprobación de las garantías, el Paz y Salvo de Renta y Patrimonio y Certificado de Aportes a la Ley 27 del CONTRATISTA".

"El contrato al estipular lo anterior estaba ciñéndose a lo que establece la ley sobre contratos adicionales (artículo 45 del Decreto 150 de 1976).

"Para realizar obras por fuera de las contratadas, ya fuera complementarias o adicionales, deben las partes suscribir previamente un contrato escrito que debe llenar todos los requisitos del contrato principal.

"En el presente caso es un hecho afirmado por la misma sociedad actora, que ese contrato adicional no se suscribió, pese a lo anterior el Contratista realizó obras adicionales.

"No puede alegarse la ignorancia de la ley, o afirmarse que existió incumplimiento por parte de la Administración.

"Tanto el Contratista como la Administración obraron en el presente caso olvidando lo que dispone la ley, la cual prohibe ejecutar contratos que no estén perfeccionados (artículo 202 Decreto 150 de 1976).

"Existiendo la anterior circunstancia, resulta contrario a la ley ordenar el pago de lo que se solicita en la demanda".

Por su lado el ICBF en su alegato acepta que celebró el contrato 2507 de 1977 para la construcción de la bodega de Bienestarina de Paipa con Prisego, por un valor inicial de $ 1'619.219.38 y para un área de construcción de 813 metros cuadrados y 42 metros cuadrados de patio; que posteriormente se construyó obra adicional de 240 metros cuadrados. De este último aspecto infiere que el contratista excediendo los pliegos, su oferta y las cláusulas contractuales, "ejecutó obra adicional no prevista en el contrato, ejecución que además no reunió los requisitos legales (artículo 45 del Decreto 150 de 1976) y se apartó flagrantemente de lo convenido. Afirma, igualmente, que se desconoció el artículo 202 del citado estatuto porque según esta norma solo podrían ejecutarse los contratos debidamente perfeccionados.

La parte demandante insistió en sus puntos de vista, ampliamente expuestos en el libelo, y recordó que la liquidación fue suscrita por la contratista pero quedó sin validez alguna por no haberla aprobado el representante legal del Instituto.

Para la Sala asiste la razón a la parte actora, como pasa a explicarse y no al ministerio público.

Pero para arribar a esa conclusión debe aceptarse el enfoque hecho frente a la petición subsidiaria.

La demanda principal no tiene cabida en el presente caso por cuanto el contrato 2507 de 1977 no solo se cumplió en su integridad, ya que su ejecución se sujetó en un todo

a lo convenido, sino porque la indemnización pretendida va más allá de lo pactado en el mismo y tiene una causa diferente. No contradice la afirmación precedente el hecho de que ese mismo convenio haya posibilitado la ejecución de obras por fuera del mismo. Obras que si bien pudieron legalmente ser el desarrollo de un contrato adicional, en la práctica quedaron extra contrato, por voluntad no del contratista, quien suministró todos los datos y llenó todos los requisitos para su celebración, sino de la entidad demandada la que con su conducta lo impulsó a la ejecución de las nuevas obras para, una vez ejecutadas y recibidas a satisfacción, negarle el valor de las mismas.

En otros términos, la relación obligacional es típicamente extracontractual, ya que la causa no es ni puede ser el contrato 2507, sino el hecho de la administración, su conducta dirigida a obtener un beneficio adicional a costa del ejecutor del aludido contrato. Este no fue más que el marco que propició y facilitó la nueva construcción, pero no su causa eficiente.

La Fiscalía en su concepto partió de una premisa que no tiene respaldo probatorio dentro del proceso. Si bien es cierto el Instituto ordenó la liquidación del contrato 2507 mediante resolución 00132 de 23 de enero de 1979 (a folios 180 del c. No. 2) y ésta se llevó a cabo mediante acta de abril de ese año suscrita por el interventor de la obra, doctor Carlos Medina V. la auditora fiscal del Instituto, doctora Silvia Estela Peña C., por el liquidador Paulino Nieto D. y por el Director Regional del ICBF doctor Jaime Meléndez B. (ver documentos a folios 227 y siguientes del c. No. 2), no es lo menos que la advertencia final dejada en ese documento en el sentido de que debía ser aprobada por el director del Instituto no se cumplió, quedando así esa liquidación sin efectividad alguna. Se confirma este aserto con el oficio 1065 de 28 de agosto de 1979, mediante el cual la dirección le contestó a Prisego, dándole como razones de su negativa: a) que el contrato original se prorrogó varias veces, aun estando vencidos los plazos; b) que se ordenaron obras adicionales y complementarias no previstas en los pliegos, en la oferta del contratista o en el contrato principal; c) que no existía reserva presupuestal para tales efectos; y d) que el reconocimiento en tales condiciones no podía ser aprobado sino por el Congreso Nacional.

Lo precedente muestra que la señora fiscal no tiene la razón, la que estaría de su parte si la liquidación hubiera sido aprobada por la dirección del Instituto.

Como se presentaron las cosas esa liquidación no puede entenderse sino como un simple proyecto. En cambio, frente a las liquidaciones definitivas ha dicho esta Sala en pasadas oportunidades que el acto de liquidación puede impugnarse por los contratistas, siempre y cuando no hayan suscrito el acta correspondiente o cuando habiéndolo hecho hayan dejado reparos u observaciones; porque cuando la suscriben sin más, la firma equivale a aceptación o conformidad en sus términos e impiden el debate posterior sobre los extremos de la liquidación así cumplida entre las partes contratantes.

La defensa esgrimida por la entidad pública, aunque fundada formalmente en el texto de la ley, muestra una posición un tanto equívoca, ya que indujo al contratista a la ejecución de obras adicionales y éste no tuvo otra salida diferente, dada la forma como se cumplieron los hechos. Recuérdese que la necesidad de esa ampliación surgió durante la ejecución de la obra inicialmente pactada y por estimarla indispensable el Instituto.

Razones de buen servicio impusieron esa ampliación, la que encajaba, por lo demás, dentro de los porcentajes de tolerancia permitidos por la ley en esta clase de contratos.

No se discute que el contrato 2507 permitía la ejecución de obras complementarias o adicionales. Baste leer la cláusula 27 para rebatir la afirmación hecha por la Dirección

del ICBF en el sentido de que el contratista al construirlas desconoció los términos del contrato. Esa permisión es expresa. Cosa diferente es que para tal efecto debía celebrarse contrato adicional con sujeción a los requisitos establecidos en la cláusula 32. Y aunque el contrato no hubiera previsto esta clase de obras adicionales o complementarias, su autorización se encontraría en la misma ley.

Están de acuerdo las partes en que la bodega inicialmente contratada fue ampliada en 240 m^2 (ver escrito a folios 23 y siguientes del c. principal) y que dicha ampliación fue ordenada por la administración (ver acta de 14 de junio de 1978 a folios 64 del c. No. 2). Igualmente se evidenció que el contratista, por petición de ésta, presentó la documentación requerida para la celebración del contrato adicional. Al respecto deben observarse los documentos que obran a folios 69, 70, 80 y 107 (acta No. 7B de 6 de septiembre de 1978, 109 y 174).

Vistos los hechos precedentes, debe concluirse que el contrato adicional no se celebró por omisión de la misma entidad pública, la que ordenó la ejecución de nuevas obras y las recibió a satisfacción, sin preocuparse de la suscripción del contrato que las respaldaba. Frente a esa actitud no tenía el contratista otra alternativa diferente que ejecutarlas, máxime cuando la misma administración para moverlo a ello lo requirió para que suministrara la documentación necesaria para la suscripción del convenio adicional. Con esa perspectiva trabajó el contratista, quien nunca pensó que la administración lo estaba embarcando en una empresa sin solución.

La conducta de la administración (omisiva en cuanto a la celebración del contrato adicional y activa en los que se refiere a los poderes de control y cumplimiento de lo que se ejecutó) configura un hecho de la misma perjudicial para la sociedad que construyó, además de las obras pactadas en el contrato 2507, las adicionales.

Dada la no suscripción del contrato adicional (aspecto en el que coinciden los contratantes) las acciones indemnizatorias derivadas del mismo no tendrían su sustento obligado, vistas las normas que regulan la celebración y ejecución de los contratos administrativos.

Pero enfocada la relación obligacional desde el punto de vista de los hechos de la administración (petición y señalamiento de la ampliación de los patios; negativa, sin argumentos valederos y oportunos, a la celebración del convenio adicional; exigencia de requisitos para su celebración; control de la ejecución de la obra nueva y recepción de la misma a satisfacción), hay que concluir que el ejecutor de las obras nuevas es acreedor a resarcimiento so pena de un enriquecimiento sin causa de la administración. Para tal efecto, se dan en el presente caso todos los elementos de la actio in remverso. Se produjo un enriquecimiento de la administración, un empobrecimiento correlativo en la contratista, éste y aquél sin causa y en la práctica el perjudicado no tiene una acción específica para el restablecimiento de su derecho.

Atrás se dijo por qué la contractual no era procedente y a esos argumentos se remite la Sala.

En cambio, por la vía del enriquecimiento, con suficiente aproximación a la extracontractual, la solución del litigio es posible.

Nadie discute que la administración al recibir la obra debidamente ampliada, se enriqueció en este extremo; y que el contratista al ejecutarla con sus propios recursos, sufrió un empobrecimiento correlativo.

Considera así la Sala que Prisego tiene la razón y que deberá ser indemnizada, ya que se acreditaron bien los presupuestos de la responsabilidad. Se comprobó que la sociedad demandante ejecutó ciertas obras adicionales a satisfacción de la entidad demandada y que ésta no ha pagado nada por dicho concepto, enriqueciéndose en consecuencia; la ejecución cumplida empobreció a la constructora.

La condena deberá hacerse en concreto, ya que el acervo probatorio demuestra tanto la clase y cantidad de la obra adicional ejecutada como su valor. Juega en esta determinación un papel decisivo el proyecto de acta de liquidación final de abril 6 de 1979 (a folios 227 y siguientes del c. No. 2), comprensiva no solo de la construcción cumplida con base en el contrato 2507 de 1977, sino también de la hecha por fuera del mismo. Y se le da acogida a ese documento sobre tales extremos porque fue elaborado por la propia entidad demandada y el contratista lo suscribió sin salvedades. Por tanto, obliga a ambas partes máxime cuando en la presente controversia los factores allí tenidos en cuenta no fueron siquiera cuestionados.

La parte actora fue tan consciente de esta circunstancia que en su libelo (petición subsidiaria) respetó en un todo lo que fue materia de ese proyecto de liquidación. En el documento que lo contiene se dejó expresa constancia que él comprendía todo lo relacionado con obras adicionales, complementarias y reajustes. Los datos allí anotados no fueron objetados y aparecen respaldados documentalmente dentro del expediente, con las copias de las actas y recibo de obras.

Por tal razón, el saldo de $ 1'366.472.00 que el proyecto muestra a favor de Prisego, será tenido como el valor inicial de la condena, el que deberá actualizarse, según lo pedido, mediante la aplicación de la fórmula matemática $VF = vp\,(1 + i)^n$ siguiendo en esto la orientación jurisprudencial.

En tales condiciones $ 1'366.472.00 de 6 de abril de 1979 son a la fecha de este proveído (29 de febrero de 1984) $ 3'217.318.70 porque:

VF = Valor final.
vp = Valor presente.
i = 24% ó 1.808.
n = 48 meses.
$VF = 1.366.472\,(1 + 0.018)^{48}$ = $ 3'217.318.70.

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 responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por los hechos narrados en la motivación. En consecuencia se le condena a pagar a la firma Prisego Ltda., la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS DIEZ Y SIETE MIL TRESCIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($ 3'217.318.70) por concepto de indemnización.

El Instituto pagará dentro de los términos de los artículos 121 y 122 del C.C.A. Pasada la oportunidad indicada, una vez se haya formulado la cuenta de cobro en debida forma, reconocerá intereses a la tasa del 24% anual.

Deniéganse las demás súplicas de la demanda.
Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 8 de marzo de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**
Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— RELACION PRECONTRACTUAL.— Incumplimiento del negocio nacido de la adjudicación de la Licitación. Acción pertinente, campo contractual.
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— PLIEGO DE CONDICIONES.— INCUMPLIMIENTO.— Es el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades, es un desarrollo del proceso negocial, sobre bases predeterminadas. La Administración puede rechazar las propuestas, cuando éstas no reúnan las condiciones que se establecen en el pliego; en cambio cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego surge para la Administración la obligación de calificar cada una de ellas para hacerle producir el efecto jurídico deseado, que no es, nada distinto, a que en la adjudicación se cumpla con todo el proceso negocial de formalización del contrato.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E. marzo veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 2418.
Actor: **INSTRUMENTOS CIENTIFICOS LTDA.**

Cumplido el trámite correspondiente, en forma normal se procede al estudio para decisión.

I

A.— En demanda presentada por el apoderado de Instrumentos Científicos Ltda., se piden las siguientes declaraciones:

PETICION PRINCIPAL

1a. La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales está obligada a cumplir con la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., con la adjudicación en su totalidad y por la cantidad establecida en los pliegos de condiciones de los items 1, 3, 67 y 68, de que trata la licitación No. 001 de 1977, por un valor total de acuerdo a lo propuesto y establecido de treinta y un mil ochocientos treinta dólares (US$ 31.830.oo). Para que en esta forma se dé cumplimiento a las obligaciones contractuales que de acuerdo con la ley surgen de los Pliegos, la propuesta y la adjudicación.

2a. Que como consecuencia de la anterior declaración se indemnice a la firma Instrumentos Científicos Ltda., de todos los perjuicios que se le ocasionaron o llegaren a ocasionarle por el incumplimiento de las normas legales relacionadas con la adjudicación.

II

PETICION PRINCIPAL

En caso de que para el momento de dictarse la sentencia en el presente proceso sea imposible para la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales cumplir con las obligaciones tanto legales como contractuales que se desprenden de la Licitación 001 de 1977 que se condene a dicha institución a cancelar a mi poderdante la totalidad de los perjuicios ocasionados (lucro cesante, daño emergente) según la tasación que de ellos se hagan en el transcurso del proceso y durante los trámites de los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

PETICION SUBSIDIARIA

Que se condene a la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, a pagar a mi poderdante los perjuicios ocasionados por las actitudes ilegales de las autoridades de dicha institución al no efectuar en debida forma la adjudicación de la licitación 001 de 1977.

B.— Los hechos los presenta el demandante así:

"PRIMERO.— La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, ubicada en la ciudad de Villavicencio, abrió a principios del año de 1977 la Licitación No. 001 de dicho año, que tenía por objeto el suministro de material docente consistente en equipo de laboratorio de Química, Física, Biología, Agronomía y Veterinaria por importación directa.

"SEGUNDO.— Los pliegos de condiciones para dicha licitación fueron divididos en varios ítems que van del uno (1) al doscientos siete (207) inclusive, según los distintos objetivos para cada ítems.

"TERCERO.— En cada ítems de los que trata el punto anterior se hace una descripción de los elementos necesarios en cuanto a sus cualidades y objetivos y se define de manera clara y concreta, para efectos de las propuestas de cantidad de unidades de que trata cada uno de esos ítems.

"CUARTO.— Teniendo en cuenta el pliego de condiciones de la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., presentó dentro del término legal para ello, propuesta para los ítems del uno (1) al siete (7), del sesenta y siete (67) al sesenta y nueve (69), para el setenta y seis (76) y para el doscientos siete (207), ciñéndose en todo a las cantidades, cualidades y características exigidas por el Pliego de Cargos.

"QUINTO.— Igualmente cumplió la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., con todos los requisitos propios de la licitación, como presentación de precios unitarios, garantías, etc.

"SEXTO.— Los Pliegos de Condiciones elaborados por la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales para la Licitación Pública No. 001 de 1977, se presumen ceñidos en todo al decreto 150 de 1976 que rige para esta Entidad.

"SEPTIMO.— De acuerdo con el pliego de condiciones a que hemos hecho referencia en el punto anterior, cada item de dicho pliego tenía especificada una cantidad de elementos para el mismo y la propuesta, desde luego, debía basarse en el cálculo del valor sobre dicha cantidad y para dicha cantidad. En esta forma la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., al llenar cada item le dió el valor a cada unidad y cuando ésta unidad está referida a una cantidad superior a una le dio el valor total que cada una implicaba.

"OCTAVO.— Cumplidos los requisitos tanto por la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales como por la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., se procedió al cierre de la licitación y al estudio comparativo de las propuestas para que de acuerdo con ellas se adjudicaran por separado los items según los requisitos y condiciones que tanto el Decreto 150 de 1976 como el Decreto 105 de 1977 y en el Código de Comercio, establecen.

"NOVENO.— Con fecha cinco de octubre de 1977 la Secretaría General de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales dirigió a la Sociedad Instrumentos

Científicos Ltda., el oficio Código 8 No. 372, por medio del cual se le informa que según acta No. 008 de septiembre 26 de 1977 de la Junta de Compras de la universidad, de la licitación pública No. 001 de 1977 a mi poderdante se le había adjudicado el ítem uno (1) consistente en:

"Microscopios Binoculares de laboratorio marca "PZO" modelo M556 30 para uso profesional en ciencias biológicas, médicas y similares.

"La cabeza binocular con distancia interpupilar ajustable, y corrección para la agudeza visual, inclinada en 45Y y reversible. El revólver para cuatro objetivos, el carro mecánico (con tornillos de mando coaxial) graduados con nonios. El condensador tipo Abbe de 1.2 NA., con porta filtros y diagrama iris, y movimiento con tornillo y cremallera.

"Los tornillos de macro y micro en un solo eje de mando coaxial.

"Lámpara para conectar a red de 110 V., intercambiable con espejo plano-cóncavo.

"Objetivos: 5x, 10x, 40x amortiguado y 100x de inmersión y amortiguado.

"Oculares Pares: Tipo Buygens: 5x, 10x, 15x.

"Accesorios: 2 conchas oculares, pincel, franela, funda plástica, 4 filtros.

"Estuches de madera fina con manija y cerradura.

"6 bombillos de repuestos 110V-15W.

"Elementos de limpieza.

"PARA EL PRIMER ITEM 1o. 2o. SEGUNDA.

OFERTA.

"Microscopio Binocular de laboratorio marca "PZO" modelo MS85 para 38 uso profesional.

"La cabeza binocular con distancia interpupilar ajustable para la agudeza visual inclinada en 45º y reversible. El revólver para cuatro objetivos, el carro mecánico (con tornillo de mando coaxial) graduado con nonios. El condensador Abbe de 1.2 N.A., con porta filtros y diagrama iris y movimiento con tornillo y cremallera. Los tornillos y micrométricos de un solo eje de mando coaxial.

"Base iluminada, bombilla para conectar a red de 110-125 V 15 W.

"Objetivos: 5x, 10x, 40x resortado, 100x de inmersión y resortado.

"Oculares pares: Tipo Huygensñ 5x, 10x, 15x.

"Accesorios: 2 conchas oculares, pincel, funda plástica, cuatro filtros, estuche de madera fina con manija y cerradura.

"Elementos de limpieza.

"El ítem tres (3) consiste en:

"Microscopios estereoscópicos en transiluminación para luz reflejada. Es destinado para uso profesional y de rutina. Cambios de aumentos instantáneos. La cabeza binocular inclinada a 45º con ajuste de distancia interpupilar y las dioptrías de agudeza visual. Tiene conchas oculares. La cabeza binocular puede estar 360º subre sù eje o columna vertical.

"Sistema eléctrico para transiluminación por debajo. Para luz reflejada hay un iluminador articulado y girable con lente colector y diafragma.

"Campo visual desde 2 hasta 44 mm.

"Distancia en objetivos pares hasta la platina 100 mm.

"Transformador de bajo voltaje entrada 110 V salida 6 V.

"1 par oculares: 6.3x y un par de 25x.

"Objetivos pares ortoscópicos fijos en el tambor 0.63x, 1x, 1.6x, 2x y 4x de selección instantánea.

"Círculos porta-objetos: metálicos blanco-negro, blando esmerilado de vidrio, blanco transparente.

"Par de uñas, funda plástica, cepillo, franela, 4 bombillos de 6V 20 W.

"PARA EL TERCER (3) ITEM SEGUNDA OFERTA.

"Microscopios estereoscópicos marca "PZO" modelo MSt 127. 20 para visión tridimensional en fuerte relieve para la enseñanza universitaria, geología, etc. La base del microscopio lleva montada fija una columna altura regulable y ladeable hasta 360º. La base se puede inclinar unos 20º para facilitar la observación de transiluminación mediante espejo.

"Aumentos desde 12.5x hasta 85x, diámetro del campo visual 2.7 cm. hasta 15 mm, límite de desplazamiento vertical 110 mm.

"Objetivos Pares: 1x, 2x, 3x, 5x.

"Oculares Pares: 12.5x y 17x y un par de concas oculares.

"Porta objeto de metal y vidrio, un par de uñas para sujetar el objeto, espejo, funda plástica, descripción técnica, estuche de madera dura.

"El ítem sesenta y siete consiste en:

"SICROMETRO CON TABLA SICOMETRICA Modelo T2-9 de aspiración, accionamiento o muelle, gama de medición de los termómetros de 30 a + 50ºC., graduación elemental 0.2ºC, peso 1.5 Kg., y el item sesenta y ocho consiste en:

"FLUVIOMETRO Hellman 230 con barra de montaje y probetas modelo B-200".

"DECIMO.— Según estos ítems adjudicados y la propuesta presentada por mi poderdante, tenemos que el ítem uno (1) tenía para una cantidad de treinta (30) Microscopios Binoculares de los requeridos, a un valor unitario de quinientos veinte dólares (US$ 520.oo), un valor total de quince mil seiscientos dólares (US$ 15.600.oo).

El ítem tres (3) para veinte (20) Microscopios Estereoscópicos con una valor unitario de ochocientos dólares (US$ 800.oo), para un total de diez y seis mil dólares (US$ 16.000.oo). El ítem sesenta y siete (67), un valor total de ciento noventa dólares (US$ 190.oo), y el ítem sesenta y ocho (68) un valor total de cuarenta dólares (US$ 40.oo), es decir que a la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., siguiendo los ordenamientos del Decreto 150 de 1976 y cumpliendo con los requisitos del Pliego de Condiciones se le debieron haber adjudicado materiales por un valor total de treinta y un mil ochocientos treinta dólares (US$ 31.830.oo).

"DECIMO PRIMERO.— En la misma comunicación de 5 de octubre de 1977 de la Secretaría General de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales a que hemos hecho referencia anteriormente se manifiesta a mi poderdante que debe acercarse a las oficinas de dicha universidad entre los días 13 y 14 del mes de octubre de 1977. En efecto mi poderdante como lo ha certificado la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales se presentó en las oficinas de esta el día 13 de octubre del año de 1977.

"DECIMO SEGUNDO.— En el momento en que se hallaba el representante legal de la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., dispuesto a firmar el correspondiente contrato de acuerdo a los términos y condiciones del Pliego de Cargos, de manera verbal y sin que mediara explicación por parte de las autoridades de la universidad, se le informó que el ítem número uno (1) adjudicado a dicha sociedad había sido reducido de las cantidades de treinta (30) elementos de que trataba el pliego, a veintisiete (27) y que el Item número tres (3) que el pliego de condiciones había establecido en veinte (20) Microscopios Estereoscópicos, había sido reducido de manera inexplicable a dos (2). Es decir, que si de acuerdo a las normas legales vigentes y al pliego de condiciones para la licitación 001 de 1977, la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales debía haberle adjudicado a mi poderdante elementos por valor de treinta y un mil ochocientos treinta dólares (US$ 31.830.oo) violando las condiciones generales del pliego, si en esta forma no procedía como lo estipula el Código de Comercio, el Decreto 150 de 1976, dicha institución resolvió adjudicarle elementos tan solo por quince mil ochocientos setenta dólares (US$ 15.870.oo).

"DECIMO TERCERO.— La actitud asumida por las directivas de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales de que trata el hecho anterior, perjudicó de manera ostensible a mi poderdante no solo porque privó de la legítima utilidad que implicaba una venta por mayor valor, sino que en términos generales le impidió llevar a cabo la negociación con dicha universidad, por cuanto sus pedidos y compromisos precontractuales estaban basados en un ciento por ciento en el cumplimiento de los pliegos de condiciones. No puede pretenderse que se cotice de igual manera la venta de un elemento en una cantidad reducida, que la misma en una gran cantidad. Además las cartas de crédito, las licencias de importación, las facturas censulares, la mercancía que se mantiene en zona franca, todos estos hechos dependen de que se cumplan en un todo las condiciones precontractuales de que trata el pliego de cargos de una licitación.

"DECIMO CUARTO.— La actitud asumida por la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales en contra de los Pliegos de Condiciones elaborados por ellos mismos no ha recibido por parte de mi poderdante explicación alguna ni a él se le ha notificado de acto administrativo de ninguna naturaleza que implique la disminución de los items adjudicados ni siquiera se le ha notificado en la forma establecida por la ley, la adjudicación parcial a su favor, lo cual constituye una actitud ilegal a todas luces por parte de las Directivas de dicha universidad.

"DECIMO QUINTO.— A pesar del silencio de las Directivas de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales ante su proceder ilegal e irreglamentario, el

representante legal de la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., procedió a dirigirle a éstas un cablegrama el día 18 de octubre de 1977, a fin de que se le aclarara la situación, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta del mismo.

"DECIMO SEXTO.— Es tan absurda la posición de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales al proceder a hacer una adjudicación sin tener en cuenta los requisitos del pliego de condiciones que ni siquiera la compañía de seguros que garantiza la seriedad de la oferta ha recibido comunicación alguna al respecto.

"DECIMO SEPTIMO.— La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, es un establecimiento público con personería jurídica propia, autonomía administrativa, y patrimonio propio, creada por la ley, lo cual la convierte en un establecimiento público de orden nacional, dependiente del Ministerio de Educación.

"DECIMO OCTAVO.— Eduardo Carrera Salas, representante legal de la Sociedad Intrumentos Científicos Ltda., me ha conferido poder especial, amplio y suficiente para incoar la presente acción.

C.— Como disposiciones violadas señala los artículos 22 y 25 del Decreto 150 de 1976; 860 y 863 del Código de Comercio y 16 y 30 de la Constitución. Y expone el concepto de la violación:

"Con la actitud de la Administración, concretamente de las Directivas de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, se ocasionó un perjuicio a mi poderdante que debe indemnizársele de conformidad con las normas anteriormente anotadas y cuyo concepto explico en la siguiente forma:

"PRIMERO.— El artículo 22 del Decreto 150 de 1976, determina la forma como debe realizarse una licitación pública por parte de las entidades gubernamentales de carácter nacional y en sus reglas establece como factor principal e irremplazable el que se elabore un pliego de condiciones que identifica en forma expresa y concreta el objeto de la licitación. Entre los requisitos que exige dicha norma está claramente expresado en que se establezca la cantidad o calidad de los bienes o servicios a suministrar (literal B numeral 2o. artículo 22). En el presente caso el pliego de condiciones elaborado por la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales se dividía en varios items y cada uno de ellos además de las cualidades u objetivos que en ellos se citaban, se le expresaba de manera categórica una cantidad o número de elementos a suministrar. Siguiendo los lineamiento de este pliego de condiciones mi poderdante presentó una propuesta con unos precios determinados en los que se tuvo en cuenta entre otras, consideraciones de las cantidades a adquirir por la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales. El proceder de las Directivas de la universidad al pretender contratar a mi poderdante los items adjudicados en cantidades sensiblemente menores a las propuestas, configuran una clara violación del artículo 22 del Decreto 150 de 1976 en concordancia con el artículo 25 de la misma norma, que establece como parte principal y requisito indispensable para la adjudicación el que ésta esté ajustada al pliego de condiciones. En el presente caso, al no ajustarse la adjudicación a la actitud de la administración con respecto a ella de las normas establecidas con el Decreto 150 de 1976, se le ocasionó a mi poderdante un grave perjuicio, no sólo por los costos propios de la propuesta, sino también por el lucro que de la negociación iba justificadamente a obtener.

"SEGUNDO.— Siguiendo el criterio del mismo Decreto 150 de 1976 y de las normas que hemos hablado en el capítulo anterior, el artículo 960 del Código de Comercio en concordancia con el 063 ibídem, establece claramente: "En todo género de licitaciones públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y

cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás". Sobre esta norma el Consejo de Estado, Sección Tercera desde enero de 1975 estableció la siguiente jurisprudencia: "Efectos del pliego de condiciones. El pliego de condiciones compromete a la administración, por cuanto él contiene las bases de la relación contractual. Por eso se exige que sea claro y completo, y que se relacionen todos los elementos indispensables para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni sobre el alcance, número y calidad de sus posibles obligaciones. Es decir, que en la Oferta o Pliego de Cargos no son admisibles las omisiones, y menos las que pudieran tacharse de capciosas.

"Efectos de la propuesta.— Los tratadistas franceses suelen llamar muy expresivamente "soumissio" a la propuesta y "soumissionnarre" al proponente. La propuesta implica un sometimiento al Pliego de Condiciones, y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y Proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador, pero de esa relación con elementos esenciales la Oferta y la Propuesta en la integridad de cada uno por lo que los autores de ellas resultan ligados desde el momento en que las hicieron.

"Toda violación de obligaciones contractuales es una culpa con respecto al otro contratante. (Mazeaud, Tomo III, Volumen 1, página 573).

"Pero, además, en el sistema de contratar mediante las licitaciones, rige el Pliego de Cargos que es un documento donde se precisa la Oferta y solo al cual debe atenerse al Proponente. Es una manera de contratar para brindar seguridad y evitar imprecisiones, que por esto tiene mucho del rigor que conoció la Estipulación del Antiguo Derecho Romano, en la que se exigía al prometiente emplear en la respuesta el verbo de que se había servido el estipulante: "Spondesne? Spodeo Primittisne Promitto".

"En las licitaciones el Pliego de Cargos es el verbo que deben conjugar los proponentes.

". . . las expresiones comprometen, y solo a base de darles el crédito que merecen son posibles las relaciones humanas y se pueden adelantar las nogociaciones. La fidelidad a la palabra empeñada, y la respetabilidad y dignidad de allí resultantes, fueron factores que contribuyeron a exaltar la imagen del hombre y a que se hubiere podido hablar por los juristas romanos de la magestas viroren". Como se desprende de lo anterior al disminuirse el valor de lo adjudicado a mi poderdante, por haberse variado el pliego de condiciones, se produjo para él un perjuicio que se acuerde con la norma antes citada y la jurisprudencia que a ella hace relación debe indemnizarse.

"TERCERO.— Se ha dicho que se violó el artículo 16 y el artículo 30 de la Constitución Nacional por cuanto estas disposiciones de la Carta Fundamental tienen por objeto la protección de la propiedad privada y de los bienes de los particulares. Ostensiblemente, en el presente caso, no sólo no se ha protegido el patrimonio de mi poderdante sino que se le ha ocasionado un perjuicio bastante grave.

II

EL MINISTERIO PUBLICO OPINA

"Estudiado el contenido de la demanda y revisando el material probatorio, este despacho se permite observar lo siguiente:

"1. Con fecha septiembre 27 de 1977 se produjo la decisión de la administración (Acta No. 3) sobre adjudicación de diferentes elementos a distintos proponentes, entre ellos la firma Instrumentos Científicos Ltda., (folio 47 C.1 y en especial el folio 50).

"2. Con fecha 5 de octubre de 1977, la Secretaría General de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, comunicó a la firma licitante sobre la adjudicación de los items 1, 3, 67 y 68.

"La demanda como ya se dijo, solicita el cumplimiento por parte de la universidad de la adjudicación en su totalidad y por la cantidad establecida en los pliegos de condiciones de los items 1, 3, 67 y 68 a la Sociedad actora.

"Se observa que la demanda no se ocupó de solicitar la nulidad del acto administrativo generador del perjuicio, o sea el acto contenido en el acta No. 3 de septiembre 27 de 1977, que fué la decisión tomada por la administración (universidad de adjudicar los elementos objeto de la licitación pública No. 001 de 1977).

"A juicio de esta Fiscalía, la acción procedente ha debido ser la de plena jurisdicción, solicitando en primer término la anulación del acto administrativo que causó el perjuicio y luego el restablecimiento del derecho lesionado.

"En relación con la nota de octubre de 1977 debe considerarse como un simple acto de comunicación que se limitó a informar y sin dar mayores explicaciones, lo resuelto por la universidad en la reunión de septiembre 27.

"Al expediente se hizo llegar también copia auténtica de la Resolución No. 216 de abril 18 de 1978 (folio 2 cuaderno 2), en la cual se dijo:

"Que la Junta de Compras de la universidad, adjudicó la mencionada licitación, según acta No. 63 de fecha 27 de septiembre de 1977, teniendo en cuenta los pliegos de condiciones y el Código Fiscal del Departamento artículo 93, que autorizan adjudicar parcialmente y con distribución equitativa de los negocios.

"Que de acuerdo a esta Acta le fueron adjudicados a la firma Instrumentos Científicos Ltda., los siguientes elementos:

"Del Item 1, 27 Microscopios Binoculares por valor de US$ 14.040.

"Del Item 3, 2 Microscopios Estereoscópicos por valor de US$ 1.600.

"Item 67 Psicómetro con tabla Psicométrica por valor de US$ 190.

"Item 68 Pluviometro por valor de US$ 40 — Total US$ 15.870.

"Que la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., se negó a firmar el contrato dentro del plazo fijado para ello.

"Que dicha negativa perjudica a la universidad, en el sentido de no poder adquirir oportunamente este equipo, indispensable para el funcionamiento de algunos de sus laboratorios.

"Que el pliego de condiciones de la Licitación contempla la imposición de multas por incumplimiento.

"Para concluir resolviendo:

"Artículo primero. Declarar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el licitante Instrumentos Científicos Ltda., en la licitación mencionada y por los motivos expuestos.

"La Resolución anterior tampoco fue demandada, hecho que se explica por cuanto la demanda fue presentada el 13 de febrero de 1978.

"Así pues que si tomamos esta resolución como decisión administrativa que acarreó perjuicios a la parte actora, estaríamos frente a una petición antes de tiempo. Siendo posible afirmar, que cuando se acudió ante esta jurisdicción no estaba agotada la vía gubernativa.

"Por todo lo anteriormente expuesto se tendrá que concluír que las peticiones del actor no podrán ser estudiadas. En consecuencia esta Agencia del Ministerio Público solicita a la Honorable Sala se declare inhibida para conocer del presente negocio".

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Tal como quedó transcrito, la colaboradora fiscal fija su posición alrededor de las pretensiones para ubicar el asunto en el campo de la acción de plena jurisdicción y no en el contractual, como el que se le imprimió al presente proceso, que determinaría por tanto, una declaración inhibitoria.

2. Como es obvio, las consideraciones de la Fiscal Segunda, mueve a la Sala a entrar, en un primer momento de estudio, a dilucidar ese aspecto, puesto que del criterio que se adopte, ha de lograrse el pronunciamiento de rigor.

Que no se demandó la nulidad del acto administrativo, generador del perjuicio alegado, que lo es el Acta No. 3 del 3 de septiembre de 1977 y que, tampoco, se agotó la vía gubernativa, en lo que hace relación con la Resolución No. 216 de 1978, para poder gozar del derecho de atacar por la jurisdicción contenciosa, dicho acto. Este es, en síntesis el pensamiento de la fiscalía, vertido en su vista final.

La demanda está ciertamente, dirigida sobre el incumplimiento del negocio nacido de la adjudicación de la licitación 001 de 1977, por parte de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, en cuanto, y ésta es la afirmación de la sociedad actora, se impartió o produjo la adjudicación, de elementos por un valor de US$ 31.830 para ser recortada o limitada a un monto de US$ 15.870. Es decir, la conducta de la entidad demandada, de suprimir parte de los elementos que estaban consignados en el pliego de adjudicación, determinó un incumplimiento, del deber surgido de aquél acto.

Al parecer, el razonamiento de la Fiscalía, puede resultar, a primera vista, atendible, pero, a juicio de la Sala, no lo es, como se procede a precisar.

Se aduce el incumplimiento de un acto jurídico, que se deriva de la adjudicación de la licitación, y que, por ende, construye una situación negocial, que se concreta como quedó narrado, en la alteración del acuerdo que se produjo con la adjudicación y comunicación al proponente. Es decir el comportamiento de la universidad, de aceptar la propuesta de la sociedad demandante, y la de ésta, de presentarse para el logro de la adjudicación, fundamenta la creación de un vínculo, que no puede ser entendido que es pleno frente a las formas y formalidades del negocio licitado, sino que hace derivar un nexo, especial y restringido, como es pertinente, a la etapa de la negociación.

Con el estatuto de la contratación administrativa, regulado en el Decreto 150 de 1976, época en que se cumplieron los trámites de la licitación y adjudicación en comento y por suerte aplicable, y en el 222 de 1983, las etapas para la formalización de un contrato, están debidamente delineadas, que se inician con la apertura de licitación

y que puede terminar, según los casos concretos, en la revisión del Consejo de Estado o la aprobación de las fianzas o cualquier otra forma destacada por la ley.

Una de las etapas a atender, para los efectos de la culminación de un contrato, en sus aspectos formales y sustanciales, es, precisamente, la del pliego de condiciones, que, guardando las proporciones significa o recoge una propuesta u oferta, propia del derecho privado, y que como tal, produce efecto, en cuanto la relación jurídica que crea. Para, luego, con la adjudicación, acercar más, los efectos del negocio, al agotar otra etapa de la contratación. Esto es, ambos momentos llevan consigo efectos vinculantes, de acuerdo al grado en que se haya agotado o cumplido, pero no con idéntico contenido.

Si se demanda, pues, el cumplimiento del acto derivado de la licitación, con los perjuicios correspondientes, se sitúa el asunto en el campo contractual. En ese sentido se presentó la petición principal. Y la subsidiaria también, está dirigida sobre ese aspecto controversial.

Por eso, no comparte la Sala las apreciaciones de la Fiscal Segunda, en cuanto estimó que el acto administrativo generador de los perjuicios era administrativo, y que solamente por la vía de la acción de plena jurisdicción podía ser atacado.

En asunto que se discute, en el *sub-lite* tiene su fuente en una relación negocial, o mejor, precontractual, que se recoge, con evidencia, de los actos realizados; pliegos de licitaciones y adjudicación, sin llegar, como ha quedado consignado, al contrato mismo, que, como tal, se instrumentaliza o formaliza cuando las declaraciones de voluntades de las partes, administración o ente público, por un lado, y el particular, por el otro, con el lleno de las formas previstas por el estatuto contractual, que para el caso en estudio, lo sería el Decreto 150 de 1976.

3. Lo anterior denota, por tanto que no es el acto administrativo el que encara el asunto de discusión, porque su expresión no repercute, en la declaración de voluntad que puede emerger de un pliego de licitación, como propuesta u oferta, ni de la adjudicación misma, complementario o posterior de aquélla. Si bien es cierto que el acta No. 3 contiene un acto administrativo no puede ser separado del contexto negocial, que se inicia, como se ha dicho, de manera reiterada, con el pliego de licitaciones. La declaración de la administración, cuando adjudica, es como consecuencia del acto que precede, que no es otro, que el de la convocatoria a los particulares a intervenir en la licitación, en las condiciones que en el respectivo pliego se señalan.

Otro tanto habrá que predicarse de la Resolución 216 de la universidad demandada, por medio de la cual se declaró el incumplimiento de "las obligaciones asumidas por el licitante INSTRUMENTOS CIENTIFICOS LTDA., de fecha 18 de abril de 1978, que encierra un acto administrativo, por su origen y naturaleza, pero que frente al asunto en estudio, no puede representar cosa distinta que un aspecto del negocio, reflejado en la etapa de la adjudicación.

Si la demanda se hubiera apoyado tanto en el acta de adjudicación, como en la resolución que declaró el incumplimiento de la sociedad demandante, para acusar esos actos, pertinente sería la observación de la desviación en el trámite seguido en este proceso, que conduciría, consecuencialmente, a un pronunciamiento inhibitorio, pero, repite la Sala, no se han atacado esos actos, sino de manera autónoma los efectos surgidos del negocio que se creó con motivo u ocasión de la adjudicación, contenida en el acta No. 08, tantas veces mencionada. Las referencias que se hacen a los actos administrativos, propiamente dichos, van orientados a relacionarlas con el deber negocial no atendido, según la demandante, de no adjudicarse de conformidad con el llamamiento a contratar invocado en el pliego de condiciones.

4. Se enderezó, pues, bien la demanda. Y, por ende, el proceso, tuvo el curso que el ordenamiento señala, para el estudio de fondo del asunto, como procede la Sala a continuación.

Como consta en el proceso la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, por medio de la licitación pública No. 001 de 1977, presentó o formuló pliego de condiciones, para recibir propuestas en procura de la adquisición de material docente, consistente en equipos de laboratorio de Química, Física, Biología, Agronomía y Veterinaria por el sistema de importación directa. En el mismo pliego de condiciones se hizo la descripción de los elementos y cantidades, consignados en 209 items. Es decir, con esa licitación se convocó a particulares para que formularan las propuestas, en orden a adquirir los elementos relacionados. Y tal como se desprende de todo pliego de condiciones, en él se incorporaron, las condiciones generales y especiales, que van desde las especificaciones hasta la forma de pago, pasando por los requisitos de los proponentes, entrega de las propuestas, eliminación, y evaluación y de las propuestas, documentos previos, adjudicación, legalización del contrato: esto es, todo el proceso atinente a la presentación de la propuesta, con el fin, posterior, de la adjudicación. Entonces, el pliego de cargos es, como lo ha reconocido la doctrina del Consejo de Estado, "el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades". (Fallo de 16 de mayo de 1967, Sala de Consulta y Servicio Civil). De tal manera, que no solamente el pliego de condiciones contiene pautas o criterios para la adjudicación, sino que, también, se erige como la fuente del contrato que se ha convocado a celebrar, es un desarrollo del proceso negocial, sobre bases predeterminadas.

Cuando la universidad demandada exhibió el pliego de condiciones, desde ese momento, emitió su voluntad, orientada, como es pertinente, a la adquisición de los bienes allí mencionados. Del mismo modo, los terceros que, acogiéndose a esa convocatoria, se presentaron a proponer, también, reflejaron el propósito volitivo de vincularse, si su propuesta era aceptada, a la realización del negocio, dentro del ámbito o proceso, indicado en el pliego.

La sociedad demandante se hizo presente, con propuesta para determinados items —los comprendidos en los números 1, 2, 3, 5, 6, 67, 68, 76, 207—. Después, de agotado el trámite de presentación de las propuestas, que llegaron a diez, en total, se procedió, a través de la Junta de Compras de la universidad, a la apertura de los sobres, tal como se consignó en el Acta No. 001 de 9 de septiembre de 1977. Luego se pasó a la etapa de la adjudicación, y mediante Acta No. 03 de 27 de septiembre de 1977, así se procedió.

Al tiempo de hacerse las adjudicaciones, a los distintos proponentes, a la Sociedad Instrumentos Científicos se le asignó del items 1, 27 elementos, por valor de unidad de US$ 520.oo por un total de US$ 14.040.oo del items 3,2 elementos, por valor de unidad de US$ 1.600.oo del items 67, 1 elementos, por valor de unidad de US$ 190.oo por un total de US$ 190.oo, del items 68, 1 elementos, por valor de unidad de US$ 40.oo por un total de US$ 40.oo. Total US$ 15.870.oo. Es decir no se tuvieron en cuenta los items: 5, 6, 76 y 207 de la propuesta. De los items adjudicados, del 1, que era de 30 se redujo a 27, del 3, que era de 20 a 2 unidades. Y precisamente, en este aspecto, es en el que la sociedad demandante aduce el incumplimiento del pliego de condiciones, para demandar, por una parte que se le cumpla o se le indemnice por los perjuicios causados, con esa conducta unilateral de la universidad, atentatoria del acto jurídico emanado del pliego y de la propuesta.

No cabe duda, que la administración puede rechazar las propuestas, cuando éstas no reúnan las condiciones que se establecen en el pliego, por cuanto, lo que se ofrece debe estar acorde con lo querido o expresado en la convocatoria al concurso negocial. En cambio, cuando se formulan las propuestas, en consonancia con el pliego, surge,

para la administración, la obligación de calificar cada una de ellas para hacerle producir el efecto jurídico deseado, que no es, nada distinto, a que en la adjudicación se cumpla con todo el proceso negocial de formalización del contrato.

Si la universidad abrió la licitación, para la adquisición de los elementos requeridos para su actividad docente, asumió, desde ese instante, el compromiso de ajustar todo el desarrollo del contrato a las condiciones allí señaladas y agotar las etapas requeridas para tal fin. Eso es evidente. Podía entonces, modificar, los items, en cuanto a adjudicar menos unidades que las que dijo querer adquirir a través del pliego de condiciones? El literal H del pliego de condiciones, inciso 4, reza: La universidad se reserva el derecho de adjudicar total o parcialmente la licitación, por *items completos*, entre uno o varios licitantes, de acuerdo a la conveniencia y necesidades de la institución, teniendo en cuenta en cualquiera de los casos los precios unitarios. Este acápite del pliego de condiciones es claro en cuanto permitía que la adjudicación se hiciera parcial o totalmente entre uno o varios de los licitantes, obviamente si reunían las condiciones de favorabilidad prevista allí mismo, que, en igualdad de condiciones se preferirá la propuesta que ofrezca mejor precio: en igualdad de precios la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas: y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios. Es decir, dentro del marco de las propuestas . La universidad podía escoger uno o varios, de acuerdo a las previsiones del pliego, mencionadas atrás. Así mismo, se destaca, dentro de la reserva o facultad de adjudicación, que debía hacerse por *items completos*, lo que indicaba y fijaba a los proponentes pautas ciertas, en el entendimiento que si su oferta era escogida, en cualesquiera de los items, debía cubrir la totalidad de éstos. No era, entonces, dable modificar este extremo de la licitación, de manera unilateral, porque ha de suponerse que cuando se abrió la licitación pública, la universidad debía conocer de las necesidades de los elementos y las condiciones generales de la operación.

La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, por oficio No. 372, de fecha 5 de octubre de 1977, se dirige a la Sociedad Instrumentos Científicos Ltda., para comunicarle que según Acta No. 003 de septiembre 26 de 1977 de la Junta de Compras de la Universidad, en la cual fue adjudicada la Licitación Pública No. 001, les asignó los ITEMS números 1, 3, 67 y 68". No se hizo mención alguna al recorte de los elementos adjudicados, que se aprecia en la mencionada acta 003.

Y por qué hizo la universidad ese recorte? Suficiente con leer el Acta 002 de 23 de septiembre de 1977, de la misma Junta de Compras de ese centro docente superior, para encontrar una explicación, más no una justificación: "concluída la laborar (sic) anterior se advirtió que el total de los elementos era superior al valor de que puede disponerse para su cancelación y que, en consecuencia, es preciso reducir dicho valor. Por tanto se acordó aplazar por el término de diez (10) días hábiles la adjudicación definitiva. O sea, al momento de entrar a calificar las propuestas, la universidad se da cuenta que está frente a una situación financiera que no le va a permitir cumplir, a cabalidad, con todos los elementos, y, por ende, sus valores licitados, y prefiere, hacer los recortes desde el instante mismo de la adjudicación. Esta puede ser una conducta sensata y sana, de prudencia, pero, en verdad, perjudicial para el proponente que se presentó en determinadas condiciones, por el conocimiento que tenía a través del pliego de cargos, a ofrecer los elementos que la universidad dijo necesitar para, luego, ser alterada, en detrimento de su interés negocial, la cantidad de las unidades propuestas y, previamente, determinadas en el pliego de condiciones. Pero ese acto de prudencia posterior no guarda relación ni proporción, con el que ha debido tener la universidad al momento de formular el pliego y describir los items y cantidades de equipos de laboratorio, porque, en puridad, el acto de voluntad que se ofrece mediante el pliego, debe reflejar el querer del que hace la convocatoria a la licitación, de manera que pueda ser conocido y analizado por los terceros a quienes va dirigido, y que, posteriormente, ha de concretarse con las respectivas propuestas.

Todo lo anterior indica, que la universidad incumplió su deber de adjudicar, atendidas las circuntancias de favorabilidad, de la propuesta, los elementos en la cuantía incorporadas en los items ofrecidos, puesto que el recorte, no es otra que una manifestación de voluntad unilateral, que se aparta del vínculo surgido con la apertura de la licitación, la propuesta y la aceptación de ésta.

Es cierto que a la Administración no se le puede forzar a cumplir un contrato, si por razones especiales, que seguramente han de ser de interés social, concluye en su inconveniencia. Pero también lo es que un particular no puede estar avocado de manera constante a esa situación, sin que se afecte patrimonialmente.

Entonces, los perjuicios han de comprender la utilidad que la entidad demandante hubiera recibido si la negociación, en su totalidad, se hubiera realizado, y que a juicio de los peritos, ascendería al diez por ciento el valor F.O.B., de las mercancías propuestas y que han debido ser adjudicadas, más los intereses que resultaren del valor neto de las utilidades. Lo primero, según el dictamen que obra en el proceso, se cifra en la suma de $ 122.195.37 moneda colombiana y lo segundo, a la cantidad de $ 98.978.49, para un total de $ 221.173.86.

Esta regulación no fue objetada, lo que permite ser acogida en su totalidad, como indemnización que la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales deberá pagar a la sociedad 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:

PRIMERO.— La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, es responsable de los perjuicios causados a la Sociedad INSTRUMENTOS CIENTIFICOS LTDA., con ocasión de los hechos de que se hicieron mención en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.— Por concepto de indemnización la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, deberá pagar a la Sociedad INSTRUMENTOS CIENTIFICOS LTDA., la suma de DOSCIENTOS VEINTIUN MIL CIENTO SETENTA Y TRES PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 221.173.86) MONEDA LEGAL.

TERCERO.— Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículo 176 y 177 del nuevo Código Contencioso Administrativo.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección, **José Alejandro Bonivento Fernández**, **Carlos Betancur Jaramillo**, no asistió, **Jorge Valencia Arango**.

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

PERJUICIOS. ACTUALIZACION.— La reparación comprende, entratándose de sumas de dinero, no solo los intereses, que sería el rendimiento de un capital, sino, también la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero para alcanzar ese propósito de ajuste de la condena el valor real de la moneda cuando se verifica el pago, por una parte, debe pedirse de la demanda, esto es, constituír uno de los aspectos de la pretensión y, por la otra, ser decretada en la sentencia. SENTENCIA CONDENATORIA IN GENERE, los términos de la liquidación de los perjuicios deben guardar plena concordancia con el fallo, que a su vez, lo tendrá con lo pedido.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., abril doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: **Expediente 3603 Apelación.**
Actor: **Ciro Alberto Ordoñez.**

I

ANTECEDENTES

1. En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Huila, los Ingenieros Ciro Alberto Ordoñez y Guillermo Afanador, por conducto de apoderado, solicitaron la nulidad de la Resolución número 292 dictada por la Gerencia de las Empresas Públicas de Neiva con fecha 2 de septiembre de 1974, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 004 celebrado entre esta entidad y los mencionados profesionales referente a la construcción del tanque de almacenamiento del Acueducto de Neiva. Pidieron, igualmente, la nulidad de la Resolución 363 de 28 de octubre, dictada por las mismas empresas, mediante la cual se confirmó la citada resolución número 292.

2. Se pidió del mismo modo, declarar que las Empresas Públicas de Neiva incumplieron las obligaciones a su cargo" y que, como consecuencia, de las declaraciones, se les condenara a pagar: por perjuicios materiales $ 300.000.oo; $ 100.000.oo, por concepto de retención y apropiación de materiales de construcción: $ 7.000.oo diarios, como valor del alquiler de las maquinarias, equipos y repuestos de propiedad de los contratistas, retenidos por las Empresas, desde el día 1o. de julio de 1974 hasta las fechas que se determinen en el curso de la instancia; y, las costas del proceso.

3. Tramitado el proceso, el Tribunal en sentencia de fecha 12 de marzo de 1977, denegó las peticiones de la demanda.

4. Contra la sentencia de primera instancia se interpuso el recurso de apelación, que se desató mediante la providencia de fecha 10 de mayo de 1979, mediante la cual esta Corporación, revocó el fallo, declaró las nulidades pedidas y la terminación del contrato e hizo las siguientes condenas a las Empresas Municipales de Neiva:

a) A pagar a los citados contratistas los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, que les fueron irrogados por el incumplimiento de dicho contrato. Dichos perjuicios se liquidarán mediante el incidente de regulación de perjuicios señalados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, sin que su cuantía pueda propasar la suma indicada en la petición quinta de la demanda.

b) A pagar a los antedichos contratistas las sumas que resulten liquidadas, mediante el incidente previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, por retención de equipo y materiales, sin que dichas cantidades puedan exceder las cuantías indicadas en las peticiones sexta y séptima de la demanda .

La sentencia denegó las demás peticiones de la demanda.

5. El fallo fue materia del recurso extraordinario de súplica, desatado en providencia de 23 de abril de 1981, en virtud de la cual se decidió que no prosperaba.

III

1. La parte actora, mediante escrito de fecha 31 de julio de 1981, presentó una liquidación que arroja las siguientes cifras totales:

a) Por daño emergente y lucro cesante, la suma de $ 432.590.32, que redujo al valor máximo de $ 300.000.oo, asignado por el Consejo.

b) Por el valor de los materiales $ 135.279.65, reducido a la suma de $ 100.000.oo, determinada por el Consejo.

c) Por arrendamiento del equipo $ 782.700.oo.

d) Por "actualización de los perjuicios, la suma de $ 436.980.50.

El gran total de la liquidación asciende, entonces, según el actor, a la suma de $ 2.619.680.50, hasta la fecha en que ella se practicó.

2. Tramitado el incidente, se produjo un peritazgo, dictamen que, despues de ser aclarado, a solicitud del señor Fiscal del Tribunal, señaló las siguientes cifras:

a) Por daño emergente y lucro cesante, la cantidad de $ 432.592.62; por materiales $ 178.549.50.

b) Por el arrendamiento del equipo $ 955.831.60.

El experticio fue, igualmente objetado "por error grave" por la parte demandada.

3. El incidente fue fallado en providencia de fecha 25 de febrero de 1982, mediante la cual el Tribunal dispuso:

". . . Fíjase en la suma de DOS MILLONES CIENTO VEINTIDOS MIL QUINIENTOS TRES PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 2.122.503.89) MONEDA CORRIENTE, el valor total de los perjuicios a cargo de las Empresa Públicas Municipales de Neiva y a favor de los Contratistas CIRO ALBERTO ORDOÑEZ MAZORRA y GUILLERMO AFANADOR RUIZ, conforme a la sentencia del Honorable Consejo de Estado de fecha 10 de mayo de 1979".

4. Dentro de la fijación de los perjuicios el *a-quo* tuvo en cuenta la actualización de los mismos, por un valor de $ 953.724.24. La determinación tomada por el Tribunal fué apelada tanto por la parte de la demanda como por el señor Agente del Ministerio Público.

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver el incidente, la Sala hace las siguientes consideraciones:

La Sala fundamenta su apreciación sobre los alcances de la condena, particularmente, en el dictamen pericial, que como es sabido fué objetado por la entidad demandada, objeción rechazada por el Tribunal al momento de decidir el fondo del asunto, —no obstante haber omitido en la parte resolutiva un pronunciamiento sobre el particular y que merecerá una adición en la parte resolutiva de la sentencia de esta Corporación.

El valor de la condena lo determina, en consecuencia, la Sala, de la siguiente manera:

1. Por concepto de perjuicios materiales.

Tanto la estimación de la parte actora, como la que señala el peritazgo, arroja una cifra muy superior a la concretada en la demanda, es decir, a $ 300.000.oo. Sin embargo, habrá que estarse a la señalada en la demanda, conforme a lo dispuesto en el ordinal 4o. de la sentencia de condena. Es decir, se concreta a la suma de $ 300.000.oo.

2. Por concepto del valor de los materiales.

En la demanda se fijaron en la suma de $ 100.000.oo y en el peritazgo se estimaron en $ 178.549.50. Y al momento de presentar la respectiva liquidación, para el actor su valor asciende a la suma de $ 135.279.65. La providencia recurrida considera —con fundamento en las pruebas del proceso—, que de esta cifra se deben deducir los valores asignados a la guadua y al cemento que, oportunamente, retiraron los contratistas. Como el valor de éste último material no se está reclamando, es preciso descontar únicamente la suma correspondiente a la guadua, o sea la cantidad de $ 49.200.oo, lo que nos da una cifra equivalente a $ 86.079.65 por este concepto, tal como lo apreció el Tribunal.

3. Por concepto al arrendamiento de equipos.

Para la Sala, las apreciaciones del Tribunal, igualmente están ajustadas a derecho. Por eso las acoge. Dijo el *a-quo* sobre el particular:

"En cuanto a la retención de equipos que los contratistas estiman en la suma de $ 782.700.oo mientras que los señores peritos la estiman en suma de $ 955.031.60 debe tenerse de presente que la sentencia obliga al pago de $ 7.000.oo diarios conforme a la petición de la demanda. Es evidente que los señores contratistas durante el curso del juicio y en este incidente persisten en que esa retención comenzó a partir de julio 1o. de 1974, hecho éste no demostrado en el curso del juicio ni del incidente, pero sin embargo sí observamos la inspección judicial en agosto 9 de 1974 que aparece a folios 38 y 39 del cuaderno número 1, la nota de septiembre 10 de 1974 dirigida por los contratistas al gerente de las Empresas Públicas Municipales de Neiva sobre el retiro de los equipos (folios 30 y 31 cuaderno No. 1) y la nota del contratista a la misma gerencia en diciembre 27 de 1974 sobre devolución de parte del tractor que aparece a folio 19 del cuaderno No. 1: y lo expuesto por los deponentes PERDOMO y LOPEZ, como la fecha de resolución de caducidad de septiembre 2 de 1974, se puede concluir que la iniciación de retención de equipos comenzó a partir de septiembre 2 de 1974 hasta el día 27 de diciembre de 1974, resultando ciento quince (115) días a razón de $ 7.000.oo arrojan la

suma de $ 805.000.oo, superior a la estimada por los señores contratistas en la liquidación presentada, debiendo por tal, tenerse como suma aprobada los $ 782.700.oo estimados por los señores contratistas. . .".

Por este concepto, en consecuencia, la condena equivale a $ 782.700.oo.

4. La actualización de los perjuicios.

Es cierto, como lo anotó el Tribunal, que el Consejo de Estado ha venido sosteniendo, en aras de un verdadero equilibrio indemnizatorio, que la reparación comprenda, entratándose de sumas de dinero, no solo los intereses, que sería el rendimiento de un capital, sino, también, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, frecuente en los países en vía de desarrollo, que se refleja en la desvalorización, para concluir, que debe tenerse en cuenta ese factor para asignarle un valor al momento de hacerse la condena.

Es un criterio de justicia, puesto que no es lo mismo recibir una suma de dinero el día que se produjo la condena que cuando esta se haga efectiva, luego de pasar por una serie de situaciones procesales, que no permiten su ejecución inmediata. Y sabido es que en Colombia, desde tiempo atrás, el fenómeno inflacionario es ostensible, que no es del caso entrar a analizar en esta providencia.

También, esta Corporación, en el camino de la búsqueda de la justicia distributiva, ha sostenido, de manera reiterada, que para alcanzar ese propósito de ajuste de la condena al valor real de la moneda cuando se verifique el pago que, por una parte, debe pedirse en la demanda, esto es, constituir uno de los aspectos de la pretensión y, por la otra, ser decretada en la sentencia. Lo primero, porque es discrecional del demandante estimar ese reclamo, que no puede quedar, simbólicamente en la mente del actor, sinó que se debe concretar en los puntos del petitum. Lo segundo, porque el juzgador no puede ir más allá del querer de las partes.

Algo más: cuando se ha proferido una sentencia de condena, debidamente ejecutoriada *in-genere*, los términos de la liquidación en los perjuicios deben guardar plena concordancia con el fallo, que a su vez, lo tendrá con lo pedido. No se pueden desbordar los extremos del pronunciamiento de instancia, porque constituiría, de ese modo, en un quebranto de lo ordenado, mediante los trámites procesales de rigor. El marco de los perjuicios, entonces, los señala la sentencia. Y a él habrá que atenerse al momento de la concreción, bajo el entendimiento del *principio de la congruencia.*

Precisamente, la sentencia proferida por esta Corporación, en el presente proceso, señaló las pautas o criterios para la liquidación de los perjuicios, en consonancia, se repite, con lo invocado por el demandante. Y en ninguno de los pasajes se refirió a la actualización de los mismos. ¿Pueden ser apreciados en este momento procesal? La respuesta es rotunda: No, porque de hacerse se daría un caso de pronunciamiento, por un lado más allá de lo pedido, y, más aún, de lo condenado, —que es, por tanto, cosa juzgada—, lo que no es jurídicamente posible.

No resulta, en suerte, de recibo, ahora, admitir la aplicación de criterios jurisprudenciales, de actualización de perjuicios, que no se acomodan, como se ha dicho, a la situación *sub-lite.* Esto, entonces, mueve a la Sala a revocar la providencia apelada, en cuanto impuso la actualización de perjuicios, para concretar la condena a los restantes rubros. Por tanto, se ha de excluir la suma de $ 953.724.24, que fue señalada por aquél concepto.

El valor de los perjuicios, en consecuencia, será de $ 1.168.779.65, que se discriminan así: $ 300.000.oo, por daños materiales; $ 86.079.65 por materiales y $ 782.700.oo valor de los arrendamientos de los equipos.

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

RESUELVE

1. REVOCASE PARCIALMENTE la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, con fecha 25 de febrero de 1982, y en su lugar DISPONE: Fíjase en la suma de UN MILLON CIENTO SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 1.168.779.65), moneda legal colombiana, el valor total de los perjuicios a cargo de las Empresas Públicas Municipales de Neiva y a favor de los Ingenieros CIRO ALBERTO ORDOÑEZ MAZORRA y GUILLERMO AFANADOR RUIZ.

2. RECHAZANSE las objeciones formuladas por la entidad demandada al dictamen pericial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección. **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Arturo Mora Villate**, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA.— VENCIMIENTO DEL PLAZO.— Consecuencias: 1) Pierde la administración competencia para declarar la caducidad? Si. 2) Tampoco podrá solicitarse la terminación de un contrato, luego de su vencimiento. 3) Del hecho de que el contrato esté ya vencido, no se infiere que no pueda estudiarse lo relacionado con la acción de perjuicios. Cuando el contrato de obra está en vía de ejecución y dentro del plazo, la pretensión indemnizatoria dependerá de la nulidad del acto de caducidad o de la declaratoria judicial de terminación del contrato. Vencido el término de ejecución, la acción de perjuicios será viable, en forma autónoma. 4) Antes de la ejecución total de la obra, la única salida que le queda a la entidad contratante, como actividad administrativa propia, será la de liquidar el contrato para definir quien debe a quien y cuánto.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— MORA.— "LA MORA PURGA LA MORA".— Es cierto que la mora purga la mora, tal como lo da a entender el artículo 1609 del Código Civil. Pero los fenómenos deben presentar una cierta equivalencia en cuanto a su gravedad y prelación. Además la pretensión indemnizatoria, para su viabilidad en el campo contractual requiere el cumplimiento o el allanamiento a cumplir de quien la pide y el incumplimiento del sujeto pasivo de la misma. Vale decir, la mora de este último. Porque si el incumplimiento es de parte y parte, se produce el efecto enervante del citado artículo, pero no nace la obligación indemnizatoria para ninguno de los contratistas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., mayo 4 de 1984.

Referencia: **Expediente No. 2864 —Apelación—.**
Actor: **Dionisio Osorio Lentino.**

Conoce la sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 14 de septiembre de 1979 dictada por el tribunal administrativo de Bolívar, mediante la cual se decretó la nulidad de las resoluciones Nos. 852 y 956 de 4 y 24 de octubre de 1977 expedidas, en su orden, por la gerencia de las Empresas Públicas de Cartagena y su junta directiva; y se condenó en abstracto a la mencionada entidad al pago de los perjuicios causados con tales actos.

Los hechos fundamentales aparecen narrados de folios 23 vuelto a 27 (36 capítulos). De ellos se desprende que el 25 de mayo de 1976 se celebró entre las Empresas Públicas de Cartagena y el doctor Dionisio Osorio Lentino el contrato para la adecuación del lote donde debía construírse la nueva planta de tratamiento del Bosque y el embalse para agua de lavado de filtros; posteriormente se adiciona el objeto con la construcción de un pozo de succión y obras complementarias.

Que el 3 de diciembre de 1976 se dió la orden para la iniciación de los trabajos. Que la interventoria aceptó como fecha de esa iniciación el 10 de enero de 1977, y un plazo de 6 meses para la ejecución de la obra. Que se presentaron dificultades desde un principio por parte de la entidad para entregar la zona de trabajos y los planos y diseños correspondientes.

Que posteriormente se pidió retirar los obstáculos existentes en la línea de replanteo, sin haber obtenido respuesta inmediata. Que días antes de terminar el plazo aún no se habían entregado todos los planos. Que hizo solicitud de prórroga y no se le contestó oportunamente. Que el 30 de junio, la secretaría de las Empresas le notificó que el plazo terminaría el 10 de septiembre de 1977 como fecha última de entrega de los trabajos objeto del contrato 37-V-76 y le impuso al doctor Osorio una multa de $ 20.000.oo. Que ante la prórroga nada pudo hacerse porque la entidad no entregó la zona, ni indentificó precios de items no contemplados. Que la multa fue confirmada. Que el 31 de agosto solicitó nueva prórroga, la cual no fue definida y antes, por el contrario, el 4 de octubre siguiente, la gerencia caducó el contrato por razones de incumplimiento y con fundamento en informe de la interventoría. Que la decisión, tomada en Resolución 852, fué confirmada por la junta directiva, sin motivación especial por la No. 956 de 24 de ese mismo mes. Que intentada la revocatoria directa, la misma junta no accedió a revocar los primeros actos (Resolución 118 de 29 de noviembre).

El tribunal, luego del trámite de rigor, accedió a las súplicas de la demanda. De su argumentación final, luego de un amplio y concienzudo estudio del acervo probatorio, se destacan los siguientes apartes:

"a) Por acuerdo entre las partes y por un término de cinco (5) meses —cuando se suscribió el contrato eran cuatro (4) meses— se inició la ejecución del contrato Nro. 37-V-36 el día 10 de enero de 1977, es decir, que su vencimiento debió ser el 10 de junio de 1977. Tratándose de un asunto acordado entre las partes, ninguna de ellas puede aducir incumplimiento en derredor del momento de la iniciación de los trabajos.

"Por razones que no se encuentran establecidas, pero que el más elemental sentido de la lógica halla injustificable, al contratista la entrega de los planos solo se inició en el mes de febrero siguiente y el anticipo fué entregado también con alguna tardanza. En esos planos, según los peritos, había construcciones y otros obstáculos.

"b) Encontrándose en ejecución la obra contratada, hubo sucesivas modificaciones de los planos, no hubo entrega oportuna de diseños ni de sus posteriores modificaciones.

Tampoco, a pesar de insistentes requerimientos del contratista, se le entregaron oportunamente las zonas de trabajo conforme a la cláusula segunda, e HIDROESTUDIOS dispuso la suspensión de las excavaciones que se estaban adelantando. También se dispuso la realización de obras nuevas no contratadas inicialmente, sin que se procediera en consonancia a la fijación de nuevos precios unitarios.

"Todo esto condujo a que llegara la fecha de vencimiento del contrato, sin que el contratista "por causas ajenas a su voluntad" terminara la obra contratada. Esta es la explicación del porqué le sugirieron al contratista que solicitara la prórroga o ampliación del plazo, prórroga que le fué concedida por tres (3) meses más, según la Resolución Nro. 365 del veintisiete (27) de junio de 1977 expedida por la Gerencia General de las Empresas después de vencido el plazo el día diez (10) de junio de 1977, en la cual resolución, paradójicamente, le impusieron una sanción de $ 20.000.oo alegando incumplimiento del contratista.

"c) Después de la prórroga, con el oficio 565, le entregaron el plano 124-012-035 para programar el traslado de postes, y subsistió la misma situación y se ahondaron las diferencias entre Hidroestudios y el contratista, como se advierte en el veto que se le hizo al material relleno, que los señores peritos dicen es el mismo utilizado por el nuevo contratista Rodrigo Puente & Cía., ya que proceden de la misma cantera. En esta nueva etapa tampoco le fueron entregadas las zonas de trabajo, ni fueron retiradas oportunamente las redes de alta tensión, situación puesta de presente en la correspondencia y calificada en el peritazgo. También está acreditada la demora en la tramitación de las cuentas, la no solución al problema de las tuberías, y la existencia de grietas y deslizamientos, circunstancias todas que imposibilitan la terminación de la obra el día diez (10) de septiembre de 1977, situación prevista por el contratista y que lo constriñó a solicitar en el mes de agosto una nueva prórroga que no fue concedida, pero la cual solicitud es manifiesta demostración de su deseo de cumplir el contrato. La respuesta fué la declaratoria de caducidad, el 4 de octubre de 1977, cuando ya el contrato estaba vencido.

"En relación con la no concesión de esta prórroga cree no equivocarse el tribunal al reconocer que se le desconoció un derecho establecido contractualmente en las cláusulas cuarta, octava y décima quinta. Igual apreciación cabe hacer con relación con la cláusula séptima, pues en ella se estipuló que "si la importancia de los cambios lo justifica plenamente, LAS EMPRESAS fijarán una prórroga prudencial de los plazos estipulados en este contrato".

"d) Aunque es cierto la previsión de las causales de caducidad señaladas en el quinto considerando de la Resolución 852 del 4 de octubre de 1977, no es menos cierto que ellas deban y pueden tener aplicación por motivos atribuíbles al contratista, es decir, que ellas no pueden ser aplicadas en forma absoluta y con desconocimiento de la realidad de la situación mencionada. No es una potestad arbitraria sino que debe consonar con la realidad de los hechos. Si las Empresas incumplieron tantas obligaciones, mal podrían colocar al contratista en la situación de incumplidor en que ellas lo colocaron. Por este aspecto, las resoluciones enjuiciadas no tuvieron en consideración las voces del artículo 1609 del Código Civil. No resulta cuerdo exigir el cumplimiento del contrato en el término señalado cuando, como en el caso *sub-lite*, durante su ejecución se presentan tantas circunstancias independientes de la voluntad del contratista, aunque el contrato establezca, como lo ha hecho ver el mandatario judicial de la demanda, que ésta podría hacer cambios "tales como sustituciones, adiciones y supresiones". En este sentido han sido muy claros los señores peritos al afirmar que "por la dilatada e inoportuna entrega de planos, por indefinición en la aceptación del material de reflejo y de reajuste en los precios unitarios, se llevó al contratista a la situación de no poder dar cumplimiento al contrato.

Quiere significar todo lo expuesto, que efectivamente la demanda está asistida de la razón, pues la no terminación de las obras en el tiempo señalado obedeció a motivos imputables a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, tal como se ha verificado en el exámen del material probatorio. En fin de cuentas, la caducidad decretada no era procedente, máxime cuando ya estaba vencido el término del contrato. De suerte que el tribunal debe darle prosperidad a las anulaciones impetradas porque están configuradas las violaciones denunciadas. Y, como consecuencia, deberá acceder al solicitado restablecimiento del derecho. Respecto de este extremo de la acción y atendiendo lo solicitado por el actor, el tribunal accederá a manifestar que "no existía lugar a hacer efectivas las garantías constituídas por mi representado ni a proceder a la liquidación del contrato 37-V-76, ni podrían las Empresas Públicas Municipales de Cartagena ocupar "las obras en el estado en que se encuentran". Y en cuanto a la demanda de los perjuicios sufridos, "los cuales comprenden el daño emergente y el lucro cesante, así como la pérdida de su reputación profesional y personal", el tribunal, debe reconocer en la misma forma como lo señalaron los peritos, que es imposible en esta providencia fijar su cuantum por carencia de todos los elementos necesarios para ello. En tal virtud, en este aspecto se condenará en abstracto".

Cumplido el trámite de rigor en esta segunda instancia, se entra a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal, en su vista de julio 26 del año pasado (a folios 226 y siguientes del cuaderno No. 1) la sentencia debe confirmarse en cuanto a la nulidad de los actos de caducidad pero por razones diferentes y no accederse a mantener la condena de perjuicios por cuanto el incumplimiento de parte del contratista fué grave y claro.

De este concepto fiscal, se transcribe:

"En la sentencia que se revisa el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar declaró la nulidad de las Resoluciones acusadas y ordenó en el numeral segundo que "como consecuencia de las nulidades anteriores restablécese en su derecho al doctor Dionisio Osorio Lentino, para lo cual se condena en forma genérica a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena al pago de los perjuicios que le causaron los actos anulados. El Quantum de dichos perjuicios se determinará en la forma establecida en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. También, a manera de restablecimiento del derecho, se declaró que no había lugar a hacer efectivas las garantías constituídas por el doctor Osorio Lentino ni a proceder a la liquidación del contrato 37-V-76".

"Teniendo a la vista el texto de la Resolución Nro. 852 de octubre 4 de 1977 (folio 1 del cuaderno principal), por la cual se declaró la caducidad del contrato antes citado, se puede concluír que dicha Resolución, fué dictada por las Empresas Públicas de Cartagena, cuando ya había vencido el término contractual, toda vez, que según la Resolución No. 365 de junio 27 de 1977 (folio 12 cuaderno 2), el último plazo para entrega de los trabajos objeto del contrato, fué fijado como el 10 de septiembre de 1977.

"Ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, cuando procede la declaratoria de caducidad de un contrato administrativo por parte de la Administración, tal medida o sanción debe tomarse antes del vencimiento del término pactado, pues de lo contrario sería un acto extemporáneo.

"Tenemos entonces que la extemporaneidad con que el acto fué expedido, trae como consecuencia la nulidad de los actos acusados, pero en cuanto al restablecimiento del derecho que el actor solicita, esta Fiscalía considera que es importante tener en cuenta los siguientes puntos:

"1. Que el tribunal en la sentencia apelada ha hecho un intenso análisis del material probatorio, haciendo énfasis ante todo en el dictámen pericial (ver folios 138 cuaderno No. 2). Según los expertos, es manifiesto el incumplimiento en que incurrió la Administración (Empresas Públicas Municipales de Cartagena), con respecto al contrato cuestionado. Pero esta Fiscalía considera que es importante tener en cuenta además, la intensa correspondencia cruzada entre el señor Sub-Director Residente de la obra y el contratista y de la que se colige que no todas las cargas del incumplimiento pueden ser atribuíbles a la Entidad demandada (ver folios 85 y siguientes cuaderno Nro. 2 pruebas).

"En dicha correspondencia se hace referencia en repetidas oportunidades a la utilización por parte del Contratista del equipo inadecuado e insuficiente para la realización de las obras contratadas, a la utilización de poco personal para laborar en los frentes de trabajo y se solicita en forma reiterada al actor aumentar el número de obreros para el buen logro de los trabajos y sobre todo para poder cumplir con los términos contractuales; y además da cuenta la Interventoría, de que el Contratista ha empleado sus equipos en actividades ajenas al contrato, entorpeciendo así las actividades de la obra que debía realizar.

"Es importante destacar además el hecho de que cinco días antes del vencimiento del término, el Contratista retiró la maquinaria y el personal del frente de trabajo, configurándose así el abandono de las obras.

"Todo lo anterior permite concluir que si bien es cierto debe declararse la nulidad de los actos acusados, esta nulidad se configura por razones distintas a las aducidas en la sentencia apelada y que no asiste al actor el derecho que estima violado, como consecuencia de la declaración anterior, toda vez que existió por parte del Contratista grave y claro incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

"Este despacho encuentra que el estudio y el análisis de prueba que realizó el apoderado del ente demandado, es muy acertado y las observaciones que allí se hacen las comparte este despacho plenamente, en consecuencia a él se remite (folio 184 y siguientes cuaderno 1).

"2. Una vez finalizado el contrato, por vencimiento de los plazos establecidos, lo único que procede es la liquidación del mismo; no puede pues la jurisdicción contencioso administrativa hacer un pronunciamiento distinto, como lo solicita el actor y declarar que no es procedente liquidar el contrato.

"Deja en esta forma rendido su concepto esta agencia del Ministerio Público y solicita a la Honorable Sala, declarar la nulidad solicitada, pero por las razones anteriormente expuestas, y declarar así mismo que no asiste razón a la parte actora, para acceder a las demás súplicas de la demanda".

Efectivamente como lo sostiene la señora fiscal, ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que una vez terminado el contrato de obra pública por vencimiento del plazo convenido para su ejecución, pierde la administración la competencia para declarar su caducidad. Se apoya lo así decidido en la índole de la medida caducatoria, la que no es otra cosa que una terminación anticipada o anormal del contrato por razones de incumplimiento o por otros motivos de los señalados en el contrato o en la ley.

En igual sentido se ha afirmado que tampoco podrá solicitarse la terminación de un contrato, luego de su vencimiento.

Esta tesis merece ser ratificada una vez más y releva a la Sala del estudio de la ilegalidad causal alegada.

Pero, del hecho de que el contrato, esté ya vencido, como en el caso concreto, no se infiere que no pueda estudiarse lo relacionado con la acción de perjuicios. Lo que pasa es que en esta hipótesis, esos perjuicios pretendidos se consideran no como el efecto de la declaratoria de caducacidad sino como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Así, la acción indemnizatoria tiene entidad propia y no tiene que acumularse con la de nulidad del acto administrativo o con la terminación del contrato.

En otras palabras, cuando el contrato de obra está en vía de ejecución y dentro del plazo, la pretensión indemnizatoria dependerá de la nulidad del acto de caducidad o de la declaratoria judicial de terminación del contrato. Vencido el término de ejecución, la acción de perjuicios será viable, en forma autónoma.

También ha sostenido la jurisprudencia que en los casos de vencimiento del plazo contractual, antes de la ejecución total de la obra, la única salida que le queda a la entidad contratante, como actividad administrativa propia, será la de liquidar el contrato para definir quien debe a quién y cuánto.

En suma, de lo anterior se colige que la nulidad del acto complejo de caducidad se declarará por razones de incompetencia temporal, mas simples que las tenidas en cuenta por el a-quo; el que, dicho sea de paso, también afirmó que la administración, una vez vencido el plazo convenido, no tenía porqué tomar esa medida.

Y aunque la acción indemnizatoria, así, puede ser principal y autónoma, en el caso subjudice debe hacerse el pronunciamiento de la nulidad del acto de caducidad porque de seguir vigente quedaría con fuerza ejecutoria las medidas allí ordenadas, en especial las que se refieren a la exigibilidad de las garantías.

Para la Sala sólo asiste la razón a la parte demandante en cuanto a la nulidad del acto de caducidad y en este extremo deberá confirmarse la sentencia apelada, ya que no puede terminarse un contrato extinguido por vencimiento de plazo. En cuanto a la condena en perjuicios deberá revocarse, ya que no resultó adecuadamente acreditado el incumplimiento de la entidad demandada y el cumplimiento o el allanamiento a cumplir del contratista. Para arribar a esta conclusión, el análisis del problema tomará en cuenta tres etapas bien diferenciadas, así: La primera, desde el día 8 de marzo de 1976 en que se le adjudicó al Ingeniero Osorio L. el contrato hasta la fecha (10 de enero de 1977) acordada para la iniciación de las obras. La segunda, desde esta fecha hasta el 10 de junio del mismo año, día en que se venció el plazo para su ejecución. Y la tercera desde este 10 de junio al 10 de septiembre (vencimiento de la prórroga de 3 meses concedida mediante la Resolución No. 365 de 1977).

Primera etapa.

Según consta en el acta No. 4 de la junta directiva de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, el día 8 de marzo de 1976 se le adjudicó al Ingeniero Dionisio Osorio Lentino el contrato para la construcción de la planta de tratamiento del Bosque y del embalse para agua de lavado de filtros. Dicha adjudicación le fué comunicada mediante oficio No. 002879 del día 10; y se suscribió el contrato el 25 de mayo del mismo año.

Ya celebrado el contrato, con fecha 23 de julio se amplió el objeto del mismo "incluyendo las obras complementarias para la construcción de un pozo de succión, una pasarela de concreto reforzado y caseta de bombas".

Mediante oficio No. 165 de 3 de diciembre de ese mismo año, el interventor autorizó la iniciación de las obras; pero se convino finalmente entre las partes, dados los argumentos del Ingeniero Osorio, que la fecha de iniciación fuera el 10 de enero de 1977.

Durante el lapso corrido entre la suscripción del contrato y la orden de iniciación de las obras, cabe señalar algunos aspectos fundamentales para definir la responsabilidad de los contratantes en esta primera etapa.

Mediante comunicación de 30 de abril de 1976, cuando todavía no se había celebrado el contrato, el doctor Osorio solicitó permiso para que le permitieran iniciar los trabajos objeto de la licitación 009, alegando "la proximidad del invierno" y exponiendo "la necesidad de trasladar la tubería que está en la zona de nuestros trabajos".

El mismo contratista, en comunicación de 8 de junio de ese año (1976) envió la cuenta de cobro del anticipo, el que le fué cancelado el día 23 de septiembre siguiente.

Así mismo desde el 3 de diciembre de ese año, coincidiendo con la fecha en la que se le autorizó para iniciar los trabajos, el contratista reclamó la primera indemnización de perjuicios por incumplimiento, causados por la paralización del equipo que tenía disponible desde el 8 de junio. En su comunicación de 9 de diciembre reiteró su petición y pidió señalar plazo y el anticipo del contrato adicional de 23 de julio.

El 10 de enero se accedió a ampliar el plazo (inicialmente pactado en 4 meses) en un mes más; fijándose así su terminación el día 10 de junio de 1977.

De lo procedente se infiere:

Para la parte actora la demora en la iniciación de los trabajos, por culpa de la entidad demandada, le causó perjuicios, consistentes en el lucro cesante del equipo que quedó disponible desde el 8 de junio de 1976.

A este respecto, se anota:

Según la cláusula 4a. del contrato, "el contratista se obliga a comenzar las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de comunicación escrita, en que las Empresas le de la órden de comenzar los trabajos y a seguirlas sin interrupción alguna de acuerdo con el programa de trabajo". Está demostrado dentro del proceso y así lo aceptó el contratista, que esa orden se dió el 3 de diciembre de 1976 y que fué a instancia suya como se convino que la iniciación fuera el 10 de enero siguiente.

El lapso comprendido entre el 23 de julio y el 3 de diciembre de 1976 no es, por sí solo, constitutivo de culpa de la administración. Tocábale a la actora demostrar que la demora para dar la orden de iniciación de trabajos se debió a culpa o negligencia de las Empresas y esa culpa no se presume; debió acreditarla, pero la prueba brilla por su ausencia. Además, el aspecto "oportunidad" es razón de mérito que, en principio, escapa al control de la jurisdicción.

Por su parte la contratista con su conducta "compensó" cualquier demora que se hubiera presentado, al insistir que su iniciación fuera un mes después de la orden inicial. Y aquí cabe preguntar: Si desde hacía meses estaba en condiciones de iniciar los trabajos, porqué pidio posponer la fecha señalada por las Empresas?.

Tampoco probó la disponibilidad del equipo durante esta primera etapa y desde antes de la suscripción definitiva del contrato. El punto no era susceptible de prueba

documental. No bastaba demostrar, con papeles, que tenía ese equipo. Fácilmente habría podido establecer mediante prueba testimonial o inspección judicial anticipada, la disponibilidad de ese equipo sobre el terreno y la clase de maquinaria disponible en estado de buen funcionamiento.

No existió la demostración adecuada en esta etapa y ni siquiera durante la ejecución pudo hacerlo satisfactoriamente.

Pero si quedara alguna duda sobre los perjuicios sufridos por el contratista en este primer período, ella desaparecería con la circunstancia de que éste recibió el anticipo casi cuatro meses antes de la iniciación de la obra. Este hecho lo confiesa el demandante y aparece corroborado documentalmente.

Segunda etapa.

Puede denominarse ésta de ejecución del contrato y se extiende del 10 de enero de 1977 al 10 de junio del mismo año.

Merecen destacarse en este período las siguientes circunstancias: Que el contratista desde la primera semana alegó la falta de entrega de los planos y de la zona de trabajo libre de obstáculos y solicitó, además, ratificar o corregir las cantidades de tuberías para poder hacer el pedido a "American Pipe". Que afirmó tener todo el equipo disponible detallado en su propuesta y que 8 días antes de la finalización del plazo todavía no se habían retirado los obstáculos de la zona de replanteo. En suma, que el 9 de junio solicitó prórroga, por sugerencia de la entidad contratante debido a que la obra no se había podido ejecutar por incumplimiento de las Empresas, ya que ésta no había entregado la zona de trabajo libre de obstáculos; había modificado el proyecto; no había pagado oportunamente las actas. Además, que en comunicación del 23 de junio, antes de definirse la prórroga, insistió en la entrega de las bodegas de cloradores a demoler y la solución del problema de las redes de alta tensión.

Que el 27 de junio de 1977 mediante Resolución 365 se fijó como fecha final de los trabajos el 10 de septiembre siguiente y se le impuso una multa por incumplimiento de $ 20.000.oo (a folios 12 y siguientes del cuaderno No. 2). Sanción mantenida en la No. 495 de 29 de julio de ese mismo año (a folios 14 y siguientes).

Tampoco fué afortunada en esta etapa la parte actora en la demostración de su cumplimiento o de su allanamiento a cumplir y del cumplimiento de la contratante.

Y así como en la primera etapa, en ésta no probó la disponibilidad del equipo ofrecido en la propuesta. Las afirmaciones del contratista carecen de relevancia probatoria y aparecen desvirtuadas amplia y categóricamente en la prueba documental que opera en el proceso en documentos no tachados o redarguidos de falsos. Prueba documental (oficios enviados al contratista en donde se destaca la insuficiencia del equipo y su pésimo estado de funcionamiento) corroborada con la testimonial. Aunque en torno a ésta podría aducirse sospecha, dada la vinculación de los testigos a la interventoría o al departamento técnico de las Empresas, sus dichos coinciden con los documentos y corresponden a personas que estuvieron en contacto directo con la zona de trabajo.

En cambio la prueba testimonial practicada a instancia de la actora corresponde en buena parte a testigos de oídas o de referencia que aducen como razón de sus dichos circunstancias genéricas.

Así, en oficios de la interventoría se destaca que el atraso en las obras se debe a la ausencia casi total del equipo o al mal estado del mismo. Pueden verse a este respecto,

las comunicaciones que obran a folios 89 (oficio de 18 de mayo de 1977); 93 (abril 23) en donde se informa que el equipo no está en el frente de trabajo; 95 y 100 (20 de mayo) en donde se afirma parálisis total por falta de equipo; 101 y 106 (los equipos no han funcionado en forma continua; la motoniveladora funcionó un día, se dañó y fue retirada; el equipo de compactación es inadecuado). A folios 113 se dice que la compactación resultó baja porque el equipo era muy liviano (10 de junio).

Es importante destacar el oficio que obra a folios 149 (cuaderno No. 2 1a. instancia) de 1o. de septiembre de 1977 en el cual se manifiesta por la interventoría que "no hubo actividad en ningún frente por carencia del equipo, durante el período comprendido entre el 31 de marzo y el 19 de abril". A folios 103 se destaca que el 8 de junio (2 días antes del vencimiento), el contratista no había ejecutado sino el 15% del total de la obra.

Lo anterior muestra como tanto el a-quo como los peritos se equivocaron al dar por probada la existencia del equipo utilizado en la obra. La equivocación del primero tuvo como base el haber omitido, en cierto sentido, el análisis valorativo de conjunto del caudal probatorio aportado por las partes; y la de los segundos, por haber partido del supuesto que el detalle, en un documento, de un equipo ofrecido, era suficiente prueba de su existencia.

Finalmente, se anota. La falta del equipo adecuado muestra un obstáculo definitivo y serio para el cumplimiento del contratista y debilita su pretensión indemnizatoria apoyada en su actividad. Cómo podía sin equipo pretender ejecutar, entonces, las obras? Se pone de relieve esta circunstancia porque todo da a entender que ante esa realidad no le quedaba al contratista otra salida que la de buscar pretextos para su incumplimiento en la conducta de la administración.

Sobre la entrega oportuna de las zonas al contratista, se observa con base en el acervo probatorio:

Se lee a folios 8 del cuaderno de pruebas que desde el 25 de noviembre de 1976 las Empresas informan a la Interventoría que los terrenos donde se van a ejecutar las obras se hallan libres. Y aunque las mismas Empresas aceptan que una zona del terreno estaba ocupada con tuberías, esa parte, como se hizo saber oportunamente, no la necesitaba sino al final del contrato, tal como estaba programada la obra. Es importante para confirmar este aserto, tener en cuenta la comunicación que obra a folios 19 (8 de noviembre de 1977). Así mismo corrobora lo anterior el oficio de 9 de marzo de 1977 (a folios 133) en el que se señala zona de trabajo sin obstáculos para la construcción del embalse de recirculación.

Para la Sala la conducta de la entidad contratante es bastante clara y muestra que ésta quiso, a toda consta, que el Ingeniero Osorio cumpliera el contrato, ya que la obra encomendada era necesaria para la comunidad. De allí que su amplitud para conceder la prórroga (la última) hasta el 10 de septiembre de 1977 no pueda mirarse como confesión o aceptación de su propio incumplimiento sino como la intención de insistir con el mismo contratista, lo que administrativamente, dado el trabajo ejecutado, era un mal menor. Así lo dió a entender la Interventoría al otorgar el visto bueno para esa prórroga, ya que la celebración de un nuevo contrato con otro contratista —demoraría demasiado— la terminación de una obra de tanta urgencia social.

Entrega y modificación de planos.

Alega el contratista que los planos no le fueron otorgados oportunamente (sólo en el mes de marzo) y que la obra fué modificada repetidas veces.

Existe prueba en el expediente (comunicaciones de la Interventoría) con la cual se evidencia que los planos entregados originalmente no sufrieron sustanciales modificaciones y que las entregas posteriores no correspondieron a otros planos y diseños, sino a los mismos pasados en limpio y en papelería adecuada (ver oficios a folios 3, 10 y 11 de diciembre 3 de 1976, mayo 6, 14 de junio de 1977).

Además, de haberse producido esa modificación en la segunda etapa, en parte alguna demostró el contratista que durante los últimos 3 meses de prórroga (3o. período) se cambiaron, en algún sentido esos mismos planos.

Los mismos peritos aceptan que ya en mayo todos los planos estaban en poder del contratista. Por qué, entonces, alega esa circunstancia para no cumplir en la última etapa cuando ya no existía obstáculo alguno ni faltaba ningún diseño? La respuesta no es otra: carecía de equipo adecuado y necesario.

Sobre la entrega de los planos y sus modificaciones, además, cabe observar el oficio que obra a folios 175 (cuaderno de pruebas 2a. instancia) en el que se corrobora que no existieron cambios sustanciales en ellos.

Suministro de tuberías de la "American Pipe"

Estima la parte demandante que desde la iniciación del contrato solicitó ratificar o corregir las cantidades de tubería para poder hacer el pedido a la mencionada firma, y que las Empresas no sólo no hicieron esas correcciones sino que cambiaron las especificaciones.

Al respecto existe dentro del expediente la prueba suficiente de que este punto fué solucionado oportunamente y en forma por demás favorable para el contratista. En el documento que obra a folios 104 del cuaderno No. 3, se lee que el problema fué definido por las partes en la reunión del 11 de julio, ya que en esa fecha la administración le hizo la oferta de darle en préstamo la tubería necesaria, "encargándose el contratista de su transporte y de solicitarlas con cargo a su contrato para reintegrarlas posteriormente a las Empresas Públicas Municipales".

Aquí pregunta la Sala: Porqué no hizo uso de esa oferta? La respuesta no puede ser otra: No quería o no podía ejecutar el contrato por carencia de medios o de equipos.

A folios 107 de dicho cuaderno la Interventoría confirma el convenio del 11 de julio sobre tuberías e informa que a 1o. de septiembre (9 días antes de la finalización de la prórroga) el contratista no había iniciado el transporte e instalación de las mismas.

Muestra lo precedente y el tratamiento que se le dió por el contratista, que éste no quería, en ninguna forma, cumplir el contrato. Es indiciario el análisis de la contrapropuesta hecha por el Ingeniero Osorio y que aparece a folios 98 del cuaderno de pruebas de primera instancia (mayo 13 de 1977).

De allí que no tenga razón el contratista cuando pretende derivar ventajas de una situación como la explicada cuando la administración hizo todo lo posible por facilitarle el cumplimiento. Comparte la Sala la apreciación hecha por el señor apoderado de las Empresas en su alegato de segunda instancia, cuando sostiene:

"En tales condiciones, por los aspectos anotados y con base en los documentos y análisis que se acaban de indicar, no es justo considerar que la empresa y la Interventoría hayan sido responsables de la falta de solución al problema de las tuberías y que se quiera responsabilizar a la administración del incumplimiento del contrato, cuando en

todo ello, se ve, evidentemente, la falta de interés y la oposición del Contratista a tomar las medidas y aceptar las soluciones que facilitaban la ejecución de las obras.

"La falta de consideración de estos aspectos, que están demostrados en el proceso fué otra de las bases en que se fundó la sentencia de primera instancia, y al haber obrado sobre una apreciación errada de tales pruebas sobre este particular, no puede sostenerse su sentencia de condena en contra de la Administración".

Supresión del muro de contención y solución del sistema de relleno.

Este punto muestra a las claras el incumplimiento del contratista y deja ver que la insuficiencia del equipo no le permitió cumplir con los rellenos en la forma convenida. Parte tuvo que ser rechazada por mala ejecución y otra parte por la utilización de material inadecuado. El material de relleno fue previamente definido en documento, como se señala a folios 16 del cuaderno de pruebas de la primera instancia. Y el hecho de que la Interventoría haya rechazado el material por falta de especificaciones técnicas muestra y confirma ese incumplimiento. No se desvirtuó este extremo porque la prueba pericial, pese a que critica esta calificación, no lo hace en forma técnica y se reduce a afirmar que el material se tomó de la misma cantera utilizada por el nuevo contratista. Esta apreciación no es técnica y es gratuita ya que no obedeció a análisis de laboratorio sobre muestras tomas en una y otra oportunidad.

Reclamaciones sobre cuentas de cobro.

No demostró el contratista que la administración hubiera incurrido en mora en los pagos. Antes por el contrario, se puso en evidencia que esos pagos se hicieron oportunamente unas veces y otras, como pasó con el anticipo, mucho antes de la iniciación de las obras. Casi 4 meses antes.

El punto requería la prueba de la presentación oportuna de las cuentas de cobro, y el expediente no arroja claridad a ese respecto; y si se pueden observar ciertas demoras estas no fueron tales como para comprometer la responsabilidad de la administración por el todo, máxime ante un contratista que estaba demostrando que no quería cumplir.

Los problemas referentes a los cables de alta tensión existentes en terrenos aledaños, no alcanzan a tener entidad suficiente para exonerar de responsabilidad al contratista; ni los peritos de primera instancia le dieron esa importancia.

Además, desde un principio, tanto la entidad contratante como la Interventoría, hicieron saber al contratista que dada la índole de la obra y la localización de esos cables no existía impedimento alguno para su ejecución.

Debe leerse a este respecto el oficio de julio 18 de 1977 en el cual se le manifiesta al contratista que el problema se solucionó desde el comienzo de las obras y que en nada interfirió la ejecución del contrato (a folios 120 cuaderno de pruebas primera instancia).

Por lo demás, no existe prueba alguna que evidencie el cargo. Los peritos de primera instancia se limitan a decir que en la zona existen vertigios de que por allí pasaban esos cables. La prueba así es bastante débil.

Tercera etapa.

Esta, como se dijo, corrió desde el 10 de junio de 1977 al 10 de septiembre siguiente.

Se acreditaron en forma suficiente en este período los siguientes extremos:

Que las obras no avanzaron en forma significativa (ver oficio 653 folios 129 y 687 de agosto 18); que el equipo ofrecido en la propuesta no apareció en las obras; que la entrega de planos y zonas no tuvo objeción alguna (ver oficio a folios 156); que a fines de agosto el contratista volvió a pedir otra prórroga y que sin esperar respuesta alguna, antes del vencimiento retiró el equipo que tenía en la zona de las obras (ver oficio 765 de Interventoría, a folios 143 cuaderno No. 2). Retiro que ya había ocurrido en etapas anteriores como se destaca en el memo que obra a folios 144 de ese cuaderno, no discutido por el contratista.

Los perjuicios alegados. Otros aspectos.

Arguye el demandante que por el incumplimiento de las Empresas se vió enfrentado a una serie de ejecuciones y que la declaratoria de caducidad le hizo perder una licitación al Instituto de Crédito Territorial.

Los extremos anotados no fueron plenamente demostrados. En parte alguna se evidencia que la situación creada en torno al contrato aquí cuestionado haya sido la causa eficiente de esas ejecuciones. Además, si bien inicialmente el Instituto de Crédito Territorial revocó la adjudicación de un contrato de obra, por la caducidad aquí cuestionada, no es menos cierto que el contratista sacó avante su pretensión, tal como se desprende de la sentencia de esta misma sección dictada el día 4 de febrero de 1982.

El incumplimiento y la Resolución 365 de 1977.

Mediante esa resolución se le impuso al contratista una multa de $ 20.000.oo por incumplimiento (ver documento a folios 12 y siguientes cuaderno No. 2 tribunal). Recurrida oportunamente, la decisión se mantuvo (ver Resolución 495 de julio de 1977, a folios 14 del mismo cuaderno). Ahora bien. Esta circunstancia de incumplimiento no fue discutida jurisdiccionalmente. El acto, entonces, causó estado. Pretender ahora, sin impugnar el acto, que esa calificación no fué real, es inoportuno.

Podría extenderse la Sala en muchas más reflexiones que muestran el incumplimiento del contratista y su falta de interés para cumplir. Situación de mora de tanta magnitud y significación que le quita fundamento a cualquier pretensión indemnizatoria, incluso frente a un supuesto incumplimiento de la administración de grado menor.

Es cierto que la mora purga la mora, tal como lo da a entender el artículo 1609 del Código Civil. Pero los fenómenos deben presentar una cierta equivalencia en cuanto a su gravedad y prelación, además, la pretensión indemnizatoria, para su viabilidad en el campo contractual, requiere el cumplimiento o el llamamiento a cumplir de quien la pide y el incumplimiento del sujeto pasivo de la misma. Vale decir, la mora de este último. Porque si el incumplimiento es de parte y parte, se produce el efecto enervante del citado artículo, pero no nace la obligación indemnizatoria para ninguno de los contratistas.

Así, pues, no habrá lugar a la indemnización de perjuicios porque no demostró haber cumplido lo de su cargo; y antes, por el contrario, el proceso muestra su incumplimiento grave. Y aún aceptando, que la administración también incumplió, el resultado sería el mismo, porque tampoco se evidenció que el incumplimiento del contratista tuvo como causa eficiente el de ésta. En este último enfoque se acerca la Sala a la tesis de la fiscalía de la Corporación, la que si bien acepta el incumplimiento de las Empresas, destaca como de mayor entidad el del demandante.

La decisión cobijará, como es obvio, tanto la sentencia inicial de 14 de septiembre de 1979 como la complementaria de 15 de octubre del mismo año.

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:

Confírmase la sentencia de 14 de septiembre de 1979, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto a sus ordinales 1o. y 3o. (este último de la sentencia complementaria de 15 de octubre siguiente). Revócase en su ordinal 2o. En su lugar, deníeganse las demás súplicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 3 de mayo de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, José Luis Aramburo**, Conjuez.
Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— NULIDADES.— Nulidades absolutas y relativas (C. C. Decreto 150 de 1976 y Decreto 222 de 1983). Omisión de ciertos requisitos o supuestos que la misma ley consagra y que le hacen restar estabilidad al negocio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., mayo diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: **Expediente 2805 —Apelación—.**
Actor: **Departamento del Cauca.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de agosto de 1979, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en virtud de la cual se declaró absolutamente nulo el contrato celebrado entre el Departamento del Cauca, en virtud de la cual se declaró absolutamente nulo el contrato celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor Gerardo Mosquera Velasco, el 8 de agosto de 1978.

I

ANTECEDENTES

El Departamento del Cauca, por medio de apoderado especial, demandó, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el Artículo 66 de la Ley 167 de 1941, al contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor GERARDO MOSQUERA VELASCO, fechado el 3 de agosto de 1978, cuyo

objeto es: CUARTA.— Las partes de este Contrato han convenido que la prestación de servicios profesionales de que aquí se trata consistirá en la asesoría al Gobierno Departamental hasta la fecha en que se desocupe y entregue el Hotel Monasterio, asesoría que comprenderá la preparación y redacción de los documentos que posteriormente se convertirán en actos administrativos y la indicación de las medidas y gestiones que deban ejecutarse para hacer producir efectos a esos actos administrativos con el objeto de obtener la desocupación y entrega del Hotel Monasterio.

PARAGRAFO.— Es entendido que EL CONTRATISTA no estará bajo la dependencia ni subordinación de los funcionarios departamentales y que éste Contrato no tiene carácter administrativo en todo lo concerniente AL CONTRATISTA.

Así mismo, pidió la suspensión provisional del contrato "por violar ostensiblemente normas superiores". Esta fué negada por auto de fecha 22 de febrero de 1979.

Los HECHOS fueron presentados así:

"1.— El Hotel Monasterio de Popayán ha estado arrendado a los señores GILBERTO IRAGORRI HORMAZA y RICARDO LONDOÑO IRAGORRI desde hace muchos años, arrendamiento que se ha hecho constar en el respectivo contrato.

"2.— El Gobierno Departamental encabezado en ese entonces por el doctor ANDRES ARROYO CAJIAO, como Gobernador del Departamento, resolvió declarar la caducidad administrativa del Contrato administrativo a que hicimos mención anteriormente, caducidad que efectivamente se declaró mediante la Resolución número 2146 de agosto 4 de 1979.

"3.— Para realizar tal acto, el Departamento del Cauca por intermedio de su representante legal el día 3 de agosto de 1978 celebró un Contrato de Prestación de Servicios con el Abogado GERARDO MOSQUERA VELASCO, por el cual, el Contratista se obliga a asesorar al Gobierno Departamental hasta la fecha en que se desocupara y entregara el Hotel Monasterio. Asesoría que comprendería la preparación y redacción de los documentos que posteriormente se convertirán en actos administrativos y la indicación de las medidas y gestiones que deban ejecutarse para hacer producir efectos a esos actos administrativos con el objeto de obtener la desocupación y entrega del Hotel Monasterio.— Disfrazando de esta manera el verdadero objeto de la contratación cual era la de declarar la caducidad administrativa del Contrato.

"4.— La cuantía del Contrato en mención es la de $ 190.000.oo que el Departamento debía pagar al Contratista GERARDO MOSQUERA VELASCO.

"5.— El Gobernador del Cauca no tuvo para la celebración de este Contrato autorización Ordenanzal, como lo manda la Constitución Nacional.

"6.— Por razón de su cuantía, este Contrato objeto de la acción de nulidad que hoy adelanto debió ser sometido a la revisión por parte del Tribunal Contencioso Administrativo, lo que tampoco aconteció.

"7.— Como bien puede mirarse en la copia del Contrato que anexo en este proceso, en él no se estipularon las multas sucesivas para el caso de incumplimiento total o parcial de alguna o algunas de las obligaciones contractuales tal como lo ordena el Artículo 48 y 61 del Decreto Departamental 188 de 1977. Como tampoco se fijó el término exacto de duración del Contrato.

"8.— En el mismo Contrato se incluyó una claúsula penal pecuniaria por el valor de $ 95.000.oo en contra de cualesquiera de las partes que incumpliera lo que es desde todo punto de vista ilegal porque las multas se deben imponer en contra del Contratista y a favor del Departamento.

"9.— Plenamente nunca se llevó a cabo el objeto de este Contrato".

Como normas violadas se citaron: artículo 187 numeral 1o. de la Constitución Nacional, 260 de la Ley 167 de 1941 y 48, 61, 62, 116 y 118 del Decreto Departamental 188 de 1977.

La demanda se notificó al doctor GERARDO MOSQUERA VELASCO, quien guardó silencio hasta después de proferida la sentencia, cuando apeló. El apoderado de la parte actora corrigió y adicionó la demanda en los siguientes términos:

"1.— Como lo manifesté en el numeral noveno, el Contratista no cumplió con las obligaciones emandas del Contrato cuya nulidad hoy se solicita, y el Departamento por esta razón y por ser violatorio de Decretos Departamentales, Leyes y la Constitución Nacional se abstuvo de realizar cualquier clase de pago.

"2.— El doctor GERARDO MOSQUERA V., demandó ejecutivamente al Departamento, presentando como título ejecutivo el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios, objeto de litigio en este Tribunal.

"3.— El Juzgado Laboral del Circuito de Popayán mediante auto de enero 12 de 1979 libró mandamiento de pago contra el Departamento por la vía ejecutiva por la suma de CIENTO NOVENTA MIL PESOS ($ 190.000.oo), decretó el embargo de depósitos Bancarios en los Bancos Popular, Estado, Comercio, Occidente y Bogotá hasta por la suma de $ 190.000.oo.

"4.— Ya el Banco del Estado, cumpliendo el oficio No. 012 de enero 15 de 1979 retuvo el dinero mencionado como se puede constatar en el débito de enero 18 de 1979.

"5.— Considero que con esta actitud del doctor GERARDO MOSQUERA V., se ha causado un agravio al Departamento del Cauca. Pues para adelantar esa clase de juicios, se necesita que el Tribunal decida primero la controversia que se originó del Contrato.

"6.— Lo anterior da base para sostener las peticiones iniciales, además que como se trata de una corrección solicito se de aplicación al artículo 128 del Código Contencioso Administrativo el que ordena que cuando estos casos se presentan se repita la actuación del artículo 128 del mismo Código, el que en su Parágrafo ordena aplicar el artículo 96 cuando la suspensión provisional del acto acusado se solicita.

"7.— Los documentos que más adelante enunciaré y que anexo a la presente corrección pido se tengan como prueba sumaria para que la suspensión provisional se decrete".

El Tribunal, por providencia de 15 de marzo de 1979, no accedió a lo solicitado.

II

SENTENCIA DE INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Cauca, después de agotado el rito de instancia, aceptó las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad absoluta del contrato celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor GERARDO MOSQUERA VELASCO.

Para llegar a la declaratoria de nulidad, el *a-quo*, partió de las siguientes consideraciones:

"En primer término se dice en la demanda que se violó la disposición constitucional contenida en el artículo 187 —numeral 10— de la Constitución Nacional, por cuanto el Gobernador del Departamento que lo suscribió procedió sin autorización de la Asamblea Departamental.

"Efectivamente el artículo 187 de la Constitución Nacional dispone que corresponde a las Asambleas, por medio de Ordenanzas: . . . 10.— Autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales, y ejercer, pro-témpore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas".

"Como los funcionarios públicos no puden hacer sino aquellas cosas que les están expresamente atribuídas por el ordenamiento jurídico, al contrario de los particulares que pueden realizar todo lo que no esté expresamente prohibido, es elemental que para la celebración de contratos los Gobernadores de Departamento deben proceder de conformidad con las autorizaciones dadas por la Asamblea, por medio de Ordenanzas.— Bien puede tratarse de autorizaciones especiales para un determinado contrato o generales para ciertos tipos de contratos, pero en todo caso debe existir la autorización correspondiente.— Aceptar el planteamiento contrario conduciría a convertir a los Gobernadores en funcionarios autónomos, soberanos, que podrían por sí y ante sí celebrar toda clase de contratos, lo cual no se concibe en un régimen de derecho que implica una serie de competencias, para que todos los funcionarios tengan delimitada su esfera de acción.

"El contrato entre el Gobernador Arroyo Cajiao y el abogado Mosquera Velasco cita "lo dispuesto en el numeral 6o. del artículo 31 y en el artículo 37 del Decreto 188 de 1977".— La primera de las normas invocadas se refiere al hecho de que por tratarse del contrato de prestación de servicios profesionales, puede prescindirse de la licitación.— La Segunda, a los casos en que los contratos requieren el concepto favorable del Consejo de Gobierno, por razón de la cuantía.— Pero por parte alguna aparece la autorización ordenanzal para la celebración del contrato, que debió citarse en el respectivo documento. Puede entonces afirmarse que el contrato se celebró sin la autorización exigida por la propia Constitución.

"Precisamente el artículo 47 del Decreto 188 de 1977 establece los casos en que los contratos que celebre el Departamento requieren, para su validez, la aprobación de la Asamblea Departamental. Entre ellos se encuentra el referente a la falta de autorización previa. De modo que el contrato sub-judice, celebrado sin autorización ordenanzal previa, pudo ser enviado a la Asamblea Departamental para su aprobación, antes de empezar su ejecución. Tampoco se procedió así y la situación actual es la de un contrato no autorizado previamente, ni aprobado posteriormente por la Asamblea.

"Ahora bien, el artículo 125 del Decreto 188 sanciona con nulidad absoluta los contratos celebrados sin autorización legal (literal b), término este último que debe entenderse en el sentido de falta de autorización ordenanzal.— En las condiciones anotadas, un contrato no autorizado previamente ni aprobado posteriormente por la Asamblea carece de un requisito o formalidad que las normas prescriben para su validez. La disposición del artículo 125 del Decreto Departamental 188 de 1977, es idéntica a la contenida en el artículo 189 del Decreto Ley 150 de 1976.— aplicable a los contratos que celebre la Nación y los establecimientos públicos del orden nacional.

"No parece inoportuno citar algunas jurisprudencias sobre la materia, así sea brevemente.

"El Honorable Consejo de Estado ha dicho: ". . . Si bien es cierto que todo contrato administrativo debe buscar su primer soporte en la ley que lo autoriza, su validez igualmente está determinada por la estricta observancia de los procedimientos legales que rigen la actividad contractual de la administración. Si el contrato no está autorizado por la ley, la administración no es competente para celebrarlo y sobre examinar el procedimiento seguido para contratar. . . (Anales del Consejo de Estado — Primer Semestre 1967 — Sala de Consulta y Servicio Civil — página 28).

". . . El contrato es acto típico entre los que crean situaciones jurídicas de carácter particular. Los contratantes modelan la situación jurídica según su voluntad. Crean derechos y obligaciones. Pero el acuerdo de voluntades para que sea válido debe producirse dentro del marco de la ley que señala la capacidad y competencia de los contratantes, los procedimientos y formas del acuerdo y los fines que pueden constituír su objeto lícito. En este sentido puede decirse que la ley vigente al momento de contratar se incorpora al contrato en cuanto determina la validez formal e intrínseca de las obligaciones y derechos de los contratantes. (Ley 153/67, artículo 38).

"En derecho privado es principio jurídico el de la libertad contractual, que permite a los particulares obligarse a todo aquello que la ley no prohíbe. En derecho público, por el contrario, es la ley la que rige toda la actividad de la administración, que no puede ejecutar sino los actos autorizados u ordenados por ella.

"Toda ley es en sí misma de interés general. Las que se relacionan con la organización y funcionamiento del Estado, son además, de orden público.

"En derecho privado se discute, frente al principio que entre nosotros consagra el artículo 16 del Código Civil, qué leyes afectan al orden público y no pueden derogarse por convenios entre particulares".

"Las teorías individualistas que buscan darle prelación al acto jurídico contractual sobre la ley, no tienen campo en el derecho administrativo.

"Aun los intérpretes más extremos del individualismo jurídico admiten que las leyes sobre organización del Estado y las que determinan las relaciones del Estado y de sus agentes con los particulares son, en principio, de orden público. (Julliot de la Morandiere— La Noción de Orden Público en Derecho Privado). (Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Anales Primer Semestre 1973.— página 30).

"Por su parte el tratadista Enrique Sayaguez Laso en su obra de derecho administrativo enseña: ". . . La autorización puede definirse como el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho pre-existente. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la administración, que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo. Si se prescinde de obtener la autorización requerida, el acto o hecho realizado es ilícito y puede dar motivo a la aplicación de las sanciones pertinentes, sin perjuicio de la invalidez del acto. (Tratado páginas 415 y 416).

"Se concluye que evidentemente el Gobernador del Departamento que celebró el contrato, Doctor Andrés Arroyo Cajiao, procedió sin autorización ordenanzal. Por este solo aspecto y de conformidad con el artículo 125 literal b) del Decreto 188 de 1977, el contrato debe declararse nulo, en atención a que el estatuto departamental sobre contratos erige en causal de nulidad la falta de autorización.

"Se afirma en la demanda que se violó también el artículo 260 de la Ley 167 de 1941 que dice: "Será obligatoria la revisión por los Tribunales Administrativos respecto de los contratos autorizados por las ordenanzas cuando su cuantía sea o exceda de cinco mil pesos ($ 5.000.oo).

"Sobre este particular conviene reiterar que los contratos revisables por los Tribunales Administrativos son aquellos celebrados con base en autorizaciones contenidas en las Ordenanzas, cuando además su cuantía es o excede de cinco mil pesos ($ 5.000.oo).

"Como el contrato celebrado entre el Gobernador Arroyo Cajiao y el doctor Mosquera Velasco no tiene norma ordenanzal que lo autorice, lo procedente era, antes de iniciar su ejecución, enviarlo a la Asamblea Departamental para su aprobación según lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 188 de 1977. Pero como así no se hizo, al contrato le faltó "un requisito indispensable para su validez" al tenor del mismo artículo 47 antes citado.

"De tal manera que un contrato celebrado sin autorización ordenanzal no debe enviarse al Tribunal para su revisión, sino a la Asamblea Departamental para que lo apruebe mediante Ordenanza. Si esto último no se hace y se pretende por alguna de las partes el cumplimiento del contrato, a la autoridad judicial le corresponderá decir que a la relación contractual le faltó un requisito indispensable para su validez.

"Aunque lo que se deja dicho es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda, no sobra comentar otras disposiciones del Decreto Departamental 188 de 1977.

"El artículo 48 del Decreto relaciona las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Entre ellas las propias o usuales conforme a la naturaleza del contrato y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática. Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato.

"En el contrato materia de este proceso se observa la violación de la norma anterior en cuanto no se incluyó la facultad del Departamento para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, si se estipuló la cláusula penal pecuniaria.

4.— CONCLUSIONES

"Pueden sacarse las siguientes:

"a) El contrato celebrado entre el doctor Andrés Arroyo Cajiao, en su carácter de Gobernador del Departamento, y el doctor Gerardo Mosquera Velasco, carece de autorización ordenanzal. Tampoco fué aprobado por la Asamblea Departamental, antes de iniciarse su ejecución.

"b) El Decreto 188 de 1977 en su artículo 125 literal b) sanciona con nulidad absoluta los contratos celebrados sin que exista norma ordenanzal que los autorice.

"c) El contrato tampoco fue aprobado por la Asamblea Departamental, ante la falta de autorización previa. En estos casos la aprobación de la Asamblea es requisito indispensable para la validez del respectivo contrato. (artículo 47 Decreto 188 de 1977).

"d) Por otra parte el contrato viola también los artículos 61 y 62 del Decreto 188 en cuanto dejaron de incluirse ciertas cláusulas que forzosamente debían estipularse.

"e) Lo expuesto releva al Tribual de examinar otros aspectos expuestos en la demanda, ante la claridad de la norma contenida en el artículo 125 del Decreto 188 de 1977, que sigue la misma orientación del Decreto Ley 150 de 1976 en materia de causales de nulidad absoluta de los contratos administrativos de caracter nacional".

III

POSICION DEL DEMANDADO

El demandado fijó su posición, en escrito presentado, después de proferido el fallo de instancia, para sustentar el recurso de apelación interpuesto. Sobre la sentencia dijo:

"a) La Justicia Contencioso Administrativa carece de competencia para conocer y tramitar la acción de nulidad que sirve de fundamento a la demanda, ya que ella recae sobre un contrato que no tiene el carácter de contrato administrativo. El contrato de prestación de servicios profesionales está regida por las normas del derecho privado y su ejecución se adelanta ante la justicia laboral, así como la nulidad si fuere el caso ante la justicia ordinaria civil. El mero hecho de que en un contrato figure la cláusula de caducidad, no le da al acuerdo jurídico la calidad de contrato administrativo. Esta prerrogativa del estado para dar por terminado unilateralmente un contrato no es suficiente para elevarlo a la categoría de contrato administrativo. Las instituciones en derecho se definen por sus efectos al decir el tratadista Valencia Zea. Uno de los efectos del contrato de prestación de servicios profesionales entre una entidad de derecho público y un particular es que ese contrato puede ejecutarse ante justicia ordinaria. Así lo ha reconocido la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Popayán, precisamente al conocer del contrato materia de este asunto.

"De otra parte con fundamento en el Decreto Departamental 188 de 1977, artículo 50, todo contrato celebrado por el Departamento del Cauca si nos atenemos a la tesis sostenida en la sentencia tendría el carácter de contrato administrativo, con la única excepción de los que fueren de compra-venta de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento. Pero es el caso de que los contratos son administrativos o no tienen ese carácter no por la calidad de las partes contratantes factor que sería determinante solo en ciertos eventos, sino por el objeto, fines, propósitos y contenido del contrato. Fuera de esto en el Decreto 188 citado no se consignó una norma como la que se consagró en el artículo 36 del Decreto 3130 de 1968. El Decreto 188 es de 1977. Así las cosas se excluyó intencionalmente de ese Decreto la norma del Decreto Nacional y lógicamente la sentencia que se cita del Consejo de Estado de 21 de febrero de 1973 no puede ser aplicable al caso controvertido.

"b) El artículo 31 del Decreto 188 de 1977 "estatuto que regula los contratos que celebra esta entidad de derecho público (Departamento del Cauca)", en su numeral 6o. y bajo el título de contratación directa, expresa que el Gobernador del Departamento podrá contratar directamente cuando se trata de prestación de servicios profesionales o personales. Es decir, el representante legal del Departamento del Cauca cuando celebró el contrato de prestación de servicios profesionales lo hizo con el fundamento legal y con la autorización que le da la norma citada. No necesitaba buscar una nueva autorización ordenanzal, ni anterior ni posterior a la celebración del contrato. Y por la cuantía del mismo, de conformidad al artículo 38 del Decreto 188, tampoco requería de la revisión por el Contencioso Administrativo.

"c) De otra parte, basta leer la cláusula décima del contrato para encontrar que se pactó una cláusula penal en cuantía de NOVENTA Y CINCO MIL PESOS ($ 95.000.oo), al contrario de lo que se dice en la sentencia. Y se hizo la correspondiente

reserva presupuestal. Obviamente no se consignó la cláusula de reclamación diplomática, porque sería ello absurdo y extravagante. Es que cierto tipo de cláusulas no convienen lógicamente a determinados contratos".

IV

CONCEPTO DE LA FISCALIA

La Fiscal Segunda de esta Corporación, solicita que se confirme la sentencia, aún cuando por razones distintas. Conceptuó la colaboradora fiscal:

"Los argumentos dados en la sentencia para concluír con la anulación del contrato, no son íntegramente compartidos por este despacho.

"En primer término hay que considerar que el contrato que se pretende anular es inexistente por las siguientes razones:

"Los contratos que celebra la administración, además del simple acuerdo de voluntades, requieren para su perfeccionamiento y ejecución ciertos requisitos, sin los cuales no surgen a la vida jurídica, ni pueden ponerse en ejecución.

"En el caso que se estudia, al contrato de prestación de servicios le faltaron algunos requisitos para su perfeccionamiento y otros exigibles para su ejecución.

"Es así como se requería el correspondiente registro presupuestal y la posterior revisión del Tribunal Contencioso Administrativo.

"Por otra parte el Gobernador ha tenido que estar expresamente autorizado para celebrar el contrato.

"Analizando más detenidamente estos aspectos tenemos lo siguiente:

"La Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo) en su artículo 260 dice: Será obligatoria la revisión por los tribunales administrativos respecto de los contratos autorizados por las ordenanzas cuando su cuantía sea o exceda de cinco mil pesos ($ 5.000.oo)".

"Siendo la ley la que establece esta exigencia y estando allí mismo señalada la cuantía de los contratos que se someten a ese requisito para su perfeccionamiento, resulta clara la ilegalidad del artículo 38 del Decreto Departamental No. 188 de 1977, cuando establece que la revisión del tribunal se hace solamente cuando la cuantía de los contratos sea o exceda de diez millones de pesos.

"Aunque el decreto departamental no consagra las consecuencias de la falta de esa revisión por el tribunal contencioso, lo cierto es que a nivel nacional, la exigencia de tal requisito es indispensable para su perfeccionamiento y la carencia de él, trae como consecuencia la prohibición de ejecutar el contrato (artículo 245 inciso final y artículo 248 del Código Contencioso Administrativo).

"Por este aspecto puede afirmarse, que el contrato en estudio no podía o puede ejecutarse sin antes haber sido revisado por el Tribunal Contencioso, pues no quedó perfeccionado.

"Referente al requisito de la aprobación y registro presupuestal exigido también en la norma local, se observa, que el artículo 39 del Decreto Departamental 188 de 1977

(folio 7 cuaderno 1) exige para el *perfeccionamiento* de los contratos departamentales, cuando no se hagan exigibles otros requisitos, como en el presente caso, "el correspondiente registro presupuestal en la oficina de presupuesto de la Secretaría de Hacienda o en la oficina de Contabilidad de la respectiva dependencia".

"Y el artículo 40 del mismo decreto prohibe la ejecución de los contratos no perfeccionados.

"En el contrato que se revisa no se cumplió con los requisitos antes anotados, de ahí que es claro deducir que no quedó perfeccionado y en consecuencia el contrato no existe, menos aún puede pensarse que se pueda ejecutar.

"En el supuesto que los anteriores razonamientos no fueran compartidos por la Sala, este despacho se permite observar, que sí se considera la ausencia de los requisitos omitidos en la celebración del contrato, como la manifestación de la Administración Departamental de pactar contra disposiciones legales, se podría aceptar entonces una nulidad, como lo hace el Tribunal.

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. No cabe duda que el contrato cuya nulidad se invoca, se celebró bajo la vigencia del estatuto de contratación administrativa seccional, recogido en el Decreto Departamental 188 de 1977, expedido por el Gobernador del Cauca, en virtud de las facultades conferidas por la Asamblea por medio de las Ordenanzas 12 de 1975 y 10 de 1976. En su totalidad se hace visible el mencionado decreto a los folios 9 y 10 del cuaderno 1.

2. Dentro del criterio impuesto en el Decreto 188, que es el mismo que a nivel de la contratación administrativa de la Nación—Ministerios y Departamentos Administrativos—y los Establecimientos Públicos, consagraba el Decreto 150 de 1976, los contratos que celebre el departamento, con excepción de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento, será forzosa la cláusula de caducidad (artículo 49). Y anota el precepto que en la cláusula del contrato deberá consignarse los motivos que den lugar a ese acto unilateral de la administración. Luego, el artículo 50 *ibidem* impone que la cláusula de caducidad se entenderá incluida en todos los contratos en que fuere obligatoria, aun cuando no se pactase expresamente. Esas ordenaciones del estatuto, en cuestión, hacen derivar la consecuencia de calificación de administrativo el contrato cuya invalidación se pretende en este proceso, puesto que la precisión normativa, limita a determinados negocios jurídicos la identificación de contratos no reputados administrativos. Es, por tanto, de mención legal, su calificación como tal, no obstante no se hubiese incluido la cláusula exorbitante de caducidad, que, como es sabido, serviría para una mejor precisión.

3. Y si el contrato celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor Mosquera Velasco, es de los llamados administrativos, se disipa el reparo que el demandado le formula a la sentencia en cuanto al conocimiento del asunto *sub-judice*.

4. Tampoco puede en materia de discusión la clase de contrato, no ya desde el punto de vista de su ubicación, de privado o administrativo, que como quedó consignado participa de la naturaleza de éste último, sino de la índole o relación negocial, que no es otro que la de servicios inmateriales, en cuanto el objeto de la prestación es la de realización de una actividad en que debía prevalecer la inteligencia, como la asesoría descrita en el cuerpo del contrato (cláusula cuarta), a cambio de una remuneración, a título de honorarios, que correlativamente se convino, o sea, que encuadra dentro de la situación prevista en el artículo 116 del Decreto 118.

5. Sin embargo, para el Tribunal, el Gobernador del Cauca no estaba autorizado por la Asamblea Departamental para celebrar el contrato en comento, o por lo menos no se aportó la prueba sobre el particular. Entonces, el *a-quo* estimó, que no se dió cumplimiento al mandato de la Carta Fundamental de la República, en cuanto dispone en el artículo 187/78, que le corresponde a esas corporaciones, autorizar al Gobernador para celebrar contratos, y se pretermitió la exigencia del artículo 47 del Decreto 118, que señala los casos en que se requiere de la autorización de la Asamblea, cuando no existiese la legal previa. Luego, concluye, que, por carecer de validez, según la preceptiva del citado artículo 47, hace próspero la nulidad absoluta del acto contractual, en consonancia con el artículo 125 *ibidem*, literal b.

6. Es cierto, que frente a los contratos administrativos, no sólo se pueden predicar vicios que atentan contra la validez del negocio, y que son comunes frente al derecho civil, para atentar de manera absoluta o relativa, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, sino que se pueden señalar otros, de particular relevancia, como ocurre con la omisión de ciertos requisitos o supuestos que la misma ley consagra y que le hacen restar estabilidad al negocio. Así por ejemplo, el Decreto 150 de 1976, en el artículo 189, destacó cinco particulares causales de nulidad absoluta de los contratos sujetos a dicho estatuto, y el artículo 190 *ibidem* dejó abierta la nulidad relativa en aquellos casos contentivos también de vicios u omisión no de la magnitud señalada en el artículo 169. Y el Decreto 222 de 1983 en los artículos 78 y 79, así mismo, se encargo de consignar las causales de nulidad absoluta y relativa. La Sala anota, que las situaciones que dan origen al ataque a la validez de los contratos, de conformidad con el estatuto departamental, se acerca más a la normación del Decreto 150.

Si el Gobernador del Departamento del Cauca no estaba autorizado previamente, por la Asamblea, debía contar con la autorización posterior de ésta, a efecto de que el contrato se ajustara a las exigencias del Decreto 188, por cuanto la mención que el artículo 47 hace de la autorización legal no puede ser entendida de manera distinta a la ordenanzal, que es, en verdad, la que es requerida para la vinculación negocial. Es decir, la pretermisión de esa manifestación previa o posterior de la Asamblea, origina un defecto en el contrato, que si bien permite decir o sostener que nació a la vida jurídica, es una omisión, que como tal, le hace perder su fuerza vinculante permanente ante la presencia de la nulidad advertida por el Tribunal.

7. Si hubo, pues, contrato, pero viciado, en el grado anotado por el *a-quo*. De ahí que no comparta las apreciaciones que la Fiscal Segunda hiciera sobre la inexistencia del contrato, por cuanto los factores que inciden en el perfeccionamiento del contrato, en los aspectos apuntados por ella, tienen en el mismo estatuto departamental, como en el nacional de la contratación un alcance distinto, que se concreta a no poderse iniciar la ejecución del negocio, hasta tanto no se atienda con las exigencias especiales de perfeccionamiento, que se refieren los artículos 34 y siguientes del Decreto 188.

8. Todo lo anterior lleva a la Sala a confirmar la sentencia apelada en todas sus partes.

9. 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 confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección. **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Arturo Mora Villate**, Secretario.

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

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— INDOLE CONTRACTUAL.— Frente a un negocio, en el que se precisan sus elementos, han de tenerse de presente estos efectos para definir la índole contractual, por encima, como se ha dicho de la calificación que se haga en el documento que muestra la voluntad de los otorgantes. Sin pretermitir los otros actos que se ofrecen de la relación contractual.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— ACTA DE LIQUIDACION.— El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad, sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarlo. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN ENTES MORALES.— El vicio debe ser demostrado, para restarle la validez al acto jurídico.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.— No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., mayo diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: **Expediente 2796 contratos.**
Actor: **Federación Nacional de Cafeteros de Colombia S. A.**

Cumplido el trámite de rigor se procede a dictar sentencia.

I

A) En demanda presentada el 7 de septiembre de 1979 el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"A. Que se declare nula el acta de liquidación final del contrato P-3 No. 052/75 CAR celebrado entre el Instituto de Crédito Territorial y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el 13 de agosto de 1975, acta de liquidación final elaborada por el Instituto de Crédito Territorial, el 7 de mayo de 1979.

"B. Que como consecuencia de la declaración anterior se restablezca el derecho de mi mandante que se ha violado con el acto administrativo citado en el numeral anterior restablecimiento que supone el pronunciamiento de las siguientes condenas:

"1— Que se condene al Instituto de Crédito Territorial a pagar a favor de mi mandante la suma de $ 1.405.685.73 moneda legal corriente, más los intereses bancarios corrientes causados a partir de 7 de mayo de 1979, cantidad que en calidad de aporte y como consecuencia del contrato mencionado en el numeral anterior efectuó la Federación para atender los costos que demandaron las obras adicionales efectuadas para la correcta ejecución del programa de vivienda de la urbanización "Manuel Mejía" cuya construcción constituyó el objeto que se propusieron las partes con la

celebración del negocio jurídico citado. Lo anterior implica la reforma del acto demandado en el sentido de agregar al aporte de la Federación que figura en la liquidación final del contrato la suma de que trata esta petición.

"En subsidio, que se condena al Instituto de Crédito Territorial a pagar a favor de mi mandante la suma de $ 1.405.685.73 moneda legal y corriente, por concepto del enriquecimiento sin causa que aquél tuvo con ocasión de las obras adicionales que por el mismo valor hizo la Federación en las viviendas construídas por las partes vinculadas a este proceso en la urbanización "Manuel Mejía".

"2— Que se condene al Instituto de Crédito Territorial, a pagar a favor de mi mandante la suma de $ 4.036.805.95 moneda legal y corriente, más los intereses bancarios corrientes causados a partir del 7 de mayo de 1979, por concepto de reajuste de las "utilidades" u honorarios convenidos en el contrato P. 3., anexo de costos por vivienda (10% de los costos directos), toda vez que el Instituto de Crédito Territorial tan solo liquidó por tal concepto en favor de la Federación la cantidad de $ 3.530.498.40 moneda legal y corriente, cuando ha debido liquidar la suma de $ 7.567.304.35 moneda legal y corriente. Esta pretensión supone adicionar el acto acusado en tal sentido.

"3— Que se condene al Instituto de Crédito Territorial a pagar a favor de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia la suma que le corresponde por concepto de la participación a que tiene derecho en los beneficios que obtuvieron las partes vinculadas a este proceso con el cumplimiento del objeto del contrato citado tantas veces, cantidad que resulta de aplicar a tales beneficios que en su integridad retiene el Instituto de Crédito Territorial, el porcentaje que determina el valor del aporte que hizo la Federación. La condena incluirá, además, los intereses bancarios corrientes causados a partir del 7 de mayo de 1979. Como el acta de liquidación final del contrato omitió la liquidación de las utilidades obtenidas por la ejecución del mismo, los honorables consejeros adicionarán a tal acto la liquidación respectiva.

"4— Que se condene al Instituto de Crédito Territorial al pago de las costas del proceso".

B) Los hechos los expuso el actor del libelo así:

"A— El Instituto de Crédito Territorial, de una parte y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, de la otra, celebraron el 13 de agosto de 1975 el contrato administrativo P-3 No. C.M. 052/75 CAR, por el que las partes se asociaron para realizar la construcción de 432 viviendas en la urbanización "Manuel Mejía". El contrato lo adelantó la Federación con dineros de la cuenta interna especial denominada CAJA DE AHORROS, FONDO DE RECOMPENSAS, PENSIONES Y JUBILACIONES, conformado por los ahorros de cerca de 4.800 trabajadores de la Federación y aportes de la misma empresa.

"B— El anterior contrato fue parcialmente modificado por las partes mediante documentos por estas suscritos el 21 de abril de 1976 y el 6 de diciembre de 1977.

"C— Para cumplir el objeto del negocio, las partes acordaron la formación de un fondo común que se integraría con bienes que cada una de ellas aportaría en la forma y proporción establecida en el contrato.

"D— El aporte de la Federación fue de $ 45.933.326.92 moneda legal y corriente, representado en los siguientes bienes: el lote de terreno alindado en el anexo No. 1 del contrato y sobre el cual se construyeron las 432 viviendas, solar que fue aportado por $ 9.866.404.80 moneda legal y corriente, $ 36.066.922.12 moneda legal y corriente, en dinero efectivo.

"E— El aporte efectuado por el Instituto de Crédito Territorial fue de $ 32.249.898.01 moneda legal y corriente, en dinero efectivo.

"F— De los dos hechos anteriores resulta que el valor del fondo común constituído por los contratantes fue de $ 79.183.224.93 moneda legal y corriente, y la proporción de cada uno de ellos en tal fondo fue del 58.01% para la Federación y del 41.99% para el Instituto de Crédito Territorial.

"G— Mi poderdante hizo con recursos propios obras adicionales que por tener el carácter de orden técnico no podían estar previstas en el contrato y que en términos generales consistieron en sobrecimientos y rellenos para nivelar varios bloques; obras para permitir la conexión futura de los teléfonos y de las antenas de televisión a cada uno de los 432 apartamentos; muros divisorios; ventanas y vidrios para separar al baño del hall de alcobas; y las demás mencionadas en la comunicación dirigida por mi representada al Instituto de Crédito Territorial el 14 de abril de 1977. El valor de tales obras fue de $ 1.405.685.73 moneda legal y corriente.

"H— También se ejecutaron otras obras adicionales para mejorar los acabados de los apartamentos como el enchape de los cielorasos, los pisos de las cocinas y hall de alcobas y las escaleras en ladrillo tablón.

"I— El valor de las obras adicionales mencionadas no fue tenido en cuenta por el Instituto de Crédito Territorial, para determinar el valor total de la construcción, ni para establecer el monto real de los aportes que cada una de las partes hizo.

"J— El costo de tales obras debe adicionarse al costo total del programa de vivienda por un lado y por otro agregarse al aporte de la Federación, de suerte que el valor de la construcción fue de $ 65.806.638.69 moneda legal y corriente, y no de $ 64.400.952.96 moneda legal y corriente, como arbitraria e ilegalmente se hizo constar en el acta final del contrato y el aporte de mi representada fue de $ 45.933.326.92 moneda legal y corriente, y no de $ 44.527.641.19 moneda legal y corriente, como figura en el acto administrativo acusado.

"K— El negocio jurídico P.3 No. CM 052/75 CAR es un contrato administrativo, porque una de sus partes es una persona de derecho público y porque contiene cláusulas exorbitantes que como la de caducidad, entre otras, confiere al Instituto privilegios especiales en cuanto a la terminación del contrato se refiere.

"L— Así mismo, es un contrato que participa de la naturaleza propia del contrato de obra y no de la del de mutuo, no obstante su calificación de tal, por las siguientes razones:

"1— El objeto del contrato consiste en la construcción de 432 viviendas en la urbanización "Manuel Mejía", toda vez que el Instituto de Crédito Territorial, no se limita a entregar una suma de dinero, sino que designa un interventor, administra el plan (cobra por tal concepto unos gastos de administración y de trámite), encomienda la ejecución de la obra y la promoción y venta de las viviendas a la Federación, reconociéndole por ello una "utilidad" u honorario (término que encuadra con la naturaleza del contrato) del 10% de los costos directos de la construcción, aparte de la restitución de los gastos en que incurra por adelantarla.

"2— La obra contemplada en el contrato es pública, ya que en su ejecución interviene una persona de derecho público como parte principal para contribuir "en la solución del problema de vivienda" (Acuerdo No. 9/74 de la junta directiva del Instituto de Crédito Territorial), cuyo carácter social nadie desvirtúa, circunstancia que se

ratifica con el hecho de que las viviendas construídas en la urbanización "Manuel Mejía" estaban destinadas para ser adjudicadas por el Instituto de Crédito Territorial a personas de escasos recursos económicos.

"3— El contrato contiene cláusulas como las de caducidad, garantías, multas y supervisión administrativa que le son propias al contrato de obra pública y no al de mutuo.

"4— El contrato se liquidó como un contrato de obra, ya que se siguieron los mandatos del Decreto 150/76 en sus artículo 191 a 193.

"M— No obstante haberse previsto en el contrato que la Federación tenía derecho al 10% de los costos directos de la construcción por concepto de "utilidad" u honorario por cumplir con la delegación que le hizo el Instituto en el sentido de ejecutar el plan, promover la venta y vender las viviendas, entregarlas a los compradores, etc., este tan solo liquidó la suma de $ 3.530.498.40 moneda legal y corriente, cuando en realidad ha debido incluir por tal concepto en favor de la Federación la cantidad de $ 7.567.304.35 moneda legal y corriente.

"N— En consecuencia con lo expuesto, el valor final del programa de vivienda que se construyó en la urbanización "Manuel Mejía" no fue de $ 97.221.924.oo moneda legal y corriente, por cuanto que a este monto hay que agregarle el valor de las obras adicionales ($ 1.405.685.73) hechas por la Federación y la parte de "utilidad" u honorario que el Instituto de Crédito Territorial dejó de liquidar en el acta final ($ 4.036.805.95).

"Ñ— La Federación cumplió a cabalidad todas y cada una de las obligaciones que asumió en el contrato, como se desprende del acta de liquidación final del mismo practicada por el Instituto del acta, del acta de inspección levantada el 23 de abril de 1979 por el Instituto de Crédito Territorial y de las constancias de la jefe de cartera del Instituto.

"O— Anexo al contrato de obra P-3, mal denominado de mutuo, existe una asociación de hecho o, al menos, una comunidad, por las siguientes razones:

"1— Los contratantes acordaron efectuar cada uno un "aporte" que se destinaría a la formación de un fondo común necesario para adelantar el plan de vivienda de la urbanización "Manuel Mejía".

"2— Establece el contrato que los aportes deberán manejarse en cuentas corrientes bancarias conjuntas, contra las cuales se podrán girar sumas de dinero destinadas exclusivamente a cubrir gastos de la construcción.

"3— Asimismo, se prevé la forma como las partes afrontarán un eventual aumento en los costos presupuestados y, por ello, se obligan a hacer aumentos en el valor de su aporte para cubrir tales gastos, en la proporción establecida por el contrato.

"4— Ambas partes conservan la administración del negocio, toda vez que la Federación se encarga de adelantarlo sin que el Instituto de Crédito Territorial pierda su injerencia y supervisión administrativas.

"5— El contrato también determina la forma como deberán restituirse los aportes a los contratantes y en la última modificación que a éste se hizo, se establece un principio de participación de las partes en los eventuales beneficios o utilidades que se obtengan con ocasión del negocio. En efecto: el artículo 5.01 de la modificación suscrita el 6 de

diciembre de 1977 señaló que si las cuotas iniciales pagadas por los compradores de las viviendas eran cuantitativamente superiores a las inicialmente previstas, como en efecto lo fueron, "el mayor valor que se reciba será reintegrado por el Mutuario al Instituto *proporcionalmente a los aportes estipulados en el presente contrato modificatorio"* (el subrayado es mío).

"P— Con la finalidad de que el precio de venta del programa de vivienda construído en la urbanización "Manuel Mejía" alcanzara para cubrir los costos de la obra y reportara a los contratantes un pequeño margen de utilidad, la Federación sugirió al Instituto de Crédito Territorial que fijara como precio de cada apartamento la suma de $ 249.000.oo M/cte, a lo que este accedió mediante los Oficios Nos. 5193 y 24785 del 9 de marzo y 29 de septiembre de 1977, respectivamente.

"Q— El costo total de las viviendas, como se anotó en el literal N de los hechos, fue de $ 102.664.415.68 moneda legal y corriente, y el precio total de venta de las mismas fue de $ 107.568.000.oo moneda legal y corriente.

"R— Del hecho anterior puede verse que por la ejecución del contrato las partes obtuvieron una utilidad de $ 4.903.584.32 moneda legal y corriente, suma que actualmente retiene el Instituto de Crédito Territorial, sin que mi representada haya recibido la cuota que en tal cantidad le corresponde y que equivale al 58.01% o sean $ 2.903.584.32 moneda legal y corriente.

"RR— El Instituto de Crédito Territorial mediante Oficio No. 29285, del 18 de noviembre de 1977, practicó una liquidación provisional del contrato en la que puso de presente su intención de apropiarse todas las utilidades obtenidas en el negocio y de no reconocer el valor de las obras adicionales y los honorarios a que tiene derecho mi representada.

"S— A tal efecto arguyó el Instituto de Crédito Territorial que en su favor se habían causado unos sobrecostos por interés y administración que la Federación rechazó por considerarlos extraños al contrato y violatorios del artículo 3.02 del mismo que estableció la forma como debía determinarse el valor del programa de construcción, rechazo que fue finalmente aceptado por el Instituto al no haberlos incluido en el acta de liquidación final del contrato.

"T— En el acta final del contrato el Instituto de Crédito Territorial, arbitraria e ilegalmente omitió liquidar los siguientes conceptos en favor de la Federación: valor de las obras adicionales realizadas a las viviendas con recursos propios de mi mandante: el valor total de las "utilidades" u honorarios establecidos en el contrato por haber asumido mi representada la construcción de la obra, la promoción de venta, la venta de las viviendas y la entrega de las mismas a los compradores; y la cuota o parte que en las utilidades no previstas en el contrato se originaron por la diferencia entre el precio de venta y el costo total del programa de construcción.

"U— La Federación se vio precisada a firmar el acta final del contrato sin poder dejar las constancias del caso, en razón a que funcionarios del Instituto de Crédito Territorial, le manifestaron que de no proceder así se abstendrían de liquidar el contrato y, consiguientemente, de reintegrarle a mi poderdante suma alguna de dinero por concepto de su aporte. Lo anterior, no obstante que la Federación cumplió oportunamente con todas las obligaciones que había asumido y haberse corrido las últimas escrituras de venta el 11 de agosto de 1978.

"V— El plan de vivienda de la urbanización "Manuel Mejía" fue calificado por el Instituto de Crédito Territorial, como piloto para otros de su mismo tipo, e incluso

Venezuela mandó a Bogotá una delegación para comprobar las ventajas del mismo, a fin de plasmarlas en planes similares que ese país desea adelantar.

"W— Con la actitud del Instituto de Crédito Territorial en el sentido de negarse a pagar el valor de las pretensiones cuyo reconocimiento judicial persigue esta demanda, se han visto perjudicados cerca de 4.800 empleados de la Federación Nacional de Cafeteros, quienes son los dueños de la Caja de Ahorros-Fondo de Recompensas Pensiones y Jubilaciones.

"X— Por si lo dicho fuera poco, más de $ 20.000.000.oo moneda legal y corriente, representados en pagarés que devengan un ínfimo rendimiento (16% anual) y que corresponden al reintegro del aporte de la Federación (artículo 5.03 del contrato) se encuentran vencidos, endosados y en poder del Instituto de Crédito Territorial desde hace más de dos meses, sin que hasta la fecha de presentación de esta demanda hayan sido pagados.

"Y— Por concepto de interventoría, gastos de administración y tramitación de documentos el Instituto de Crédito Territorial se liquidó en su favor, como aporte, la suma de $ 6.462.596.88 moneda legal y corriente, cuando en realidad la Federación fue la que aportó más capital y asumió la ejecución del programa, junto con todas las responsabilidades anexas, y por ello tan solo se estableció en su favor una "utilidad" u honorario de $ 7.567.304.35 moneda legal y corriente, de los cuales ha recibido solamente $ 3.530.498.40 moneda legal y corriente.

"Z— La vía gubernativa se encuentra agotada".

C) Como disposiciones violadas se citan: Artículos 1602 - 1603, 2322, 2328 y Título XIII Libro 4o. Código Civil: artículo 8o. Ley 153-1887; artículo 69 literal d) y 193 Decreto 150-1976. Acuerdo No. 001 de 1979; artículo 150, 498 y 505 Código de Comercio.

II

El Ministerio Público solicita un pronunciamiento inhibitorio con base en las siguientes consideraciones:

"Estudiado el expediente, este despacho encuentra, que los problemas planteados en la demanda, hacen indispensable analizar los siguientes aspectos:

1— Naturaleza del contrato.
2— Naturaleza del acto demandado.
3— Competencia del Consejo de Estado.
4— Nulidad del acuerdo o acto jurídico bilateral.
5— Conclusiones.

"1— El contrato a que se refiere el presente litigio, es un contrato administrativo de Mutuo, y como acertadamente lo anota el doctor Rojas Arbeláez, apoderado de la parte demandada, los pactos accesorios al préstamo de consumo no cambian la naturaleza del contrato principal. Las cláusulas accesorias, que para el actor constituyen el contrato de obra, son, a juicio de esta fiscalía, garantías para la inversión de la suma de dinero dada en préstamo, pues el Instituto de Crédito Territorial, como ente público que es, debe obrar según las normas que rigen la entidad y el contrato de mutuo que se estudia, solo se justifica o se autoriza en los casos previstos en el mismo contrato, o sea para la construcción de viviendas que solucionen el grave problema social que por este aspecto vive el país.

"2— Sobre la naturaleza del acto demandado, este despacho no encuentra necesario repetir, lo que en forma tan clara y acertada dejó dicho el mismo doctor Rojas Arbeláez, al estudiar este punto (folio 126 y siguientes cuaderno 1).

"Debe agregarse sinembargo, que el acuerdo de liquidación expedido por los contratantes, si bien se puede afirmar que no es un acto administrativo, es un acto jurídico bilateral que produce indudablemente efectos en derecho.

"3— Precisamente partiendo de la base de la calificación anterior, puede afirmarse, que como acto jurídico puede ser acusado ante esta jurisdicción, por las causales generales de nulidad, que pueden viciar cualquier acto jurídico.

"Podría también considerarse otra alternativa: que el conflicto que surge en el momento de la liquidación del contrato administrativo es también de competencia de esta jurisdicción, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 528/64 artículo 3-a).

"De lo anterior tenemos lo siguiente:

"1.— El acto jurídico bilateral puede ser demandado como tal pero solamente por estimársele *nulo* (artículo 1740 Código Civil).

"2.— Puede también considerarse que la inconformidad manifestada por el actor en el momento mismo de la liquidación, es un conflicto o problema que tiene su origen en un contrato administrativo y este debe ser resuelto igualmente por esta jurisdicción. En este caso, pueden alegarse motivos diferentes a las causales de nulidad absoluta o relativa.

"En el caso concreto, el actor cita como normas violadas: artículos 1602 y 1603 del Código Civil; artículo 193 Decreto 150/76; artículo 8o. Ley 153/87; artículos 69 literal d), 90 y 193 del decreto 150/76; artículo 2322 y título XIII del libro 4o. del Código Civil, Acuerdo No. 001 de 1979 aprobado por la junta directiva del Instituto de Crédito Territorial; artículos 150, 498 y 505 del Código de Comercio; artículos 2328 y 32 del Código Civil.

"No se citaron pues normas relativas a las causales de nulidad que sería lo procedente para poder anular el acto y entrar al fondo del asunto o problema planteado; y las razones expuestas para anular el acto de liquidación, no pueden considerarse para anular el acto jurídico bilateral aceptado por las partes pues dicho acto fue plenamente aceptado por el actor; debe pues entenderse, que no se presentó ningún problema que le permitiera accionar.

"La Sala como este Despacho, han sostenido que cuando el acta de liquidación es suscrita por el contratista en señal de aprobación, sin manifestar expresamente su inconformidad con el contenido, debe entenderse como signo de aceptación de lo allí estipulado y mal puede luego el contratista acudir ante esta jurisdicción para solicitar su modificación, convenir en lo anterior es tanto como aceptar, que el actor puede alegar su propia culpa para beneficiarse de ella.

"5— De todo lo anterior debe concluirse, que la forma como fue planteada la demanda, no permite entrar al fondo del asunto".

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Es indiscutible que el contrato celebrado entre el Instituto de Crédito Territorial y la Federación Nacional de Cafeteros, y que dan cuenta los autos, es de carácter

administrativo, por la inclusión de la cláusula exorbitante de caducidad, una de las formas de identificar un negocio de esta estirpe, particularmente antes de la vigencia del Decreto 150 de 1976.

2. El contrato es calificado por las mismas partes otorgantes como de mutuo o préstamo. Sin embargo, como quedó consignado, el apoderado de la entidad demandante le ha formulado serios reparos a esa calificación negocial por considerarlo de obra y de asociación, es decir de naturaleza mixta.

3. Para la Sala no cabe duda que el acto que contiene el documento, visible a los folios 4 a 13 del cuaderno 4 es participante, notoriamente del mutuo, con cláusulas especiales, a manera de obligaciones para los contratantes y para la consagración de derechos, también particulares. Las obligaciones y los derechos incluídos, para regular la disciplina jurídica del negocio, si bien no pueden modificar o cambiar su índole intrínseca y propia, de mutuo, sí permiten la incorporación de otros actos, que como tales, hace mixta la naturaleza del contrato, y que, por consiguiente debe ser tenida en cuenta para toda la relación negocial. Es decir, la circunstancia de que en el contrato se estableciera que el Instituto de Crédito Territorial financiara la construcción de 432 viviendas no quiere significar que asumió la construcción de las casas, para ser reputado como contrato de obra. las expresiones del contrato que ciertamente, no son suficientes para precisar la clase de negocio, fijan sus características y naturaleza dentro del ámbito de la contratación mixta, sobre la base, ha de repetirse, de un contrato de mutuo, pero acompañado de pactos especiales y complementarios de la voluntad de los otorgantes, que no permiten su distorsión, pero su conjunción con otros actos. La disciplina del mutuo, pues, resulta relevante, a pesar de los contenidos recogidos en el documento, forjadores del querer de los contratantes, para distribuir y articular todo el negocio.

4. No se puede prescindir entonces de la entidad jurídica impuesta en el contrato de fecha 13 de agosto de 1975, que a través de los elementos que la integran permite la precisión de un préstamo y que lo hacen prevalentes frente a las restantes estipulaciones. Y es que frente a un negocio, en el que se precisan sus elementos, han de tenerse de presente estos efectos para definir la índole contractual, por encima, como se ha dicho, de la calificación que se haga en el documento que muestra la voluntad de los otorgantes. Sin pretermitir los otros actos que se ofrecen de la relación contractual.

5. De ese modo, la identificación negocial, supone que la disciplina jurídica, que dirige la relación de las partes, tiene su desarrollo y en consecuencia la liquidación contenida en el acta cuya nulidad se ha demandado. Resulta evidente, que el documento en los términos suscrito y por la intervención de los otorgantes concreta un típico negocio jurídico, que podría ser de los llamados liberatorios o resolutorios, en cuanto persigue la extinción de un vínculo obligatorio nacido precisamente del contrato en comento. Y es que el acta no recoge nada distinto a un *acto humano* con marcados efectos jurídicos.

6. El acta de liquidación final, reconocida por las partes, y que por tanto, excluye cualquier discusión sobre su extensión y suscripción, sinembargo ha sido desconocida, en cuanto a su validez, por la actora, al decir en el hecho U de la demanda: "La Federación se vio precisada a firmar el acta final del contrato sin poder dejar las constancias del caso, en razón a que funcionarios del Instituto de Crédito Territorial, le manifestaron que de no proceder así se abstendrían de liquidar el contrato y, consiguientemente, de reintegrarle a mi poderdante suma alguna de dinero por concepto de su aporte. Lo anterior, no obstante que la Federación cumplió oportunamente con todas las obligaciones que había asumido y haberse corrido las últimas escrituras de venta el 11 de agosto de 1978.

Ha de entenderse pues, que al demandarse la nulidad se hace con fundamento en un vicio con el consentimiento en la entidad actora, en cuanto se vio precisada a firmar el acta sin poder oponerse a su contenido ni a señalar su discrepancia sobre el particular. Es decir, según el demandante, el negocio jurídico, que se construye con el acta suscrita por las partes, adolece de un defecto en grado a restarle validez, propio de la afectación en la declaración de voluntad libre que se exige para ese acto.

7. Empero, bajo esa interpretación de la demanda, no obstante la falta de cita de las normas que regulan la materia de la nulidad, debe estudiarse el alcance del acta, que está asistida de presunción y validez, puesto que al otorgarse por los contratantes o sus respectivos o autorizados representantes, compromete su veracidad como negocio jurídico. Esta Sala ha tenido ocasión de referirse a este asunto, en los siguientes términos:

"Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quien debe a quien y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad". (Sentencia, Sección III, Expediente 1960).

Esto es, el acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad, sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. Si se dice, como consta en el documento contentivo de esa declaración, que se reunieron en la ciudad de Bogotá a los 7 días del mes de mayo de 1979, los señores Arquitecto MIGUEL DURAN ROJAS, quien obra en su carácter de Interventor del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL y JOSE ARQUIMEDES DE ANGULO, quien obra en representación del MUTURARIO —FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA CAJA DE AHORROS —FONDO DE RECOMPENSAS— PENSIONES Y JUBILACIONES, con el objeto de liquidar el contrato mencionado y se señalaron todos los rubros atinentes a la formalización y concreción de la liquidación, sin reserva, reparo u observación alguna, es porque se querían sus efectos. Por lo menos, al momento de suscribirse el acta, suerte que cualquier manifestación de inconformidad anterior, frente a una expresión inequívoca posterior debe entenderse como no formulada o, para decirlo de otra manera, para suponer que cualquier separación de los términos del acta había sido superada, por cualquier otro medio.

8. Empero, la Federación aduce que firmó porque de no hacerlo la liquidación no tendría su trámite de rigor, o con el empleo de sus propias locuciones, "se abstendría —el ICT— de liquidar el contrato y, consiguientemente, de reintegrarle a mi poderdante suma alguna de dinero por concepto de su aporte". En verdad, no resulta fácil aceptar ese mecanismo de presión, tan fuerte que hubiera permitido a la entidad demandante a mostrar debilidad, para convenir en una liquidación contra su voluntad, y, luego, pretender que por ésta vía se haga un reconocimiento en tal sentido. La fuerza, para que logre viciar el consentimiento debe ser de tal magnitud que impida una expresión libre. No puede ser cualquier clase de factor de violencia, física o mental, suficiente para destruir la voluntad. No. En tratándose de entes morales, esas conductas de fuerza deben ser superiores en grado a encontrar la verdadera voluntad del

otorgante de un negocio jurídico, porque frente a condiciones económicas similares, cualquier amenaza no puede incidir en el consentimiento, que es expresado, como es sabido, a través de los representantes.

9. Lo anterior quiere denotar, pues, que la demandante sí quería quebrar o aniquilar el acta, era su deber, dentro del proceso, acreditar todas las circunstancias que motivaron su firma en las condiciones de presión argüídas, y no, de manera simple, limitarse a alegar esos hechos sin la correspondiente probanza, porque le era imprescindible, al encontrarse con un documento firmado sin observación o reparo alguno. Con mayor razón, cuando se pretende el restablecimiento del derecho, previa la declaración de nulidad del acta. Es que el vicio debe ser demostrado, para restarle la validez al acto jurídico. Como lo hizo, no puede ser atendida su demanda en este aspecto.

El demandante pretende mostrar el vicio en el consentimiento, recogido en el acta, mediante las declaraciones del interventor de las obras, del representante legal de la sociedad constructora y del gerente de construcción de la misma, con el argumento de que si no se firmaba dicha acta el Instituto de Crédito Territorial lo podía hacer, ya como acto administrativo, independientemente de la intervención de la Federación, como parte en el contrato, y con apoyo en el artículo 192 del Decreto 150 de 1976, que señalaba a las personas que debían intervenir en la liquidación de los contratos, sujetos a ese estatuto, que, en principio no podían ser otras que las partes en el negocio, y que, cuando no fuere posible, dejaba se cumpliera ese acto por medio del interventor o quien haga sus veces y el respectivo revisor fiscal. Empero, esta circunstancia, por sí sola, no puede servir de fundamento y respaldo al vicio que se endilga, por cuanto esa prerrogativa de la administración está prevista de manera subsidiaria frente a la dificultad en la elaboración o conformación de la liquidación. Eso es tanto como sostener que ese procedimiento, regulado expresamente por la ley, y, por ende, un instrumento idóneo para lograr concluir un contrato o extinguirlo en todas sus manifestaciones, se convierte en un defecto de modificación del consentimiento.

Tampoco pueden ser suficientes, para demostrar vicio en el consentimiento, los testimonios de los doctores Joaquín Merchán Zárate, representante legal de la Sociedad Suramericana de Construcciones S. A. Constructora de las viviendas de la Urbanización Manuel Mejía y Luis Enrique Beltrán Reyes, en cuanto deponen sobre este punto así: Joaquín Merchán Zárate: "Yo no sé si sería presión o una condición del Instituto que para emitir y entregar a la Federación los pagarés restituyendo el valor de su aporte y de sus utilidades era indispensable que suscribiera el acta de liquidación final como la había preparado la Dirección Técnica del Instituto lo cual la Federación no quería hacer y en esa reunión yo sugerí personalmente que se dejara una constancia en el acta que la Federación se reservaba el derecho de reclamar por obras adicionales y por los sobrecostos que cobraba el Instituto de administración e intereses. El director técnico del instituto nos dijo que eso no era posible porque si con observaciones no tramitaban el acta y que la auditoría no la aprobaba. Entonces como ya había transcurrido mucho tiempo desde la terminación del contrato sin definir esa diferencia entre el Instituto de Crédito Territorial y la Federación, la Federación optó por suscribir el acta para evitar sufrir mas perjuicios por la demora y envió un oficio al Gerente del Instituto de Crédito Territorial manifestándole su inconformidad con el acta y poniéndole de presente que firmaba porque así lo exigía el Instituto para emitir y entregarle los pagarés". Luis Enrique Beltrán Reyes: "Yo recuerdo que la liquidación fue muy dispendiosa y muy demorada porque incialmente el Instituto elaboró una primera liquidación o proyecto de liquidación con el que no estuvo de acuerdo la Federación Nacional de Cafeteros. Este proyecto de liquidación se conoció como a finales del año de 1977. Posteriormente me reuní (el declarante pide la venia del consejero para consultar con el folder de apuntes. El consejero así lo dispuso). Posteriormente la obra se terminó y fue recibida por el Instituto en diciembre de 1977. Solo en mayo de 1979 se elaboró por

parte del Instituto el acta de liquidación final, teniendo en cuenta que el Instituto no había aceptado las objeciones que la Federación Nacional de Cafeteros le había formulado al proyecto de liquidación, pero teniendo en cuenta que habían transcurrido cerca de 15 meses después de terminadas las obras y que si no se firmaba el acta de liquidación final tal como la presentaba el Instituto la Federación no recibía los pagarés por su aporte y Suramericana de Construcciones tampoco recibía el saldo del valor de la construcción, la Federación optó por firmar el acta, pero hay algo que me parece interesante y es que personalmente le comenté al interventor doctor Durán que la Federación quería reservarse unos derechos con una nota al final del acta para posteriores reclamaciones, pero el interventor contestó que el acta no podía tener ninguna condición porque después iba a tener en auditoría problemas para su trámite. Por esto la Federación firmó el acta de liquidación final tal como fue elaborada por el Instituto de Crédito Territorial".

Ninguna de las observaciones formuladas por los citados testigos pueden ser de recibo como constitutivas de un vicio del consentimiento, puesto que el hecho de no permitirse dejar constancia alguna en el cuerpo del acta, en el evento de ser cierto, no le distorsionaba su voluntad, que podía ser emitida, ante la inconformidad, en forma separada, para, de esa manera, no endilgar vicio sino su separación en los términos de la liquidación, que es, en verdad, lo que debe ser materia de una declaración en tal sentido. No puede, por tanto, calificarse "la presión" para la firma como una perturbación susceptible de alterar el consentimiento, por no ser acto de violencia. Exigir la firma del acta debe ser considerada como legítima y válida, si los factores de que se mencionan no permiten establecer amenaza en la voluntad del que lo emite.

10. Y como quiera que el restablecimiento invocado, tiene estrecha relación o, es mejor, una consecuencia en la nulidad pedida, al no prosperar ésta, no podrá considerarse los puntos que se concretan en el libelo incoativo para la obtención de la reparación. Si el acta no está viciada mal puede restársele los efectos que, como negocio jurídico liberatorio, ofrece que como ya se dijo, anteriormente, van encaminados a la extinción del nexo obligatorio, surgido del contrato de mutuo. Por eso, tampoco es viable formular, como reparo un enriquecimiento sin causa, cuando el origen de la pretensión es sobre la consideración de que el contrato primigenio no se ha liquidado en los términos propios del negocio, cuando obra en autos la liquidación, sin salvedad y sin protesta, que, en suma, es la que debe ser tenida en cuenta en orden a la seguridad de los negocios. No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.

Lo mismo ha de predicarse en derredor de las obras adicionales alegadas, por cuanto al producirse la liquidación, las partes señalaron los puntos que comprometían un corte final. Se habla de las obras ejecutadas, o sea, las reconocidas por las partes. Y son ellas las que eran materia de la liquidación, y, por ende, de pago. Esto mismo debe entenderse alrededor de los reajustes de utilidades y participación alegados por el demandante.

11. Si el acta no puede ser invalidada, por cuanto está colmada de todos los supuestos de eficacia y ante la falta de prueba que permita colegir el defecto o vicio que el demandante ha invocado, y si las obras adicionales también alegadas no pueden ser materia de controversia frente al contenido y aceptación de aquel escrito, y el enriquecimiento sin causa no es dable denunciarlo frente a un negocio jurídico extintor, precisamente, de cualquier reclamo, es de rigor, concluir que la demanda no está llamada a prosperar.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda. Cópiese y notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección. **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo; Jorge Valencia Arango**, con aclaración de voto; **Arturo Mora Villate**, Secretario.

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

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— (Aclaración de Voto). 1.— No puede hablarse de "MUTUO", en un contrato llamado tal por los contratantes, pero en el cual el "MUTUARIO" aporta más que el "MUTANTE", 2.— Acta de liquidación. Reserva. Prueba.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DE ESTADO DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO.

Referencia: Expediente 2796.

Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Las razones de mi discrepancia con la sentencia anterior, las sintetizo, así:

A. La ponencia califica el contrato controvertido, así:

"3. Para la Sala no cabe duda que el acto que contiene el documento, visible a los folios 4 a 13 del cuaderno 4, es participante, notoriamente, del mutuo, con cláusulas especiales, a manera de obligaciones para los contratantes y para la consagración de derechos, también, particulares. Las obligaciones y los derechos incluídos, para regular la disciplina jurídica del negocio, si bien no pueden modificar o cambiar su índole intrínseca y propia, de mutuo, sí permiten la incorporación de otros actos, que como tales, hace mixta la naturaleza del contrato y, que por consiguiente debe ser tenida en cuenta para toda la relación negocial. Es decir, la circunstancia de que en el contrato se estableciera que el Instituto de Crédito Territorial financiara la construcción de 432 viviendas no quiere significar que asumió la construcción de las casas, para ser reputado como contrato de obra. Las expresiones del contrato que, ciertamente, no son suficientes para precisar la clase de negocio, fijan sus características y naturaleza dentro del ámbito de la contratación mixta, sobre la base, ha de repetirse, de un contrato de mutuo, pero acompañado de pactos especiales y complementarios de la voluntad de los otorgantes, que no permiten su distorsión, pero su conjunción con otros actos. La disciplina del mutuo, pues, resulta relevante, a pesar de los contenidos recogidos en el documento, forjadores del querer de los contratantes, para distribuir y articular todo el negocio".

1. Yo, sinembargo, considero que no puede hablarse de "MUTUO", en un contrato llamado tal por los contratantes, pero en el cual el "MUTUARIO" "aporta" mas que el "MUTUANTE". Allí mismo se habla de "APORTES".

Dice así:

"Artículo 3.0.1. El valor inicial del plan es la suma de: OCHENTA MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS CON 56/100 ($ 80.870.650.56), que se financiará en la siguiente forma: a) El aporte del INSTITUTO representado en el mutuo o sea la cantidad de: Veinticuatro millones doscientos sesenta y un mil ciento noventa y tres pesos con 44/100. El aporte del muturario o sea la cantidad de: treinta y dos millones trescientos cuarenta y ocho mil doscientos sesenta y tres pesos con 68/100, discriminada así: valor de los terrenos: nueve millones ochocientos sesenta y seis mil cuatrocientos cuatro pesos con 80/100 y dinero en efectivo que invertirá totalmente en la ejecución de las obras la cantidad de: veintidós millones cuatrocientos ochenta y un mil ochocientos cincuenta y ocho pesos con 88/100. El aporte de los compradores representado en las cuotas iniciales de las viviendas que adquieren, es la cantidad de: veinticuatro millones doscientos sesenta y un mil ciento noventa y tres pesos con 44/100 ($ 24.261.193.44). *Artículo 3.02.* El valor total del programa incrementado en un 25% es la cantidad de: ciento un millones ochenta y ocho mil trescientos trece pesos con 20/100. El valor final del mismo será el que resulte al liquidar definitivamente los valores del terreno, de la construcción, de la interventoría y gastos de tramitación y de los costos indirectos mencionados en el anexo No. 3 y sobre ese valor se liquidarán los aportes definitivos" (folio 75 vto).

2. Sinceramente, no concibo MUTUO con APORTES ni MUTUO con un "OBJETIVO" común tan RELIEVANTE como es la "construcción de una OBRA" con "APORTES", además de los pactados por los contratantes, por TERCEROS, los futuros adquirentes de las viviendas, para y por quienes los intervinientes estipulan en ejercicio, no hay duda, de las facultades de los artículos 1505 y 1506 del Código Civil.

3. Y que lo fundamental no era el MUTUO sino la "construcción", lo dice, además, el artículo 3.03 del contrato:

"Artículo 3.03. El aporte mencionado en el artículo 3.01 ordinal a) será entregado por el Instituto al Mutuario así: a) un primer contado de 42,15 45% o sea la suma de: diez millones doscientos veintisiete mil ciento ochenta y ocho pesos con 74/100, cuando la construcción de las viviendas lleve un avance del cinco por ciento y previa aprobación de las garantías de cumplimiento, manejo e inversión y el lleno de los demás requisitos exigidos por la ley. La cuenta respectiva se presentará al iniciar las obras pero solo se cancelará al cumplimiento de tales requisitos; b) Un segundo contado del 32.845485%, o sea la suma de: siete millones novecientos sesenta y ocho mil setecientos seis pesos con 35/100 ($ 7.968.706.35) cuando el MUTUARIO haya ejecutado el cincuenta por ciento de la construcción de las viviendas y se hayan incluido las obras de urbanismo; c) Un tercer contado del quince por ciento o sea la suma de: Tres millones seiscientos treinta y nueve mil ciento setenta y nueve pesos con 01/100 ($ 3.639.179.01), cuando el avance en la construcción de las viviendas haya alcanzado el ochenta por ciento y las obras de urbanismo hayan sido recibidas por las entidades correspondientes a plena satisfacción del Instituto. d) Un cuarto contado del diez por ciento o sea la suma de: dos millones cuatrocientos veintiséis mil ciento diecinueve pesos con 34/100 ($ 2.426.119.34) cuando el MUTUARIO haya terminado la construcción total de las viviendas, lo cual se certificará mediante acta suscrita por el Interventor" (folio 76).

4. Y que existió ASOCIACION o SOCIEDAD DE HECHO, lo dicen las cláusulas anteriores y lo confirma el artículo 10.01:

"Artículo 10.01. Si durante la ejecución del contrato se presentaren variaciones en los valores de mano de obra, materiales de construcción, impuestos y otros, estas variaciones modificarán el valor inicial del plan modificándose, en consecuencia, los aportes de las tres partes en los siguientes porcentajes: a) Por el INSTITUTO treinta por ciento (30%); b) Por el MUTUARIO cuarenta por ciento (40%); c) Por los compradores treinta por ciento (30%)" (folio 76).

5. Y el contrato no se liquidó como "mutuo" sino como contrato de obra, según puede verse de tal documento, visible al folio 83 del cuaderno No. 1.

6. Planteada así la controversia, era de rigor estudiar la violación de las normas citadas por el demandante y fundamentalmente los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, lo que no hizo la sentencia, y que había podido llevar a la Sala a otras conclusiones.

B. La ponencia, sobre la base de que el negocio fundamental era el mutuo (a iniciativa mía, acepta la mayoría, la posibilidad del contrato mixto o la del innominado) estudia la nulidad del acta final sobre la posibilidad de la "fuerza o violencia" como vicio del consentimiento y, en verdad, lo único que hay que pueda parecerse a una impugnación de tal naturaleza, es el hecho "U", que dice:

"U. La Federación se vio precisada a firmar el acta final del contrato sin poder dejar las constancias del caso, en razón a que funcionarios del Instituto de Crédito Territorial, le manifestaron que de no proceder así se abstendrían de liquidar el contrato y, consiguientemente, de reintegrarle a mi poderdante suma alguna de dinero por concepto de su aporte. Lo anterior, no obstante que la Federación cumplió oportunamente con todas las obligaciones que había asumido y haberse corrido las últimas escrituras de venta el 11 de agosto de 1978" (folio 113).

No veo que la "causa petendi" de la demanda sea un vicio del consentimiento por fuerza o dolo que fue lo analizado por la Sala y frente al cual, la simple comparación entre la importancia y prepotencia del Instituto de Crédito Territorial con la Federación Nacional de Cafeteros, prácticamente hacía imposible la prosperidad de una impugnación de esta índole.

Un estudio del libelo, aclara que, aunque desafortunadamente no expresado claramente en tal escrito, la nulidad de la liquidación final se fundamenta en la "violación" o "incumplimiento" del contrato innominado celebrado entre las partes y muy especialmente los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, y esta faceta trascendental para los resultados del juicio no fue analizada en la sentencia.

C. La sentencia, sintéticamente, razona, en lo sustancial, así: 1. Se demandó la nulidad del acta final por vicio del consentimiento; 2. Con pretensión "condicional" o "consecuencial" se demandan unas condenas determinadas; 3. No procede la nulidad impetrada por no haberse probado el vicio del consentimiento, luego no hay lugar a estudiar las pretensiones condenatorias que eran consecuenciales a la nulidad.

Ello quiere decir que no se analizó la parte fundamental de la controversia, según lo quedado visto.

D. La sentencia trae un argumento poderoso: la Federación firmó el acta final sin observaciones y por lo mismo no se le puede oír posteriormente sobre tales extremos, en lo que acoge jurisprudencia de esta Sala a cuya formulación he contribuido decisivamente.

Pero nunca se había dicho que las observaciones deberían aparecer necesariamente en el documento mismo de la liquidación con unidad física, pues ello sería exigir una prueba "ad solemnitatem" o, por lo menos, "ad-probationem", que ninguna ley positiva colombiana consagra.

Creo que la prueba debe ser sumamente exigente en su plenitud y en su origen, para preservar la estabilidad de los negocios jurídicos, pero ella, dada con tales calidades, debe ser aceptada, para imponer la conclusión de que se firmó, pero con "reservas" con "reclamaciones" que fueron conocidas antes o simultáneamente con la firma del acta final de liquidación, por la contra parte. Y éste, preciso yo, fue lo que sucedió en el asunto "sub-júdice", dada la calidad de los declarantes y la forma amplia, responsiva y exacta como depusieron, con abundante razón del dicho.

Esta última parte, como aclaración jurisprudencial, la considero importantísima.

Es posible que nos hayamos equivocado como falladores, pero lo hicimos luchando por establecer la verdad y obtener la justicia.

Bogotá, mayo 18 de 1984.

Jorge Valencia Arango; Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— PERJUICIOS POR LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO VENCIDO.— Sólo pueden darse por fuerza de la esfera de cumplimiento del respectivo contrato.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— PETICION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO CUYO TERMINO DE VIGENCIA HA VENCIDO.— La resolución de un contrato cuyo término de vigencia ha vencido, no es indispensable pedirla ni decretarla para obtener la correspondiente indemnización por su incumplimiento. Reiteración jurisprudencial.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— PERJUICIOS MATERIALES POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE MUTUO.— Los perjuicios materiales por el incumplimiento de un contrato de mutuo condicionado a la ejecución de una obra, consisten en la utilidad líquida que habría obtenido el contratista de haberse cumplido el mutuo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Consejero Ponente: **Eduardo Suescún.**
Referencia: Procesos acumulados Números 1903 y 2098.
Actor: **Grupo Residencial Marysol Ltda.**

Proceso 1903:

La Sociedad denominada "Grupo Residencial Marysol Ltda." presentó demanda contra el Fondo Nacional de Ahorro, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero.— Que el Fondo Nacional de Ahorro no ha pagado, ni en todo ni en parte, el crédito de $ 40.300.000.oo que le concedió al Grupo Residencial Marysol Ltda., ni ha cumplido, por lo tanto, lo pactado en el contrato que celebraron esas dos entidades y que aparece en la escritura pública número 3590 de 5 de agosto de 1974, otorgada en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá, D. E., y que, de consiguiente, dicho contrato se declara resuelto;

"Segundo.— Que se condene al Fondo Nacional de Ahorro a pagar al Grupo Residencial Marysol Ltda., como indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales que el referido incumplimiento le ha causado hasta la fecha a mi representada, la suma de $ 41.933.364.04 o la que se demuestre en el proceso, indemnización que debe comprender el lucro cesante y el daño emergente ocasionado hasta hoy, incluyendo la desvalorización de la moneda y el aumento del costo de la vida en el mismo lapso;

"Tercero.— Que, además, se condene al Fondo Nacional de Ahorro a pagar al Grupo Residencial Marysol Ltda., como indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales que el mencionado incumplimiento le cause a mi poderdante desde la presentación de esta demanda hasta la ejecución de la sentencia, la suma que se demuestre en juicio, indemnización que debe comprender el lucro cesante y el daño emergente que se generen en ese período, incluyendo la desvalorización de la moneda y el aumento del costo de la vida en el mismo lapso;

"Cuarto.— Que el Fondo Nacional de Ahorro debe cancelar la hipoteca constituída en su favor por el Grupo Residencial Marysol Ltda., mediante escritura pública número 3590 de 5 de agosto de 1974, de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá, D. E.; y que debe declarar, en consecuencia, que el citado Grupo Residencial Marysol Ltda., queda libre de todas las obligaciones contraídas en el contrato de que da cuenta ese instrumento público;

"Quinto.— Que, además, se condene al Fondo Nacional de Ahorro a pagar las costas de este proceso; y

"Sexto.— Que la sentencia ha de cumplirse y ejecutarse, en todas sus partes, dentro de los plazos señalados en el artículo 121 de la ley 167 de 1941 o dentro de lo que determine el Consejo de Estado.

Como fundamentos de hecho afirmó:

"1o.— La compañía GRUPO RESIDENCIAL MARYSOL LTDA., fue legalmente constituída por escritura pública 3231 de 24 de diciembre de 1973, de la Notaría Tercera de Barranquilla. Su objeto social abarca la construcción de habitaciones, y para ello dispone de la correspondiente inscripción. Su gerente general y representante legal es el doctor Adolfo del Toro Román, identificado con la cédula de ciudadanía 7.404.942 de Barranquilla, domiciliado en esa ciudad, lo mismo que la compañía citada, y cuyas oficinas se encuentran en la Vía 40, número 71-131 de dicho lugar. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS 2-3-4).

"2o.— EL FONDO NACIONAL DE AHORRO es un establecimiento público creado por Decreto 3118 de 1968 y cuyas obligaciones garantiza el Estado. Uno de sus objetivos principales es *"contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado"* (artículo 2o., del mencionado estatuto) mediante la financiación de los correspondientes programas de construcción, como lo ordena el Acuerdo 026 de 1973, expedido por su junta directiva. Su gerente general y representante legal es el doctor Alfredo Matiz Espinosa, domiciliado, lo mismo que el Fondo, en la ciudad de Bogotá D. E., y cuyas oficinas se hallan en la calle 18 No. 7-59. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 5).

"3o.— En enero de 1972, la Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A., hoy Fábrica de Hilados y Tejidos Marysol S. A., legalmente constituída por escritura pública 1562 de 10 de septiembre de 1943, de la Notaría Tercera de Barranquilla, inició los estudios técnicos, económicos, urbanísticos, arquitectónicos, sanitarios, de factibilidad, financieros y operativos necesarios para realizar en Barranquilla, en terrenos de su propiedad, un vasto programa de construcción de 1504 viviendas destinadas a trabajadores de escasos recursos. Y con base en tales estudios, dicha compañía solicitó al Fondo Nacional de Ahorro, en 10 de octubre de 1973, la financiación de aquel programa, y le comunicó que lo desarrollaría en asociación con Proyectos del Caribe Ltda., importante firma constructora de la Costa Atlántica. A esa petición se agregaron los documentos pertinentes. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 6-7-8).

"4o.— Después de 2 meses y 10 días de formulársele la petición, el Fondo, previo análisis de la documentación presentada, del proyecto y de sus modalidades técnicas, financieras, económicas y sanitarias, por oficio 115319 del 21 de diciembre de 1973 comunicó a Marysol S. A., entre otras cosas las siguientes:

a) Que su junta directiva, en sesión del día anterior (acta 150), *"le impartió su aprobación en primera instancia a la solicitud de crédito presentada por ustedes"*;

b) Que dicha aprobación en primera instancia no compromete al Fondo *"sino en el caso de cumplimiento de todos los requisitos que se exigen para darle curso a la aprobación en segunda instancia, que sería definitiva", es decir, que la mencionada aprobación en segunda instancia sí compromete al Fondo;*

c) Que para acometer el proyecto, Marysol S. A., debe asociarse *"con alguna firma constructora", esto es, debe formar una nueva compañía o asociación con una empresa constructora;*

d) Que para la aprobación definitiva o de segunda instancia, el Fondo espera que Marysol S. A., le remita los documentos que enumera el artículo 22 del Acuerdo 026 de 1973. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 9-10-11).

"5o.— Siguiendo las instrucciones del Fondo, Marysol S. A., y Proyectos del Caribe, Limitada otorgaron, como ya lo tenían previsto, la escritura pública 3231 de 24 de diciembre de 1973, de la Notaría Tercera de Barranquilla, por la cual constituyeron legalmente el GRUPO RESIDENCIAL MARYSOL LTDA. Se cumplió, en consecuencia, la solicitud de asociación "con alguna firma constructura". La nueva compañía complementó las inversiones y estudios ya realizados, y con el objeto de conseguir la aprobación del crédito en segunda instancia, con su carta de 24 de mayo de 1974 entregó al Fondo todos los documentos que para ese fin exige el artículo 22 del Acuerdo 026 de 1973. Entre ellos acompañó los siguientes: Escritura y certificado de constitución y gerencia del GRUPO RESIDENCIAL MARYSOL, LTDA., escritura y tradición de los terrenos; avalúos y deslinde de los mismos; balances; inscripción en la Superintendencia Bancaria; planos urbanísticos y planos arquitectónicos con todos los anexos correspondientes; (análisis de suelos y detalles de ingeniería, infraestructura, servicios y propiedad horizontal; estudios técnicos, económicos, financieros y de factibilidad; presupuesto de la inversión; análisis de precios unitarios; flujo de fondos, de gastos y de recuperación; estudio del mercado; especificaciones y programas de construcción); aprobación de la urbanización y planos arquitectónicos, licencia de Construcción y, además, toda la documentación requerida por el artículo 22 del Acuerdo 026 de 1973 para lograr la aprobación en última instancia. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 2-3-4-13).

"6o.— Después de dos años y medio de trabajos y de cuantiosas inversiones de Marysol, el Fondo, por oficio 134400 de 22 de julio de 1974, le comunicó a mi represen-

tada que la junta directiva de ese establecimiento público, en sesión de 11 de los mismos mes y año, registrada en el acta 169, había dado su "*aprobación definitiva*" a un crédito de $ 40.300.000.oo destinado a la construcción de los 638 apartamentos que corresponden a la primera etapa del programa de viviendas multifamiliares en la Unidad Residencial Marysol de Barranquilla. Esa "*aprobación definitiva*" fue la consecuencia lógica y necesaria de los estudios realizados por las diversas dependencias del Fondo, por su gerente general y por su junta directiva. Fue, pues, la culminación de un largo y detallado proceso de valoraciones que condujo a la aceptación plena, expresa e inequívoca de todas las modalidades técnicas, jurídicas, económicas, financieras, urbanísticas, arquitectónicas, sanitarias, de factibilidad y de conveniencia del proyecto. Y es claro que esa decisión administrativa, como se desprende de la confesión analizada en el ordinal b) del hecho cuarto, sí comprometió definitivamente al Fondo. (PRUEBA ACOMPAÑADA Nos. 14-15).

"7o.— En cumplimiento de la referida decisión, el Fondo y Marysol Ltda., por escritura pública 3590 de 5 de agosto de 1974, de la Notaría Décima de Bogotá, protocolizaron el contrato respectivo, cuyo texto fue redactado exclusivamente por el Fondo, sin participación alguna de mis poderdantes. Y así después del meticuloso análisis de toda la documentación, del visto bueno de los diferentes departamentos del Fondo, de una aprobación inicial de primera instancia, de una "aprobación definitiva" de última instancia, de la calificación favorable de dos gerentes generales, de la expresa aceptación de la junta directiva en dos sesiones diferentes y del agotamiento de las tramitaciones correspondientes, el Fondo concedió a Marysol Ltda., un crédito de $ 40.300.000.oo para financiar la construcción de 638 viviendas a sus propios afiliados, y creó libremente, en virtud de un contrato celebrado conforme a las normas pertinentes, un típico derecho adquirido que protegen la Constitución Nacional, las leyes, los reglamentos y toda nuestra organización jurídica. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 16-9-14-10-15).

"8o.— El crédito, de acuerdo con lo pactado, debe pagarse totalmente en los 11 meses y 10 días siguientes a su contratación, y parcialmente en las fechas y cantidades siguientes: $ 3.500.000.oo el 15 de agosto de 1974; $ 7.000.000.oo el 15 de septiembre de 1974; $ 7.000.000.oo el 15 de noviembre de 1974; $ 7.000.000.oo el 15 de enero de 1975; $ 7.000.000.oo el 15 de marzo de 1975; $ 4.500.000.oo el 15 de mayo de 1975; y $ 4.300.000.oo el 15 de julio de 1975. El término venció pues en este último día. (Cláusula 1a.) (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 16).

"9o.— Para garantizar el crédito, Marysol Ltda., constituyó a favor del Fondo hipoteca abierta de primer grado sobre los terrenos del proyecto *y sobre todas sus anexidades, dependencias y mejoras presentes y futuras* (cláusula tercera, *in fine*). Todo ello significa, a la luz del contrato y de los artículos 2445 del Código Civil y 15 del Acuerdo 026 de 1973, que en la medida que avanzan las construcciones, el precio real de las fincas hipotecadas va aumentando sucesivamente con los mayores valores acumulados de los edificios concluídos y de las obras ejecutadas, con la inversión de los instalamentos y de sus contrapartidas como lo demuestran todos los casos previsibles así:

a)	Valor de los terrenos ..... $	9.474.416.oo
	Mejoras y primer instalamento	3.500.000.oo
	Mejoras y contrapartida mínima	3.500.000.oo
	Garantía para los $ 3.500.000.oo del primer instalamento	16.474.416.oo
b)	Valor acumulado de los terrenos y de las mejoras del primer instalamento	16.474.416.oo

	Mejoras y segundo instalamento	7.000.000.oo
	Mejoras y contrapartida mínima	7.000.000.oo
	Garantía para los $ 10.500.000.oo de los dos primeros instalamentos	30.474.416.oo
c)	Valor acumulado de los terrenos y de las mejoras correspondientes a los dos primeros instalamentos y sus contrapartidas mínimas	30.474.416.oo
	Mejoras y tercer instalamento	7.000.000.oo
	Mejoras y contrapartida mínima	7.000.000.oo
	Garantía para los 17.500.000.oo de los tres primeros instalamentos	44.474.416.oo
d)	Valor acumulado de los terrenos y de las mejoras correspondientes a los tres primeros instalamentos y a sus contrapartidas mínimas ..	44.474.416.oo
	Mejoras y cuarto instalamento	7.000.000.oo
	Mejoras y contrapartida mínima	7.000.000.oo
	Garantía para los 24.500.000.oo de los cuatro primeros instalamentos	58.474.416.oo
e)	Valor acumulado de los terrenos y de las mejoras correspondientes a los cuatro instalamentos iniciales y a sus contrapartidas mínimas	58.474.416.oo
	Mejoras y quinto instalamento	7.000.000.oo
	Mejoras y contrapartida mínima	7.000.000.oo
	Garantía para los 31.500.000.oo de los cinco instalamentos	72.474.416.oo
f)	Valor acumulado de los terrenos y de las mejoras correspondientes a los cinco primeros instalamentos y a sus contrapartidas mínimas	72.474.416.oo
	Mejoras y sexto instalamento	4.500.000.oo
	Mejoras y contrapartida mínima	4.500.000.oo
	Garantía para los 36.000.000.oo de los seis instalamentos iniciales	81.474.416.oo
g)	Valor acumulado de los terrenos y de las mejoras correspondientes a los seis primeros instalamentos y a sus contrapartidas mínimas	81.474.416.oo
	Mejoras y último instalamento	4.300.000.oo
	Mejoras y última contrapartida mínima	4.300.000.oo
	Mejoras producidas por las obras de interés general a cargo exclusivo de Marysol Ltda.	5.600.000.oo
	Garantía para un crédito de 40.300.000.oo	95.674.416.oo

Como puede verse, el valor de los bienes hipotecados oscila entre un mínimo de 226.31% y un máximo de 470.69% de todos y cada uno de los instalamentos. Así, pues, el contrato establece una garantía que supera, en mucho por cierto, la protección exigida por el artículo 15 del Acuerdo 026 de 1973, máxime si se considera, como es preciso hacerlo, que las inversiones, las obras y los instalamentos están sometidos permanentemente al control y a la vigilancia del Supervisor del Fondo, lo mismo que el proceso creciente de las mejoras logradas (Cláusulas 3a, 4a, 5a y 6a y artículo 13 del Acuerdo 026 de 1973).

"10.— El lote del proyecto está situado, calle de por medio, entre los barrios residenciales de Bellavista, San Francisco y La Concepción, y a 11 cuadras del Hotel del Prado, el mejor de Barranquilla; a 9 cuadras del Country Club, el más importante de la ciudad; a 6 cuadras del Barrio del Prado, uno de los mejores de Colombia; a poca distancia del Hospital Infantil Antituberculoso; a 5 cuadras de la Escuela de Grumetes; a 5 cuadras de las oficinas de sanidad ambiental; a 1 cuadra de la Clínica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS); y exactamente al pie de la Sala-Cuna Santa Rosa de Lima. Todo ello demuestra que los terrenos del proyecto tienen las

óptimas condiciones de sanidad ambiental que ofrecen los lugares más higiénicos de Barranquilla, como son sus hoteles, barrios y centros sociales más importantes y algunos de sus hospitales, clínicas, escuelas, establecimientos de preservación de la salud y salas dedicadas al cuidado de la niñez.

El lote está ubicado, igualmente, a 940 metros de Celánese, a 940 metros de Quintal, a 4.040 metros de Cementos del Caribe y a 4.500 metros de Monómeros Colombo-Venezolanos, únicas empresas que generan polución en esas regiones, pero que en razón de sus distancias, de la posición que tienen en relación con el lote y de la dirección predominante de las brisas, no afectan las áreas del proyecto.

De allí que previos los estudios técnicos correspondientes, el ingeniero jefe de Saneamiento Ambiental del Atlántico, en Oficio 122 de 2 de mayo de 1975 que se agrega a la demanda, comunicará al jefe de la División de Planeación Municipal, al absolver una consulta de este funcionario, que los sectores del proyecto no presentan riesgos de contaminación. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 30-31-32).

"11.— Como puede observarse en los planos, el área del proyecto está completamente rodeada por tres avenidas amplias y debidamente pavimentadas como son las calles 72 y 75 y la carrera 68. Esas arterias tienen una anchura que oscila entre 16 y 21 metros y separan el lote de los barrios residenciales, intensamente poblados, de Bellavista, San Francisco y La Concepción, cuyos servicios de alcantarillado, acueducto, energía, teléfonos, transportes, etc., son fácil y económicamente conectables a las viviendas programadas en la zona del proyecto. De allí que este no requiera obras exteriores de urbanismo y que, por ese motivo precisamente, reúna todas las condiciones de preferencia establecidas en los artículos 2o, 3o, 4o, y 5o, del Acuerdo 026 de 1973, expedido por la junta directiva del Fondo. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 13-30-31-32).

"12.— El Fondo controla las inversiones, el desarrollo de las obras, la entrega de los instalamentos, la conformidad entre la construcción y los planos, las especificaciones, las etapas cumplidas y en proceso, los gastos, el flujo de caja, los precios de los materiales y de la mano de obra, y, en general, el cumplimiento estricto del contrato. Y todo ello lo hace por medio de un supervisor suyo que para el efecto escoge libremente y que actúa en el propio terreno de las operaciones. Esos poderes excepcionales de control los ejerció, por nombramiento directo del Fondo, el ingeniero-arquitecto doctor Roberto Zabaraín. (Cláusulas 1a. y 14 y artículos 32, 33 y 34 del Acuerdo 026 de 1973, lo mismo que el contrato de 6 de agosto de 1974 celebrado con el supervisor (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 17-11).

"13.— Una vez legalizado el contrato, Marysol Ltda., inició y mantuvo el desarrollo del proyecto bajo el control técnico, jurídico, económico, financiero y operativo que permanentemente vino ejerciendo el Grupo de Evaluación a través del Supervisor del Fondo, tal como lo disponen los artículos 23, numeral 8o, 32 y 34, parágrafo único, del Acuerdo 026 de 1973. Así pues, Marysol Ltda., adelantó oportunamente y bajo la continua vigilancia del Fondo, cumpliendo así sus obligaciones contractuales, las siguientes actividades:

a) Hizo la completa demolición de cuatro residencias de primera categoría ubicadas en los terrenos del proyecto y arrendadas de mucho tiempo atrás;

b) Hizo la limpieza del terreno, el descapote, la nivelación, la red topográfica, el trazado, el movimiento de tierras, el retiro parcial de materiales, el replanteo y todas las demás obras preliminares;

c) Estableció campamentos y oficinas y los dotó de los equipos necesarios;

d) Contrató ingenieros, directores, arquitectos, capataces, maestros de obras y trabajadores, y adelantó la ejecución del proyecto;

e) Consiguió bulldózeres, cargadores, traíllas, motoniveladoras, camiones, volquetas y demás equipos de trabajo, y los mantuvo en continuas operaciones;

f) Negoció los correspondientes suministros de triturados y conglomerados con Agregados del Caribe Ltda.;

g) Contrató con Acerías Paz de Río S. A., las cantidades de hierro indispensables;

h) Consiguió de Cementos del Caribe S. A., los productos requeridos;

i) Celebró convenios con Disgranel para el suministro de otros materiales de construcción;

j) Opcionó con Edimecánica Ltda., la adquisición de una poderosa grúa necesaria para adelantar eficientemente los trabajos;

k) Contrató con Estudios Urbanos Ltda., los servicios de control, programación y rendimiento óptimos de las labores;

l) Preparó la documentación para que el Fondo pudiera desarrollar la promoción de venta entre sus afiliados y solicitó de ese establecimiento público la lista de sus eventuales beneficiarios;

m) Contrató seguros y préstamos bancarios;

n) Pagó intereses, primas, sueldos, jornales, obligaciones y otros gastos indispensables;

o) Contrató la importación de equipos y maquinarias no fabricados en Colombia;

p) Elaboró promesas de compraventa e inició la redacción de contratos de venta;

q) Preparó el proyecto de reglamento de propiedad horizontal;

r) Trató de coordinar con el Fondo el desarrollo de un plan de adjudicaciones futuras;

s) Abrió cuentas bancarias para el manejo de los dineros del proyecto;

t) Programó las obras de urbanización y de interés general, lo mismo que las redes y servicios de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica para efectos de desarrollarlos de acuerdo con el programa de trabajos;

u) Designó al ingeniero-arquitecto graduado, residente y matriculado, doctor Giovanni Lamboglia, para la dirección de las obras, aceptó la supervisión del doctor Roberto Zabaraín nombrado por el Fondo, y le prestó toda su colaboración en el cumplimiento de sus funciones;

v) Requirió del Fondo el inmediato envío de las leyendas y avisos indicativos de que el proyecto se adelantaba con la financiación del Fondo;

x) En general, hizo todas las inversiones, contrajo todos los compromisos y desarrolló todas las actividades realizables durante la etapa inicial del proyecto, cumpliendo así sus obligaciones contractuales.

Debe relievarse el hecho de que tales inversiones, compromisos y gestiones se efectuaron bajo el control y la vigilancia permanente del supervisor del Fondo, como aparece en su informe 001 del 25 de septiembre de 1974 y en su carta de 24 de octubre del mismo año. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-45).

"14.— Cuando las inversiones de mis poderdantes superaban los $ 15.000.000.oo, Marysol Ltda., con su carta de 17 de septiembre de 1974 pasó al Fondo la cuenta de los $ 3.500.000.oo correspondientes al primer instalamento pactado. Pero hasta la fecha no se le ha pagado centavo alguno. Más aún: Ni siquiera ha habido contestación. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 33).

"15.— En informe 001 de 25 de septiembre de 1974, el supervisor del Fondo, al comunicarle a sus superiores las inversiones y trabajos realizados por Marysol Ltda., les manifiesta que aún no se ha recibido el primer instalamento y que debe procederse a su entrega inmediata "a fin de que el alza de los precios de materiales no incida desfavorablemente en el costo de la unidad de vivienda". Pero no obstante ese requerimiento oficial y las justas razones que lo respaldan, el Fondo no ha pagado suma alguna después de tantos meses. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 18).

"16.— Marysol Ltda., entregó al Fondo la cuenta de los $ 7.000.000.oo del segundo instalamento vencido, pero en esta nueva oportunidad tampoco ha habido pago ni contestación. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 34).

"17.— En carta de 18 de septiembre de 1974, Marysol Ltda., comunica al Fondo que ya ha contratado con Estudios Urbanos Ltda., la programación, control y rendimiento de las obras y que, en consecuencia, dicha firma está a su disposición para las consultas e instrucciones del caso. Allí mismo le solicitaba al Fondo la lista de sus afiliados en el Departamento del Atlántico y la fijación de sus criterios sobre la campaña de promoción de ventas que ha de adelantarse. Pero no ha habido, hasta el momento, contestación alguna. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 28).

"18.— En urgente mensaje telegráfico de 15 de octubre de 1974, Marysol Ltda., pide al Fondo la pronta visita de sus funcionarios a las obras, y le informa que los costos aumentan rápida y sensiblemente debido al lucro cesante de las inversiones ya realizadas y a las alzas de los materiales de construcción. Allí solicita, además, la colaboración del Fondo para establecer condiciones que permitan el desenvolvimiento normal del contrato. Pero dicho mensaje tampoco ha merecido contestación de ninguna clase. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 35).

"19.— En carta de 16 de octubre de 1974, Marysol Ltda., después de relatar los antecedentes del negocio, le dice al Fondo que las inversiones realizdas por esa compañía hasta el momento son muy cuantiosas (más de $ 6.000.000.oo) excluyendo los terrenos y más de $ 16.000.000.oo incluyéndolos) y que ello ha sido comprobado por el supervisor. Agrega que para evitar la paralización de las obras, Marysol Ltda., está dispuesta a introducir al contrato algunas modificaciones que se sujeten a la nueva política del Fondo, tal como lo han sugerido altos funcionarios de ese establecimiento público; que los materiales de construcción continúan *"subiendo vertiginosamente de precio"*; que ese hecho incontrovertible obliga a Marysol Ltda., a pedir al Fondo la pronta inspección de los trabajos; y que en *vista de la crítica situación en que actualmente nos encontramos y a los graves compromisos adquiridos "la mencionada compa-*

ñía solicita al Fondo la entrega de los instalamentos vencidos". Pero ese justificado requerimiento tampoco ha logrado contestación alguna. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 36).

"20.— En vista del inexplicable y obstinado silencio del Fondo, de su mora, de su culpa, de su dolo y de su notorio incumplimiento, Marysol Ltda., en carta de 21 de octubre de 1974 dijo al Fondo:

a) Esa actitud no se compadece con la importancia de las obras ni con el monto de las inversiones ya realizadas por Marysol Ltda. Por ello nos vemos forzados a ordenar la disminución de las actividades y el licenciamiento de trabajadores y de profesionales especializados traídos desde Bogotá;

b) Estamos abocados al estudio de contratos de suministros y de adquisición e importación de equipos que requieren la inmediata participación del Fondo.

c) Aquellas "*forzosas medidas traerán, por ahora, la inevitable consecuencia de que los trabajos adelantados en limpieza, descapote, trazado y movimiento de tierras, se colocan en el riesgo de pérdida parcial o total*". (Esa predicción se cumplió posteriormente. Ver periódicos adjuntos).

d) Se están derivando perjuicios de toda índole de un contrato que Marysol Ltda., ha cumplido en todas sus condiciones; y

e) Abrigamos la esperanza de que todavía se pueda salvar el programa más importante que tiene el Gobierno en materias de vivienda popular.

Pero no obstante la gravedad de esos planteamientos, tampoco hubo pago de lo debido ni contestación alguna. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 37).

"21.— En repetidas ocasiones, el gerente general y los directivos de Marysol Ltda., ante el fracaso de las gestiones relatadas en los hechos precedentes, viajaron de Barranquilla a Bogotá y en conversaciones con altos dignatarios del Fondo insistieron, previa exhibición de los respectivos documentos, sobre el monto de las inversiones ya realizadas y de los compromisos contraídos, sobre el notorio avance de los trabajos, sobre los graves perjuicios ya ocasionados y en vías de ocasionarse por razones de la mora, sobre los riesgos de pérdida total o parcial de las obras ejecutadas, y sobre la eventual paralización de las labores y el posible e inmediato licenciamiento de personal. Y como consecuencia de todo ello, los directivos de Marysol Ltda., urgieron, una vez más, el pago de los instalamentos vencidos. Pero no obstante sus numerosos requerimientos verbales y escritos, tampoco lograron del Fondo el cumplimiento de sus obligaciones ni contestación definitiva alguna. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 37).

"22.— Frente a esa culpable y reiterada negligencia, a nombre de Marysol Ltda., llevé el problema al conocimiento directo del presidente de la junta directiva del Fondo y vice-ministro de Desarrollo Económico, doctor Diego Moreno Jaramillo. Ese distinguido funcionario, en vista de la grave situación planteada, me invitó a una segunda entrevista en su despacho. Y allí, en presencia de los doctores Moreno Jaramillo, Alfredo Matiz Espinoza, gerente general del Fondo, y Hernando Padilla Moreno, expuse los antecedentes del negocio, aduje el estricto cumplimiento de mis representados y el pertinaz incumplimiento del Fondo, enumeré las inversiones realizadas por Marysol Ltda., invoqué los graves perjuicios pasados, presentes y futuros de mis poderdantes, y solicité la entrega inmediata de los instalamentos vencidos y la cancelación oportuna de los restantes. Y después de un intercambio de ideas, del estudio de los documentos y de las responsables y ponderadas intervenciones del doctor Moreno Jaramillo, se convino que a partir de enero de 1975 se celebrarían nuevas reuniones entre el gerente del Fondo y el representante de Marysol para efectos de lograr el pago de los instalamentos que ya se debían.

"23.— Pero cuando se esperaban esas conversaciones, el gerente general del Fondo hizo una declaración en "El Espectador" de Bogotá, precedida de conceptos aparentemente emitidos por el reportero sobre unas supuestas y *"raras circunstancias"* en la aprobación del crédito. Esas imaginarias y *"raras circunstancias"* que envuelven serias imputaciones de carácter moral y que por ello tenían que producir la inmediata suspensión de las amistosas reuniones proyectadas, pueden sintetizarse así:

a) El Grupo Residencial Marysol solo vino a constituirse legalmente 2 meses después de formular su petición de crédito. Ello es inexacto. Se olvidó, nada menos, que la solicitud no la presentó el Grupo Residencial Marysol Ltda., sino la Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A., que esta última se constituyó jurídicamente 30 años atrás, y que la organización del Grupo Residencial Marysol Ltda., se debió a una exigencia del Fondo. (Ver hechos 3o y 4o);

b) Por iniciativa del doctor Jaime Tovar Herrera, gerente del Fondo en la época, se aprobó el crédito en primera instancia 4 días antes de que Marysol Ltda., existiera como persona jurídica. Otra inexplicable inexactitud. Se olvidó, nuevamente, que la financiación provisional se le otorgó, no a Marysol Ltda., sino a Marysol S. A., y que la última estaba legalmente constituída desde 30 años antes. (Hecho 3o.);

c) El 11 de julio se aprueba definitivamente el crédito, el 5 de agosto se protocoliza el contrato, el 6 se nombra el supervisor e inmediatamente principian los cobros. Nuevos desatinos. Se olvidó, lamentablemente, que los 25 días transcurridos entre la aprobación definitiva y la suscripción del acuerdo son un término excesivo para una administración diligente que no puede tener dineros ociosos; que las conveniencias del Fondo aconsejaban y aconsejan el inmediato control de las operaciones y, en consecuencia, la rápida designación del supervisor encargado de tutelar los intereses oficiales; y que la primera cuenta solo vino a pasarse 43 días después de firmado el contrato y 33 días después de vencerse el primer instalamento. (Ver hecho 14); y

d) Se respaldó un préstamo de $ 40.000.000.oo con la garantía de terrenos que apenas valen $ 7.819.532.80. Otro error. Se olvidó, lastimosamente, que la hipoteca cubre todas las anexidades, dependencias y mejoras presentes y futuras del lote, vale decir, todos los mayores valores que generen las construcciones programadas y la inversión de los instalamentos y de sus contrapartidas; y que esos factores suben la garantía a más de $ 90.000.000.oo. (Ver hecho 9o.). (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 38).

"24.— En informe oficial del 19 de septiembre de 1974, profusamente divulgado, el gerente general del Fondo dice erróneamente a la junta directiva que el contrato adolece de los siguientes "vacíos" imaginarios:

a) Se respalda un crédito de $ 40.000.000.oo con terrenos que apenas valen $ 9.000.000.oo. *"No se estipuló ninguna garantía adicional"*. El gerente no leyó, al parecer, los artículos 2445 del Código Civil y 15 y 26 del Acuerdo 026 de 1973, ni la parte final de la cláusula tercera del contrato que extiende la hipoteca a todas las anexidades, dependencias y mejoras presentes y futuras de los terrenos, y que, de conformidad esas normas y estipulaciones eleva la garantía a más de $ 90.000.000.oo; como se vio en el hecho 9o. de la demanda;

b) El 5 de agosto de 1974, fecha de la escritura de hipoteca, Marysol Ltda., no era propietaria libre del inmueble gravado. Sólo vino a serlo poco después. El gerente olvidó que de acuerdo con los artículos 2434 y 2435 del Código Civil, la escritura es apenas un acto preparatorio de la hipoteca, que esta carece de valor alguno sin el registro, que la fecha real de ese gravamen es la de la inscripción y no la del instru-

mento original, y que al hacerse dicho registro, Marysol Ltda., sí era propietaria libre de los terrenos. Así, pues, el gerente confundió un acto meramente preparatorio con un acto definitivo;

c) El contrato de supervisión no establece para el Fondo la vigilancia estricta de las obras. Pero el gerente al parecer, no leyó el texto del mencionado contrato. Allí aparece todo lo que se echa de menos.

d) El contrato no estipuló la obligación de los promotores de no variar los plazos y especificaciones de las obras. Pero el Gerente olvidó que la cláusula primera del contrato da al Fondo, a través del Supervisor todos los poderes jurídicos necesarios para obligar a Marysol Ltda., a desarrollar el proyecto en la forma prevista.

Jamás ha existido, pues aquellos imaginarios "*vacíos*". Con ellos ocurre lo mismo que con las "*raras circunstancias*" o imputaciones hechas en "El Espectador" de Bogotá, y entre aquellos y estas aparece, además, una extraña similitud. (Pruebas acompañadas No. 39-11-16-17).

"25.— El informe de 19 de septiembre de 1974 es un documento oficial ampliamente conocido por algunos sectores de la opinión pública. Por ello, precisamente, ha afectado en extremo la marcha del proyecto, lo mismo que el crédito, los compromisos y las gestiones de mi representado, y ha generado para ella gravísimos perjuicios materiales y morales, como la cancelación de suministros, negocios y operaciones ya perfeccionadas o en curso, lo mismo que la posición negativa de algunas autoridades. Y no podía ser de otra manera, ya que tan peligrosas, ligeras y despreocupadas afirmaciones aparecen en un documento oficial y provienen, nada menos, que del propio gerente general del Fondo. (Pruebas acompañadas Nos. 23-25-29-40).

"26.— En el citado documento oficial (informe del gerente para la junta directiva) aparecen tres confesiones que demuestran plenamente la mala fe y el ánimo torticero del Fondo, lo mismo que el incumplimiento del contrato y la procedencia de la acción, así:

1.— En la página 11 de dicho informe, el gerente dice que "*uno de los objetivos más importantes*" del Fondo es el de "*Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado*", tal como lo señala el artículo 2o., del Decreto 3118 de 1968; que para lograr ese fin, la junta directiva expidió el Acuerdo 026 de 1973, actualmente en vigencia; y que "*Dentro del marco, el Fondo ha aprobado en definitiva tres solicitudes*", *entre las cuales figura la de Marysol Ltda.* Se confiesa, pues, que el contrato se ajusta a los objetivos, a las leyes y a los reglamentos del Fondo;

2.— El cuadro número 2 del mencionado documento oficial se titula así: "*SOLICITUDES DE CREDITO APROBADAS EN DEFINITIVA POR EL FONDO DENTRO DEL MARCO DEL ACUERDO 026 DE 1973*". Y allí, después de anotarse la celebración del contrato de Marysol Ltda., el gerente reconoce que "*no se ha entregado ningún instalamento*". Se ratifica, así, la juridicidad del contrato y el incumplimiento del Fondo; y

3.— En la página 17 del referido documento, al ocuparse de los imaginarios "vacíos" ya estudiados en esta demanda, el gerente agrega: "*Así por ejemplo, en el caso del crédito asignado al grupo residencial 'Marysol', esta administración se ve abocada a la necesidad de girar de inmediato el valor de los dos primeros instalamentos*". Así pues, se vuelve a confesar la existencia de la obligación y el incumplimiento de ella.

De allí que esas tres confesiones acrediten plenamente que el Fondo violó el contrato, que en ello obró a sabiendas y de mala fe, y que, por lo tanto, son procedentes las súplicas de la demanda. Tan evidente es lo anterior que el gerente general no expidió la copia auténtica del informe del 19 de septiembre de 1974 que se le solicitó en memorial de 16 de julio de 1975. (PRUEBAS ACOMPAÑADAS Nos. 39-41).

"27.— El Fondo, después de ocho meses de violaciones sucesivas del contrato y de cinco instalamentos vencidos e insolutos que suman $ 24.500.000.oo y que han generado la paralización de las obras, produce el curioso informe de 8 de abril de 1975, cuyos inexplicables errores apenas reflejan la inveterada política de negligencias o de maliciosos olvidos que ha venido aplicando en el manejo del convenio. Allí asevera el Fondo, entre otras cosas, voluntaria o involuntariamente equivocadas, las siguientes:

a) Que el promotor es el *"Conjunto Residencial Marysol"*. Inexacto. Esa firma no existe. La gestora es el "Grupo Residencial Marysol Ltda". Ello revela, al menos, descuido y ligereza en la elaboración del informe;

b) Que la otra accionista del *"Conjunto Residencial Marysol"* es *"Lamboglia y de Avila Ltda"*. Nueva inexactitud, nuevo descuido y nueva ligereza. Y ahora por partida doble. ni la primera firma existe, como ya se vio, ni la segunda es socia de la promotora. Lo es "Proyectos del Caribe Ltda." Dos errores en una sola frase indican negligencia grave;

c) Que Marysol no tiene vigente su inscripción ni dispone de "permiso para construir". Otra inexactitud, otro descuido y otra ligereza. El certificado que se acompaña demuestra la vigencia de la inscripción. Además, el permiso de venta, impropiamente denominado allí "permiso para construir", solo se debe obtener, como su verdadero nombre lo indica, cuando haya de procederse a la venta de las viviendas ya edificadas o en proceso de edificación. Y como el incumplimiento del Fondo impidió la iniciación de tales obras, no hay nada que vender ni permisos de venta que conseguir. Pero lo más grave es que el Fondo, único responsable de esa situación, reclame contra ella y alegue su propia culpa en su propio beneficio, no obstante la manifiesta ilicitud de esa postura. "Nemo Auditur propiam turpitudinem allegans";

d) Que en opinión de dos profesionales y del INPES, no es recomendable el proyecto por motivos de contaminación. Más inexactitudes, descuidos y ligerezas. (Ver hecho 10). La ubicación del lote en medio de barrios residenciales y en las inmediaciones de los mejores hoteles y centros sociales, y de clínicas, hospitales y sala-cunas, lo mismo que sus grandes distancias de las fábricas generadoras de contaminación y que la dirección que siguen las brisas, son factores que destruyen las precipitadas aseveraciones del Fondo, máxime si se considera la carta de 2 de mayo de 1975, suscrita por el jefe de Saneamiento Ambiental;

e) Que no se han ejecutado ni las obras de infraestructura (alcantarillado, acueducto, etc.) ni las de urbanismo. Nuevos descuidos y ligerezas. De acuerdo con los planos del proyecto, con los programas de trabajo y con el proceso de construcción, documentos aprobados por el Fondo y plenamente obligatorios para éste, el orden establecido para el desarrollo de las obras preliminares es así: 1.— Demolición de las edificaciones existentes; 2.— Limpieza y nivelación; 3.— Trazado y replanteo; 4.— Movimiento de tierras y compactación; y 5.— Construcción o adaptación de campamentos y oficinas, etc. Y de conformidad con esos mismos documentos obligatorios, la iniciación de las obras de infraestructura y urbanismo, cuya ejecución total es de 18 meses, sólo es posible al concluir las 5 etapas preliminares ya enumeradas. Pero como el incumplimiento del Fondo determinó la paralización de los trabajos en esos precisos momentos, las objeciones comentadas conllevan la alegación de la propia culpa en

provecho del responsable, o la maliciosa pretensión de ignorar, nada menos, que los documentos básicos del proyecto y el orden rigurosamente preestablecido de las labores. Y todo ello acredita ilicitud u olvido de obligaciones fundamentales. De allí que esas cándidas o maliciosas reclamaciones de última hora se vuelvan, precisamente, contra el Fondo;

f) Que en el replanteo solo se ha determinado un punto. Inexacto. Todos se fijaron. Así lo demuestran las fotografías agregadas, el informe del supervisor y así se comprobará plenamente en el juicio;

g) Que no se han construido los campamentos. Nueva inexactitud. En la inspección que ha de practicarse en el lote se comprobará la adaptación, para tales fines, de la casa que aparece en la fotografía acompañada, lo mismo que el desarrollo de algunas obras complementarias;

h) Que el lote se halla ubicado *"en el corazón de la zona industrial"* y rodeado de fábricas contaminantes como Monómeros Colombo-Venezolanos, Cementos del Caribe, Quintal, Celanese y Peldar. Esa nueva inexactitud reviste características más graves aún. Como puede verse en los planos y se verá en el terreno, el lote está situado fuera de la zona industrial y entre barrios residenciales, y a 4.580 metros de Monómeros, a 4.040 metros de Cementos, a 940 metros de Quintal y de Celanese, y a 1.600 metros de Peldar. Esas distancias evitan la contaminación, máxime si se considera la dirección de los vientos. De allí que las afirmaciones comentadas sean manifiestamente erróneas y carentes de seriedad;

i) Que a la fecha del informe —8 de abril de 1975—, las inversiones de Marysol Ltda., llegan a $ 10.325.392.77. Ese no es un error. Es una expresa e inequívoca manifestación de mala fe y de dolosas mixtificaciones. Así lo acreditan, entre otros rubros, excluídos o cercenados en el informe, los siguientes: La omisión de los $ 400.000.oo del estudio de prefactibilidad; la reducción en $ 1.654.883.20 de los $ 9.474.416.oo correspondientes al valor de compra del lote; y la disminución en $ 2.184.698.44 de los $ 4.369.396.87 de los planos definitivos del proyecto. Esas exclusiones caprichosas de $ 4.239.581.64, sin contar las demás, elevan la cantidad glosada a $ 14.564.974.41 y a varios millones más si se contabilizan todos los factores técnicamente acumulables. De allí que el propio supervisor del Fondo, en su informe 001 de 25 de septiembre de 1974 haya registrado hasta esa fecha una inversión de $ 13.669.000.oo, incluyendo los terrenos, y en su carta de 24 de octubre del mismo año haya comprobado, hasta ese momento una inversión de $ 16.821.290.oo. Esos datos oficiales, verificados en los libros y en el terreno a medida que avanzan los trabajos, demuestran la mala fe de los cálculos glosados, y dejan sin piso alguno las despreocupadas afirmaciones de unos comisionados que sin previo examen de la contabilidad y de las obras, y en dos días de viajes y de rápidas conversaciones, improvisan estudios técnicos y económicos artificiosos y ayunos de toda seriedad.

De allí que el informe de 8 de abril de 1975 acredite, hasta la saciedad, la mala fe y el ánimo torticero del Fondo, a la vez que el dañado propósito de ampararse en su propia culpa para efectos de eludir sus propias responsabilidades, no obstante la manifiesta ilicitud de ese procedimiento. (Pruebas acompañadas Nos. 2-4-13-20-30-31-32-44).

"28.— El supervisor del Fondo, en cumplimiento de sus deberes, produjo los siguientes documentos oficiales que acreditan parcialmente las inversiones realizadas por Marysol Ltda.:

a) Informe 001 de 25 de septiembre de 1974, dirigido al Fondo, en el cual le detalla el proceso de ejecución de las obras y le comunica que las inversiones de Marysol

Ltda., llegan a $ 3.669.000.oo, excluyendo el valor de los terrenos, y a $ 13.669.000.oo, incluyendo ese mismo valor; y

b) Carta de 24 de octubre de 1974, dirigida a Marysol Ltda., en la cual registra oficialmente el hecho de que las inversiones de esa compañía suben, hasta el momento, a $ 16.821.290.82.

Pero si a dicha cantidad se le agregan, como es preciso hacerlo, los costos, inversiones e intereses causados con posterioridad al 24 de octubre de 1974, los aportes de Marysol Ltda., a la ejecución del proyecto suben, hasta la presentación de la demanda, a más de $ 20.000.000.oo, como se demostrará en el proceso. Debe anotarse, igualmente, que de agosto de 1974 a abril de 1975, la desvalorización acumulada de la moneda ha sido de 17.7%. (Ver certificado del DANE). De allí que teniendo en cuenta ese factor y el aumento de los precios en el mismo período, las inversiones de Marysol Ltda., lleguen, a sus niveles actuales a más de $ 25.000.000.oo como se demostrará oportunamente en juicio. (PRUEBA ACOMPAÑADA No. 42).

"29.— En virtud del incumplimiento del Fondo y de las inversiones de mi representada para cumplir el contrato, el Fondo ha causado a Marysol Ltda., hasta la presentación de esta demanda, entre otros, los siguientes daños y perjuicios:

1.	Pérdida de los estudios de prefactibilidad ..... $	400.000.oo
2.	Pérdida de los estudios de factibilidad (planos arquitectónicos, urbanísticos, de construcción y de propiedad horizontal, investigaciones de suelos y de mercado de vivienda, catálogos de construcción, estudios jurídicos, económicos, técnicos, sanitarios, financieros, etc.	4.369.396.87
3.	Pérdida de los gastos generales de administración, ejecución de las obras, etc.	2.531.043.38
4.	Pérdida de los intereses de la inversión en 15 meses	5.972.575.79
5.	Pérdida de las cuatro residencias demolidas	3.200.000.oo
6.	Pérdida de los arrendamientos de esos inmuebles	480.000.oo
7.	Pérdida de otras inversiones menores	993.000.oo
8.	Beneficios no percibidos por la inejecución del proyecto y el incumplimiento del Fondo (10% de la inversión)	12.400.000.oo
9.	Honorarios no percibidos en la construcción directa de las obras	4.061.048.oo
10.	Honorarios no percibidos en la venta directa de los apartamentos	2.775.300.oo
11.	Perjuicios morales	500.000.oo
12.	Devaluación de la moneda aplicada a las inversiones	4.251.000.oo
	Total de los daños y perjuicios enumerados ..... $	41.933.364.04

A la última cifra deben agregársele los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato le siga generando a Marysol Ltda., desde la presentación de esta demanda

hasta la ejecución de la sentencia, incluyendo los provenientes de la devaluación de la moneda y del aumento del costo de la vida" (folios 1v.— 11 v.).

Fundamentos de Derecho:

A folios 12-15 formula los fundamentos en derecho conforme los artículos 16, 30 y 45 de la Constitución Nacional, y a los artículos 1602, 1603, 1604, 1605, 1608, y 1613, 1614, 1615, 1546 y 2432 del Código Civil.

Proceso 2098.

La misma actora, Grupo Residencial Marysol Ltda., posteriormente presentó demanda contra el Fondo Nacional de Ahorro para obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.— Son nulas las Resoluciones 0018 de 30 de enero de 1976 y 0063 de 25 de marzo del mismo año, dictadas por el gerente general del Fondo Nacional de Ahorro, por las cuales se declaró y confirmó la caducidad administrativa del contrato celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y el Grupo Residencial Marysol Ltda., y perfeccionado por escritura pública 3590 de 5 de agosto de 1974, de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá D. E., resoluciones que rompen ilegal y unilateralmente ese contrato y que lesionan derechos de la sociedad actora;

"Segunda.— el Grupo Residencial Marysol Ltda., cumplió oportunamente todas las obligaciones que ella contrajo en el aludido convenio de 5 de agosto de 1974 y que se hicieron exigibles conforme a derecho;

"Tercera.— A consecuencia de todo ello, el Fondo Nacional de Ahorro debe pagar al Grupo Residencial Marysol Ltda., como restablecimiento del derecho e indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales que la referida declaración de caducidad le ha causado hasta la fecha a la sociedad demandante, la suma de $ 46.230.219.62, o la que se demuestre en el proceso, indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente originados hasta hoy y que incluye, de consiguiente, los intereses bancarios, la desvalorización de la moneda y el aumento del costo de la vida en el mismo lapso;

"Cuarta.— Además, el Fondo Nacional de Ahorro debe pagar al Grupo Residencial Marysol Ltda., como restablecimiento del derecho e indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales que la citada declaración de caducidad le han causado a la sociedad actora desde la fecha de presentación de la demanda hasta la sentencia, la suma que se demuestre en el proceso, indemnización que debe comprender el lucro cesante y el daño emergente que se generen en dicho lapso, incluyendo, por lo tanto, los intereses bancarios, la desvalorización de la moneda y el aumento del costo de la vida en el mismo período;

"Quinta.— El Fondo Nacional de Ahorro debe pagar al Grupo Residencial Marysol Ltda., además, todas las costas del presente juicio; y

"Sexta.— La sentencia debe cumplirse y ejecutarse, en todas sus partes, dentro de los plazos legales" (folio 17).

Como hechos fundamentales esta demanda plantea los siguientes:

"...11.— Agrega la cláusula cuarta del contrato que dicha "*hipoteca garantiza todas y cada una de las obligaciones*" de Marysol Ltda., con el Fondo. Y en cláusulas

subsiguientes se pactan intereses normales y moratorios; atribuciones del Fondo para modificarlos unilateralmente, ceder el crédito y la garantía, supervisar las obras y vender los apartamentos; y la facultad de Marysol Ltda., para la cancelación anticipada de la deuda, lo mismo que sus obligaciones de pagar gastos escriturarios, de asegurar las viviendas ya construídas contra riesgo de incendio y de venderlas preferentemente a los afiliados al Fondo.

"12.— En la cláusula décimanovena se estipula:

El Fondo podrá declarar la caducidad administrativa del presente contrato por las causales previstas en el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo y por las siguientes: a) Si el Grupo Residencial Marysol Ltda., no lleva a cabo el plan de vivienda de acuerdo con el flujo de caja, o no lo terminase en el plazo previsto en el parágrafo de la cláusula primera; b) Si el Grupo Residencial Marysol Ltda., vende las viviendas por un precio superior al propuesto al Fondo en el momento de la solicitud sin previo acuerdo de ésta. En caso de incapacidad financiera del deudor que se presume cuando se le declare en quiebra judicial".

Todo ello significa, pues, que la declaración de caducidad solo es viable por las causales expresas y taxativas allí fijadas, y que, por lo tanto, no lo es por motivos distintos.

"13.— El lote del proyecto está situado, calle de por medio, entre los barrios residenciales de Bellavista, San Francisco y la Concepción, y a 11 cuadras del Hotel del Prado, el mejor de Barranquilla; a 9 cuadras del Country Club, el más importante de la ciudad, a poca distancia del Hospital Infantil Antituberculoso; a 5 cuadras de la Escuela de Grumetes; a 5 cuadras de las oficinas de Sanidad Ambiental; a 1 cuadra de la clínica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), y exactamente al pie de la Sala-Cuna Santa Rosa de Lima. Todo demuestra que los terrenos del proyecto tienen óptimas condiciones de sanidad ambiental que ofrecen los lugares más higiénicos de Barranquilla, como son sus hoteles, barrios y centros sociales más importantes y algunos de sus hospitales, clínicas, escuelas, establecimientos de preservación de la salud y salas dedicadas al cuidado de la niñez. El lote está ubicado, igualmente, a 940 metros de Celanese, a 940 metros de Quintal, a 4.040 metros de Cementos del Caribe y a 4.500 metros de Monómeros Colombo-Venezolanos, empresas que, en razón de sus distancias, de la posición que tienen en relación con el lote y de la dirección predominante de las brisas, no contaminan el ambiente.

De allí que previos los estudios técnicos correspondientes, el ingeniero jefe de Saneamiento Ambiental del Atlántico, en Oficio 122 de 2 de mayo de 1975, comunicara al jefe de la División de Planeación Municipal, al absolver una consulta de este funcionario, que los sectores del proyecto no presentan riesgos de contaminación.

"14.— Como puede observarse en los planos, el área del proyecto está completamente rodeada por tres avenidas amplias y debidamente pavimentadas como son las calles 72 y 75 y la carrera 68. Esas arterias tienen una anchura que oscila entre 16 y 21 metros y separan el lote de los barrios residenciales, intensamente poblados, de Bellavista, San Francisco, y la Concepción, cuyos servicios de alcantarillado, acueducto, energía, teléfonos, transportes, etc., son fácil y económicamente conectables a las viviendas programadas en la zona del proyecto. De allí que este no requiera obras exteriores de urbanismo y que, por ese motivo precisamente, reúna todas las condiciones de preferencia establecidas en los artículos 2o, 3o, 4o, y 5o., del Acuerdo 026 de 1973, expedido por la junta directiva del Fondo.

"15.— El Fondo controla las inversiones, el desarrollo de las obras, la entrega de los instalamentos, la conformidad entre la construcción y los planos, las especificaciones,

las etapas cumplidas y en proceso, los gastos, el flujo de caja, los precios de los materiales y de la mano de obra, y, en general, el cumplimiento estricto del contrato. Y todo ello lo hace por medio de un supervisor suyo que para el efecto escoge libremente y que actúa en el propio terreno de las operaciones. Esos poderes excepcionales de control los ejerció, por nombramiento directo del Fondo, el ingeniero-arquitecto doctor Roberto Zabaraín. (Cláusulas 1a y 14, artículos 32, 33 y 34 del Acuerdo 026 de 1973 y contrato de 6 de agosto de 1974 celebrado con el supervisor).

"16.— Legalizado el contrato, Marysol Ltda., en cumplimiento de la cláusula primera y de los artículos 23, numerales 8, 32 y 34, parágrafo único, del Acuerdo 026 de 1973, inició y mantuvo el desarrollo del plan bajo el control técnico, jurídico, económico y financiero que permanentemente ejerció el Fondo a través de su supervisor. Así, pues, con sujeción al convenio y al flujo de caja, Marysol Ltda., adelantó oportunamente las siguientes obras preliminares de urbanismo, de construcción y de promoción de ventas:

1.— Demolió cuatro residencias de primera categoría ubicadas en los terrenos del proyecto y arrendadas de tiempo atrás, y principió, así, los trabajos preparatorios de urbanismo y de construcción;

2.— Hizo la limpieza del terreno, el descapote, la nivelación, la red topográfica, el trazado, el movimiento de tierras, el retiro parcial de materiales, el replanteo y las demás obras preliminares de urbanismo y construcción;

3.— Estableció campamentos y oficinas y los dotó de los equipos necesarios;

4.— Contrató ingenieros, directores, arquitectos, capataces, maestros y trabajadores, y adelantó la ejecución del proyecto;

5.— Consiguió buldózeres, cargadores, traíllas, motoniveladoras, camiones, volquetas, y demás equipos de trabajo, y los mantuvo en operación continua;

6.— Negoció con Agregados del Caribe Ltda., el suministro de los triturados y conglomerados necesarios para continuar las obras;

7.— Contrató con Acerías Paz de Río S. A., las cantidades de hierro indispensables para la construcción;

8.— Consiguió de Cementos del Caribe S. A., los productos requeridos para las edificaciones;

9.— Convino con Desgranel la entrega de otros materiales de construcción;

10.— Opcionó con Edimecánica Ltda., la adquisición de una poderosa grúa necesaria para adelantar los trabajos;

11.— Contrató con Estudios Urbanos Ltda., los servicos de control, programación y rendimiento óptimos de las labores;

12.— Preparó y envió al Fondo los documentos sobre promoción de ventas, pero hasta la fecha no ha obtenido contestación alguna;

13.— Solicitó al Fondo la lista de sus afiliados para iniciar las ventas con arreglo al flujo de caja pero tampoco se ha logrado respuesta;

14.— Elaboró y remitió al Fondo las promesas de compraventa, pero hasta ahora no ha habido contestación;

15.— Redactó los contratos de venta, pero el Fondo ha guardado silencio;

16.— Preparó el reglamento de propiedad horizontal, pero el Fondo nada ha expresado todavía;

17.— Trató de coordinar con el Fondo el desarrollo del plan de adjudicaciones futuras, pero no ha obtenido esa necesaria colaboración;

18.— Programó las obras de urbanismo y de interés general, lo mismo que las redes y servicios de acueducto, alcantarillado y energía para desarrollarlos oportunamente de conformidad con el plan de trabajos y con el flujo de caja;

19.— Requirió el inmediato envío de las leyendas y avisos indicativos de que el proyecto se adelantaría con la financiación del Fondo, pero ese reclamo, como los otros, ha operado en el vacío;

20.— Contrató seguros y préstamos bancarios;

21.— Pagó intereses, primas, sueldos, jornales, obligaciones y otros gastos indispensables para iniciar y continuar las obras;

22.— Contrató la importación de equipos y maquinarias no fabricados en Colombia;

23.— Abrió cuentas bancarias especiales para el manejo de los fondos del proyecto;

24.— Proveyó, de acuerdo con el flujo de caja, a la financiación interina del programa;

25.— Designó y mantuvo al frente de las obras al doctor Giovanni Lamboglia, ingeniero-arquitecto graduado y matriculado;

26.— Aceptó el permanente control del supervisor, le prestó toda la colaboración necesaria, y le facilitó, sin reserva alguna, los libros y comprobantes de contabilidad;

27.— Hizo todas las inversiones que según el flujo de caja le correspondían directamente;

28.— Realizó, además, las inversiones que de acuerdo con el mismo flujo de caja debían hacerse con las cuotas iniciales allí previstas pero no recibidas en razón de que el Fondo, por sus permanentes silencios ya anotados en los puntos 12,13,14,15,16,17,18 y 19 no permitió el ingreso de tales recursos;

29.— Hizo la financiación que conforme a dicho flujo de caja correspondía al Fondo en el primer trimestre y que jamás aportó; y

30.— Ejecutó, con estricta sujeción al contrato y al flujo de caja, todas las etapas iniciales del proyecto y logró el avance de las obras hasta el punto de hacer exigible, con exceso, los primeros instalamentos.

Así, pues, Marysol Ltda., ejecutó todas las obras preliminares de urbanismo, realizó todos los trabajos preparatorios de construcción, hizo más de las inversiones requeridas, adquirió los compromisos necesarios y adelantó todas las gestiones indispensables

para desarrollar el programa en sus etapas iniciales y subsiguientes. De allí que cumpliera, en su totalidad o en exceso, las obligaciones contraídas con el Fondo. Este, en cambio, no cumplió ninguna de las suyas. Lo uno y lo otro se acredita plenamente con el informe 001 de 25 de septiembre de 1974 y con la carta de 24 de octubre del mismo año, suscritos por el propio supervisor del Fondo, como se verá posteriormente.

"17.— Cuando las inversiones de mis poderdantes superaban los $ 15.000.000.oo, Marysol Ltda., con su carta de 17 de septiembre de 1974 pasó al Fondo la cuenta de los $ 3.500.000.oo correspondientes al primer instalamento pactado. Pero hasta la fecha no se le ha pagado centavo alguno. Mas aún: ni siquiera ha habido contestación.

"18.— En informe 001 de 25 de septiembre de 1974, el supervisor del Fondo, al comunicarle a sus superiores las inversiones y trabajos realizados por Marysol Ltda., les manifiesta que aún no se ha recibido el primer instalamento y que debe procederse a su entrega inmediata. Pero no obstante ese requerimiento oficial y las justas razones que lo respaldan, el Fondo no ha pagado suma alguna después de tantos meses.

"19.— Marysol Ltda., entregó al Fondo la cuenta de los $ 7.000.000.oo del segundo instalamento vencido, pero en esta nueva oportunidad tampoco ha habido pago ni contestación.

"20.— En carta de 18 de septiembre de 1974, Marysol Ltda., comunica al Fondo que ya ha contratado con Estudios Urbanos Ltda., la programación, control y rendimiento de las obras y que, en consecuencia, dicha firma está a su disposición para las consultas e instrucciones del caso. Allí mismo solicita al Fondo la lista de sus afiliados en el Departamento del Atlántico y la fijación de sus criterios sobre la campaña de promoción de ventas que ha de adelantarse. Pero hasta el momento no ha habido contestación alguna. De allí que no se hubieran recibido las cuotas iniciales previstas en el flujo de caja para el primer trimestre, y que mi representada hubiese tenido que suplir esa falta de recursos.

"21.— En urgente mensaje telegráfico de 15 de octubre de 1974, Marysol Ltda., pide al Fondo la pronta visita de sus funcionarios a las obras, y le informa que los costos aumentan rápida y sensiblemente debido al lucro cesante de las inversiones ya realizadas y a las alzas de los materiales de contrucción. Allí solicita, además, la colaboración del Fondo para establecer condiciones que permitan el desenvolvimiento normal del contrato. Pero dicho mensaje tampoco ha merecido contestación de ninguna clase.

"22.— En carta de 16 de octubre de 1974, Marysol Ltda., después de relatar los antecedentes del negocio, le dice al Fondo que las inversiones realizadas por esa compañía hasta el momento son muy cuantiosas y que ello ha sido comprobado por el supervisor. Agrega que para evitar la paralización de las obras, Marysol Ltda., está dispuesta a introducir al contrato algunas modificaciones que se sujeten a la nueva política del Fondo, tal como lo han sugerido altos funcionarios de ese establecimiento público; que los materiales de construcción continúan *"subiendo vertiginosamente de precio"* que ese hecho incontrovertible obliga a Marysol Ltda., a pedir al Fondo la pronta inspección de los trabajos; y que en *"vista de la crítica situación en que actualmente nos encontramos y a los graves compromisos adquiridos" la mecionada compañía solicita al Fondo la entrega de los instalamentos vencidos.* Pero ese justificado requerimiento tampoco ha logrado contestación alguna.

"23.— En vista del inexplicable y obstinado silencio del Fondo, de su mora, de su culpa, y de su notorio incumplimiento, Marysol Ltda., en carta de 21 de octubre de 1974, dijo al Fondo:

a) Esa actitud no se compadece con la importancia de las obras ni con el monto de las inversiones ya realizadas por Marysol Ltda. Por ello nos vemos forzados a ordenar la disminución de las actividades y el licenciamiento de trabajadores y de profesionales especializados traídos desde Bogotá;

b) Estamos abocados al estudio de contratos de suministros y de adquisición e importación de equipos que requieren la inmediata participación del Fondo;

c) Aquellas "*forzosas medidas traerán, por ahora, la inevitable consecuencia de que los trabajos adelantados en limpieza, descapote, trazado y movimiento de tierras, se colocan en el riesgo de pérdida parcial o total*". (Esa predicción se cumplió posteriormente);

d) Se están derivando perjuicios de toda índole de un contrato que Marysol Ltda., ha cumplido en todas sus condiciones; y

e) Abrigamos la esperanza de que todavía se pueda salvar el programa más importante que tiene el Gobierno en materias de vivienda popular.

Pero no obstante la gravedad de esos planteamientos, tampoco hubo pago de lo debido ni contestación alguna.

"24.— En carta de 7 de noviembre de 1974, Marysol Ltda., a petición del Fondo, puntualiza los temas y soluciones propuestos en esa fecha por ambas partes, así:

a) El Fondo, en vista de la "*amplia presión de la demanda*" en sectores no afiliados a esa entidad, sugiere que las ventas de apartamentos se abran también para tales sectores. Ello demuestra la importancia social del proyecto, su viabilidad económica y financiera, la urgencia de viviendas y la certeza de recaudar las cuotas iniciales previstas;

b) Marysol habla de los instalamentos insolutos y, en consecuencia, de "*los varios perjuicios causados, entre ellos la destrucción parcial de obras de urbanismo ya ejecutadas*". El Fondo comparte esas inquietudes *y pide la continuación de los trabajos hasta que él "pueda atender en forma normal el desembolso de los instalamentos pactados*". Sobran los comentarios sobre daños, pérdidas y exigibilidad inmediata de los pagos;

c) El Fondo habla de la capacidad financiera de los promotores, y Marysol Ltda., entrega, para facilitar un posible acuerdo, un anteproyecto de nuevo flujo de caja. Ello acredita la existencia de dos documentos sobre la materia: 1.— El flujo de caja presentado el 24 de mayo de 1974, único aprobado definitivamente por las partes e incorporado al contrato (ver hecho de la demanda); y 2.— El anteproyecto de flujo de caja entregado el 7 de noviembre de 1974, o sea, después de la celebración del convenio, y cuyo texto, por no haberse discutido todavía, ni sustituye al primero, ni hace parte del contrato, ni tiene fuerza normativa, ni obliga en manera alguna. Es, pues, una mera sugerencia no acogida;

d) El Fondo, después de un intercambio de ideas, "*reitera su decisión de iniciar a la mayor brevedad el cumplimiento del contrato y solicita a los promotores substituir con recursos propios las necesidades momentáneas para impedir la suspensión del programa*". Así pues, el Fondo promete una vez más cumplir sus obligaciones y pide a Marysol Ltda., con base en dicha oferta, que continúe sus inversiones, que reemplace con sus propios medios los aportes insolutos del Fondo y que prosiga los trabajos; y

e) Marysol insiste en las consecuencias económicas del aumento de los costos y de "*la necesidad de normalizar la ejecución conjunta del plan*, y el Fondo *manifieste al respecto la conveniencia de mantener el ritmo de las obras y no suspender la ejecución*". Huelgan los comentarios.

Todos los puntos anteriores, seguidos del *incumplimiento* definitivo del contrato, acreditan una vez más la mala fe del Fondo.

"25.— Con base en las reiteradas y antedichas promesas y solicitudes del Fondo, Marysol Ltda., continuó sus inversiones y el desarrollo del proyecto. Pero en vista de que seguía el incumplimiento, su gerente general y sus directivos, en repetidas ocasiones viajaron nuevamente de Barranquilla a Bogotá, y en conversaciones con altos dignatarios del Fondo insistieron, previa exhibición de documentos, sobre el monto crecido de las inversiones ya realizadas y de los compromisos contraídos, sobre el notorio avance de los trabajos y la consiguiente exigibilidad de los instalamentos vencidos, sobre los graves perjuicios ya ocasionados o en vías de ocasionarse por razón de la mora, sobre los riesgos de pérdida total o parcial de las obras ejecutadas, sobre la eventual paralización de las labores, y sobre el posible e inmediato licenciamiento de personal. Y como consecuencia de todo ello, los dirigentes de Marysol Ltda., urgieron, una vez más, el pago de los instalamentos causados e insolutos. Pero no obstante sus legítimas solicitudes, tampoco lograron del Fondo el cumplimiento de sus obligaciones, ni contestación definitiva alguna.

"26.— Frente a esa culpable y reiterada negligencia, a nombre de Marysol Ltda., llevé el problema al conocimiento directo del presidente de la junta directiva del Fondo y vice-ministro de Desarrollo Económico, doctor Diego Moreno Jaramillo. Ese distinguido funcionario, en vista de la grave situación planteada, me invitó a una segunda entrevista en su despacho. Y allí, en presencia de los doctores Moreno Jaramillo, Alfredo Matiz Espinoza, gerente general del Fondo, y Hernando Padilla Moreno, expuse los antecedentes del negocio, aduje el estricto cumplimiento de mis representados y el pertinaz incumplimiento del Fondo, enumeré las inversiones realizadas por Marysol Ltda., invoqué los graves perjuicios pasados, presentes y futuros de mis poderdantes, y solicité la entrega inmediata de los instalamentos vencidos y la cancelación oportuna de los restantes. Y después de un intercambio de ideas, del estudio de los documentos y de las responsables y ponderadas intervenciones del doctor Moreno Jaramillo, se convino que a partir de enero de 1975 se celebrarían nuevas reuniones entre el Gerente del Fondo y el representante de Marysol para efectos de lograr el pago de los instalamentos que ya se debían.

"27.— Pero cuando se esperaban esas conversaciones, el gerente general del Fondo hizo una declaración en "El Espectador" de Bogotá, precedida de conceptos aparentemente emitidos por el reportero sobre unas *supuestas* y "*raras circunstancias*" en la aprobación del crédito. Esas imaginarias y "*raras circunstancias*" que envuelven serias imputaciones de carácter moral y que por ello tenían que producir la inmediata suspensión de las amistosas reuniones proyectadas, pueden sintetizarse así:

a) El Grupo Residencial Marysol solo vino a constituirse legalmente 2 meses después de formular su petición de crédito. Ello es inexacto. Se olvidó, nada menos, que la solicitud no la presentó el Grupo Residencial Marysol Ltda., sino la Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A., que esta última se constituyó judicialmente 30 años atrás, y que la organización del Grupo Residencial Marysol Ltda., se debió en parte a una exigencia del Fondo;

b) Por iniciativa del doctor Jaime Tovar Herrera, gerente del Fondo en la época, se aprobó el crédito en primera instancia 4 días antes de que Marysol Ltda., existiera

como persona jurídica. Otra inexplicable inexactitud. Se olvidó, nuevamente, que la financiación provisional se le otorgó, no a Marysol Ltda., sino a Marysol S. A., y que la última estaba legalmente constituída desde 30 años antes;

c) El 11 de julio se aprueba definitivamente el crédito, el 5 de agosto se protocoliza el contrato, el 6 se nombra el supervisor e inmediatamente principian los cobros. Nuevos desatinos. Se olvidó, lamentablemente, que los 25 días transcurridos entre la aprobación definitiva y la suscripción del acuerdo son un término excesivo para una administración diligente que no puede tener dineros ociosos; que las conveniencias del Fondo aconsejaban y aconsejan el inmediato control de las operaciones y, en consecuencia, la rápida designación del supervisor encargado de tutelar los intereses oficiales; y que la primera cuenta solo vino a pasarse 43 días después de firmado el contrato y 33 días después de vencerse el primer instalamento; y

d) Se respaldó un préstamo de $ 40.000.000.oo con la garantía de terrenos que apenas valen $ 7.819.532.80. Otro error. Se olvidó, lastimosamente, que la hipoteca cubre todas las anexidades, dependencias y mejoras presentes y futuras del lote, vale decir, todos los mayores valores que generen las construcciones programadas y la inversión de los instalamentos y de sus contrapartidas; y que esos factores suben el valor de la garantía a más de $ 90.000.000.oo.

"28.— En informe oficial de 19 de septiembre de 1974, profusamente divulgado, el gerente general del Fondo dice erróneamente a la junta directiva que el contrato adolece de los siguientes "vacíos" imaginarios:

a) Se respalda un crédito de $ 40.000.000.oo con terrenos que apenas valen $ 9.000.000.oo. "*No se estipuló ninguna garantía adicional*". El gerente no conoce al parecer, los artículos 2445 del Código Civil y 15 y 16 del Acuerdo 026 de 1973, ni la parte final de la cláusula tercera del contrato que extiende la hipoteca a todas las anexidades, dependencias y mejoras presentes y futuras de los terrenos, y que, de conformidad esas normas y estipulaciones, eleva el valor de la garantía a más de $ 90.000.000.oo, como se vio en el hecho 10o. de la demanda;

b) El 5 de agosto de 1974, fecha de la escritura de hipoteca, Marysol Ltda., no era propietaria libre del inmueble gravado. Sólo vino a serlo poco después. El gerente olvidó que de acuerdo con los artículos 2434 y 2435 del Código Civil, la escritura es apenas un acto preparatorio de la hipoteca, que esta carece de valor alguno sin el registro, que la fecha real de ese gravamen es la de la inscripción y no la del instrumento original, y que al hacerse dicho registro, Marysol Ltda., sí era propietaria libre de los terrenos. Así, pues, el gerente confundió un acto meramente preparatorio con un acto definitivo;

c) El contrato de supervisión no establece para el Fondo la vigilancia estricta de las obras. Pero el gerente al parecer, no leyó el texto del mencionado contrato. Allí aparece todo lo que se echa de menos;

d) El contrato no estipuló la obligación de los promotores de no variar los plazos y especificaciones de las obras. Pero el gerente olvidó que la cláusula primera del contrato da al Fondo, a través del supervisor todos los poderes jurídicos necesarios para obligar a Marysol Ltda., a desarrollar el proyecto en la forma prevista.

Jamás han existido, pues, aquellos imaginarios "*vacíos*". Con ellos ocurre lo mismo que con las "*raras circunstancias*" o imputaciones hechas en "El Espectador" de Bogotá. Entre aquellos y estas aparece, además, una extraña similitud.

"29.— El informe de 19 de septiembre de 1974 es un documento oficial ampliamente conocido por algunos sectores de la opinión pública. Por ello, precisamente, afectó en extremo la marcha del proyecto, lo mismo que el crédito, los compromisos y las gestiones de mi representada, y ha generado para ella gravísimos perjuicios materiales y morales, como la cancelación de suministros, negocios y operaciones ya perfeccionadas o en curso, lo mismo que la posición y negativa de algunas autoridades. Y no podía ser de otra manera, ya que tan peligrosas, ligeras y despreocupadas afirmaciones aparecen en un documento oficial y provienen, nada menos, que del propio gerente general del Fondo.

"30.— En el citado documento oficial (informe del gerente para la junta directiva) aparecen tres confesiones que demuestran plenamente la mala fe y el ánimo torticero del Fondo, lo mismo que el incumplimiento del contrato y la procedencia de la acción, así:

1.— En la página 11 de dicho informe, el gerente dice que "*uno de los objetivos más importantes*" del Fondo es el de "*contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado*", tal como lo señala el artículo 2o., del Decreto 3118 de 1968; que para lograr ese fin, la junta directiva expidió el Acuerdo 026 de 1973, actualmente en vigencia; y que *dentro del marco de ese Acuerdo "el Fondo ha aprobado en definitiva tres solicitudes", entre las cuales figura la de Marysol Ltda.* Se confiesa, pues, que el contrato se ajusta a los objetivos, a las leyes y a los reglamentos del Fondo;

2.— El cuadro número 2 del mencionado documento oficial se titula así:

"*SOLICITUDES DE CREDITO APROBADAS EN DEFINITIVA POR EL FONDO DENTRO DEL MARCO DEL ACUERDO 026 DE 1973*". Y allí, después de anotarse la celebración del contrato de Marysol Ltda., el gerente reconoce que "*No se ha entregado ningún instalamento*". Se ratifica, así, la juridicidad del contrato y el incumplimiento del Fondo; y

3.— En la página 17 del referido documento, al ocuparse de los imaginarios "vacíos" ya estudiados en esta demanda, el gerente agrega: "Así por ejemplo, *en el caso del crédito asignado al grupo residencial "Marysol", esta administración se ve abocada a la necesidad de girar de inmediato el valor de los dos primeros instalamentos*". Así pues, se vuelve a confesar la existencia de la obligación y el incumplimiento de ella. De allí que esas tres confesiones acrediten plenamente que el Fondo de mucho tiempo atrás, viene reconociendo sus obligaciones y la intrangibilidad del contrato de 5 de agosto de 1974. Pero no obstante las circunstancias apuntadas, expide la declaración administrativa de caducidad y, de esa manera, rompe unilateralmente el convenio y lesiona derechos que había estimado valederos.

"31.— El Fondo, después de ocho meses de violaciones sucesivas del contrato y de cinco instalamentos vencidos e insolutos que suman $ 24.500.000.oo y que han generado la paralización de las obras, produce el curioso informe de 8 de abril de 1975, cuyos inexplicables errores apenas reflejan la inveterada política de negligencias o de maliciosos olvidos que ha venido aplicando en el manejo del convenio. Allí asevera el Fondo, entre otras cosas, voluntarias o involuntarias equivocadas, las siguientes:

a) Que el promotor es el "*Conjunto Residencial Marysol Ltda.*" Inexacto. Esa firma no existe. La gestora es el "Grupo Residencial Marysol Ltda". Ello revela, al menos, descuido y ligereza en la elaboración del informe;

b) Que la otra accionista del "*Conjunto Residencial Marysol*" es "*Lamboglia y de Avila Ltda*". Nueva inexactitud, nuevo descuido y nueva ligereza. Y ahora por partida

doble, ni la primera firma existe, como ya se vio, ni la segunda es socia de la promotora. Lo es "Proyectos del Caribe Ltda.". Dos errores en una sola frase indican negligencia grave;

c) Que Marysol no tiene vigente su inscripción ni dispone de "permiso para construir". Otra inexactitud, otro descuido y otra ligereza. El certificado de venta, impropiamente denominado allí "permiso para construir", solo se debe obtener, como su verdadero nombre lo indica, cuando haya de procederse a las ventas. Y como el incumplimiento del Fondo impidió la iniciación de tales obras, no hubo nada que vender ni permisos de venta que conseguir. Pero lo más grave es que el Fondo, único responsable de esa situación, reclame contra ella y alegue su propia culpa en su propio beneficio, no obstante la manifiesta ilicitud de esa postura. "Nemo Auditur propiam turpitudinem allegans";

d) Que en opinión de dos profesionales y del INPES, no es recomendable el proyecto por motivos de contaminación. Más inexactitudes, descuidos y ligerezas. La ubicación del lote en medio de barrios residenciales y en las inmediaciones de los mejores hoteles y centros sociales, y de clínicas, hospitales y sala-cunas, lo mismo que sus grandes distancias de las fábricas generadoras de contaminación y que la dirección que siguen las brisas, son factores que destruyen las precipitadas aseveraciones del Fondo, máxime si se considera la carta de 2 de mayo de 1975, suscrita por el Jefe de Saneamiento Ambiental;

e) Que no se han ejecutado ni las obras de infraestructura (alcantarillado, acueducto, etc.) ni las de urbanismo. Nuevos descuidos y ligerezas. De acuerdo con los planos del proyecto, con los programas de trabajo y con el proceso técnico y lógico de construcción, documentos aprobados por el Fondo y plenamente obligatorios para éste, el orden establecido para el desarrollo de las obras preliminares es así: 1.— Demolición de los edificios existentes; 2.— Limpieza y nivelación; 3.— Trazado y replanteo; 4.— Movimiento de tierras y compactación; y 5.— Construcción o adaptación y dotación de campamentos y oficinas, etc. Y de conformidad con esos mismos documentos obligatorios, la realización de las obras de urbanismo, cuya ejecución total es de 12 meses, sólo es posible al concluir las 5 etapas preliminares ya enumeradas. Pero como el incumplimiento del Fondo determinó la paralización de los trabajos en esos precisos momentos, las objeciones comentadas conllevan la alegación de la propia culpa en provecho del responsable, o la maliciosa pretensión de ignorar, nada menos, que los documentos básicos del proyecto y que el orden rigurosamente preestablecido de las labores. Y todo ello acredita el olvido de obligaciones fundamentales. De allí que esas reclamaciones de última hora se vuelvan, precisamente, contra el Fondo;

f) Que en el replanteo solo se ha determinado un punto, inexacto. Todos se fijaron. Así lo demuestra el informe del supervisor y así se comprobará plenamente en el juicio;

g) Que no se han construido los campamentos. Nueva inexactitud. Oportunamente se demostrará;

h) Que el lote se halla ubicado *"en el corazón de la zona industrial"* y rodeado de fábricas contaminadoras como Monómeros Colombo-Venezolanos, Cementos del Caribe, Quintal, Celanese y a 1.600 metros de Peldar. Esas distancias evitan la contaminación, máxime si se considera la dirección del viento. De allí que las afirmaciones comentadas sean manifiestamente erróneas;

i) Que a la fecha del informe —8 de abril de 1975—, las inversiones de Marysol Ltda., llegan a $ 10.325.392.77. Ese es un error. De allí que el propio supervisor del Fondo, en su informe 001 de 25 de septiembre de 1974 haya registrado hasta esa fecha una

inversión de $ 13.669.000.oo, incluyendo los terrenos, y en su carta de 24 de octubre del mismo año haya comprobado, hasta ese momento, una inversión de 16.821.290.82. Esos datos oficiales, verificados en los libros y en el terreno a medida que avanzaban los trabajos, demuestran el error de los cálculos glosados, y dejan sin piso alguno las despreocupadas afirmaciones de unos comisionados que sin previo examen de la contabilidad y de las obras, y en dos días de viajes y de rápidas conversaciones, improvisan estudios técnicos y económicos ayunos de toda seriedad.

De allí que el informe de 8 de abril de 1975 sea un reflejo exacto de la negligencia grave y de las responsabilidades del Fondo en el manejo y desarrollo del contrato.

"32.— El supervisor del Fondo, en cumplimiento de sus deberes, produjo los siguientes documentos oficiales que acreditan parcialmente las inversiones y gastos realizados por Marysol Ltda. lo mismo que el avance satisfactorio de las obras y que la exigibilidad de los primeros instalamentos pactados:

a) Informe 001 de 25 de septiembre de 1974, dirigido al Fondo, en el cual le detalla el proceso de ejecución de los trabajos y le comunica que las inversiones y gastos de Marysol Ltda., llegan a $ 3.669.000.oo, excluyendo el valor de los terrenos, y a $ 13.669.000.oo, incluyendo ese mismo valor. Ello demuestra que superó, en mucho por cierto, los $ 2.000.000.oo que, de acuerdo con el flujo de caja de 24 de mayo de 1974, se obligó a aportar en el primer trimestre; que el adelanto de las obras era plenamente satisfactorio; que Marysol Ltda., ya había cumplido sus obligaciones exigibles; y que, por lo tanto, debía pagarse, al menos, el primer instalamento de $ 3.500.000.oo, tal como allí mismo lo solicita el propio supervisor;

b) Carta de 24 de octubre de 1974, dirigida a mi representada y con copia para el Fondo, en la cual registra el avance favorable de las obras y el hecho de que las inversiones y gastos de Marysol Ltda., suben hasta ese momento, a $ 16.821.290.82. Ello acredita que esa compañía había cumplido, mucho antes de vencerse el primer trimestre, las condiciones para entregar los $ 10.500.000.oo de los instalamentos iniciales, o, por lo menos, los $ 8.000.000.oo señalados en el flujo de caja como aporte mínimo del Fondo en dicho lapso.

Como a las sumas comprobadas por el Supervisor hay que agregarles las inversiones, gastos, compromisos e intereses causados y pagados con posterioridad al 24 de octubre de 1974, los aportes de mi representada a la ejecución del proyecto superan, hasta la presentación de esta demanda, los $ 20.000.000.oo. Y así a todo ello se le adiciona, como es preciso hacerlo, el porcentaje de la desvalorización de la moneda en el período que va desde agosto de 1974 hasta la fecha, el último guarismo llega, a sus niveles actuales, a más de $ 25.000.000.oo como se comprobará en el proceso.

"33.— Marysol Ltda., cumplió, en consecuencia, todas sus obligaciones exigibles, en tanto que el Fondo incumplió todas las suyas e incurrió en las responsabilidades consiguientes. Debe anotarse, por otra parte, que mi representada se comprometió, igualmente, a cancelar el crédito en 20 meses, a pagar intereses anuales del 16%. a vender los apartamentos a $ 145.231.91, a preferir a los afiliados del Fondo en tales ventas, a hacer la tradición de las viviendas y a asegurarlas contra riesgos de incendio. Pero como esas obligaciones futuras nunca se hicieron exigibles en razón del incumplimiento del Fondo, jamás hubo crédito alguno que cancelar, ni intereses que pagar, ni apartamentos que vender, ni preferencias que otorgar, ni tradiciones que hacer, ni viviendas que asegurar, como es apenas obvio.

"34.— En vista del reiterado y permanente incumplimiento del Fondo, de su desdén frente al derecho y de los graves daños ocasionados o en gestación, Marysol Ltda., en

demanda presentada en el Consejo de Estado el 14 de noviembre de 1975 y admitida el 20 de los mismos mes y año, pidió las declaraciones de incumplimiento y de resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

"35.— Dos meses después de la admisión y notificación de la demanda, el gerente general del Fondo, por Resolución 0018 de 30 de enero de 1976, declaró la caducidad administrativa del contrato sin la previa autorización de su junta directiva. Recurrida en reposición, esa providencia fue confirmada por Resolución 0063 de 25 de marzo de 1976, expedida por ese mismo funcionario. Quedó así agotada la vía gubernativa.

Estos actos se fundan en las siguientes afirmaciones abiertamente contrarias a los hechos y al derecho: Que Marysol Ltda., debía garantizar la ejecución de algunas obras por su cuenta y riesgo; que no ha cumplido las previsiones del flujo de caja ni la obligación de realizar, con recursos propios, ciertas inversiones y trabajos; que no ha acreditado que la hipoteca del Fondo sea la única constituída sobre los terrenos del proyecto; que no ha otorgado algunas pólizas; que no ha demostrado la autorización de la Superintendencia Bancaria para la iniciación de las obras; que el Decreto 1670 de 1975 es aplicable a contratos perfeccionados con un año largo de anticipación; y que un acto administrativo rige sin entrar en vigencia.

Se produjo así la declaración de caducidad, la ruptura unilateral y abusiva del contrato y la violación de los derechos, conocidos a la sociedad actora.

"36.— Como consecuencia de las arbitrarias resoluciones acusadas y de los fundamentos de hecho y de derecho que se invocan en este libelo, el Fondo ha causado a Marysol Ltda., hasta la fecha de presentación de la demanda, entre otros, los siguientes daños y perjuicios:

1.	Pérdida de los estudios de prefactibilidad ..... $	400.000.oo
2.	Pérdida de los estudios de factibilidad (planos arquitectónicos, urbanísticos, de construcción y de propiedad horizontal, investigaciones de suelos y de mercado de vivienda, catálogos de construcción, estudios jurídicos, económicos, técnicos, sanitarios, financieros, etc.	4.369.369.87
3.	Pérdida de los gastos generales de administración, ejecución de las obras, etc.	2.832.547.04
4.	Pérdida de los intereses de la inversión hasta hoy	7.672.954.71
5.	Pérdida de las cuatro residencias demolidas.	3.200.000.oo
6.	Pérdida de los arrendamientos de esos inmuebles	736.000.oo
7.	Pérdida de otras inversiones menores	993.000.oo
8.	Beneficios no percibidos por la ejecución del proyecto y el incumplimiento del Fondo (10% de la inversión)	12.400.000.oo
9.	Honorarios no percibidos en la construcción directa de las obras	4.061.048.oo
10.	Honorarios no percibidos en la venta directa de los apartamentos	2.775.300.oo
11.	Perjuicios morales	500.000.oo
12.	Devaluación de la moneda aplicada a las inversiones	6.290.000.oo
	Total de daños y perjuicios ..... $	46.230.219.62

A las cifras anteriores deben agregárseles las correspondientes a los perjuicios que las resoluciones enjuiciadas le sigan generando a la sociedad actora desde la presentación de esta demanda hasta la expedición de la sentencia, incluyendo los respectivos intereses bancarios y los daños provenientes de la devaluación de la moneda y del aumento del costo de la vida" (folios 21-30).

El concepto de la violación lo desarrolla esta demanda en torno a los artículos 16, 30 y 45 de la Constitución Nacional; los artículos 63, 65, 1551, 1602, 1603, 1609, 1604, 1605, 1608, 1614, 1615, 1616, 2363 2409, 2432, 2445, 2457 y 2683 del Código Civil; 1113 y 2036 del Código de Comercio; 254 del Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941); 1o, 49, 67, 203, y 204 de los decretos 1670 de 1975 y 150 de 1976; 32 del Decreto 3130 de 1968; 2o, ordinal c), del Decreto 3118 de 1968; 1o y 5o, de la Ley 66 de 1968; 1o, 3o, 9o, 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959; y 9o, 13, 14, 15, 20, 21, 22, 23, 32 y 34 del Acuerdo 026 de 1973, dictado por el Fondo, y las Resoluciones 2086 y 2092 de 1960, de la Contraloría General de la República, (folios 29v.-30).

Advierte que los Decretos 1670 de 1975 y 150 de 1976 no pueden aplicarse al contrato en cuestión, como lo hacen los actos acusados, por ser dichas normas posteriores al contrato y además por estar este excluído de dichos estatutos.

Hace luego un detenido análisis de la ilegalidad de cada uno de los considerandos de la resolución de caducidad para destacar la ilegalidad de dicho acto.

Las alegaciones:

La parte demandada sostuvo en su alegato de conclusión:

OBJETO DEL PROCESO No. 1903

Como atrás se indicó el proceso contenido en el expediente 1903, tiene por objeto buscar la Resolución Judicial del Contrato de 5 de agosto de 1974, contenido en la escritura pública No. 3590 de la Notaría Décima de Bogotá, con la consecuencial condena a indemnizar los perjuicios.

Pero ocurre que el contrato administrativo y el que aquí se discute tiene tal naturaleza conforme a auto de 23 de enero de 1976, puede terminar o desaparecer su existencia, por dos vías: a) Porque se declare la caducidad administrativa; y b) Porque judicialmente así se reconozca o declare resuelto.

Ocurrido lo uno, será imposible hacer lo otro. Por consiguiente el contrato contenido en escritura pública No. 3590 del 5 de agosto de 1974 de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá, se encuentra legalmente terminado al dictarse la Resolución No. 0018 de 30 de enero de 1976, confirmada por la No. 0063 de 25 de marzo del mismo año.

En síntesis como hoy no subsiste contrato para resolver, el Honorable Consejo así lo manifestará expresamente y se INHIBIRA para desatar el fondo de la cuestión planteada por la demandante. En otros términos, no existe o no está presente el objeto jurídico a que se refiere la demanda, que es igual a decir que nos encontramos ante un caso de "sustracción de materia". No puede declararse terminado, en virtud del fenómeno de la resolución judicial, sino a los contratos existentes. Hay que partir de ese supuesto indispensable de cual es la vigencia del contrato. Como en el *sub-lite* no aparece por ninguna parte el contrato, antes bien está demostrado que este TERMINO mediante el fenómeno de caducidad administrativa, mal puede hoy el Consejo pronunciarse en el fondo de la demanda. De lo contratio, se correría el riesgo de llegar a hacer una declaración antagónica con la realidad; bien pudiera negarse la resolución

demandada, por no haberse demostrado los presupuestos para ello, contrariando la realidad de la existencia del contrato desde cuando se declaró terminado en virtud de la caducidad administrativa.

No se había declarado, con antelación, la caducidad administrativa del contrato por cuanto se tenía la duda fundada de que se trataba de un contrato privado celebrado por la Administración, cuyo juzgamiento correspondía a la justicia ordinaria.

Por lo anterior considero innecesario insistir en que la demanda que originó el expediente 1903, debe ser fallada con sentencia inhibitoria. Para el evento de que el Honorable Consejo resuelva fallar en el fondo, la sentencia deberá negar las pretensiones de la demanda por cuanto la acción de resolución de todo contrato bilateral solamente la tiene quien demuestre haber cumplido todas sus obligaciones o haberse allanado a su cumplimiento. Bien demostrado está que la demandante incumplió varias de sus obligaciones, sin justificación para ello. De tal suerte que conforme al mandato del artículo 1546 del Código Civil, las pretensiones deben ser negadas. Recuérdese que se ha propuesto la excepción de contrato no cumplido conforme al artículo 1609 del Código Civil, disposición que tiene aplicación en este caso.

EXPEDIENTE No. 2098

Generó este proceso la demanda interpuesta para buscar las nulidades de las Resoluciones 0018 de 30 de enero de 1976 y 0063 de 25 de marzo del mismo año.

Basta con leer los considerandos de la Resolución No. 0018 y darle un vistazo al expediente, para concluir que los hechos invocados como causales de caducidad administrativa del contrato, no han sido desvirtuados por el Grupo Residencial Marysol Ltda.

En efecto, ninguno de los considerandos ha sido desvirtuado por los medios probatorios que se allegaron al expediente. Así, antes por el contrario la demandante no cumplió con la obligación de mantener el flujo de caja en las condiciones previstas en la escritura 3590 de 5 de agosto de 1974. En otros términos no ejecutó con recursos propios las obras e inversiones señaladas en la correspondiente escritura pública. Así se estableció mediante inspección verificada por funcionarios del Fondo, que hasta ahora constan en documentos obrantes en autos sin que hayan sido desvirtuados.

Igualmente y a pesar de los varios requerimientos que el Fondo Nacional de Ahorro le hizo a Marysol Ltda., esta no allegó certificado, debidamente autorizado, expedido por el registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla para establecer la situación jurídica del inmueble.

Antes bien, para el 17 de junio de 1974, aparecían cinco (5) gravámenes hipotecarios sobre el inmueble que serviría de garantía al Fondo. Uno de los varios requerimientos al efecto lo constituye el Oficio No. 12403 de 30 de julio de 1975 en tal sentido.

Obligación contractual y legal, por parte de Marysol Ltda., lo constituía la necesidad de presentar pólizas de garantía, y así se requirió en Oficio No. 16427 de 2 de octubre de 1975, sin que se hubiera obtenido resultado positivo.

Marysol Ltda., no cumplió con los preceptos de la Ley 66 de 1968, para emprender negocios de urbanización, construcción de conjuntos habitacionales y promoción y venta de los mismos, o al menos no los presentó ante el Fondo Nacional de Ahorro, a pesar de así habérselo solicitado mediante Oficio 12403 de 30 de julio de 1975.

También es un hecho que a nadie escapa, la circunstancia de que el Fondo Nacional de Ahorro no podía quedar indefinidamente atado por el contrato celebrado con la demandante, pues el persistir con unos dineros inmovilizados le acarrearía innumerables perjuicios.

La conducta del Fondo Nacional de Ahorro fue en extremo prudente pues esperó largo tiempo tratando de que su cocontratante cumpliera con las obligaciones convenidas para proceder a la entrega de los instalamentos. Sin embargo al observar las reiteradas y acumuladas omisiones en el cumplimiento de las obligaciones de Marysol Ltda., no tuvo otra alternativa sino cumplir con la obligación legal de declarar la caducidad administrativa del contrato. Si no lo había hecho con anterioridad, era porque existía duda sobre la naturaleza jurídica del contrato, pero definida esta por el Consejo de Estado, en providencia del 23 de enero de 1976, se tenía la obligación jurídica de hacer dicha declaración de caducidad toda vez que no se trata de una facultad o poder sino de un típico deber u obligación, como reiteradamente lo ha dicho el Consejo de Estado.

Recuérdese que actos administrativos como los que aquí está demandando Marysol Ltda., gozan de la presunción de legalidad o se mantendrán hasta tanto no se desvirtúen las circunstancias consignadas en sus considerandos. Y en este proceso antes que desvirtuar los considerandos de los actos administrativos atacados, fueron verificados y ratificados por los diversos medios probatorios. Por consiguiente, no podrá tampoco accederse a las pretensiones consignadas en la demanda a que se refiere el expediente 2098.

Las costas en ambos expedientes, serán de cargo de la parte demandante" (folios 92v.—94 expediente 1903).

La parte actora, a su vez, planteó:

"Legalizado el contrato y ajustándose a sus cláusulas y al Acuerdo 26 de 1973, Marysol montó campamentos, oficinas y equipos; hizo la demolición, limpieza, descapote, movimiento de tierras, nivelación, retiro de materiales, replanteo, trazado, retícula topográfica y demás obras preliminares de urbanismo y construcción; y realizó todos los trabajos enunciados en los 23 ordinales del hecho 13 de la demanda, como lo acreditan el informe 001 del supervisor, su carta de octubre de 74, la inspección judicial y los correspondientes experticios. Pero no obstante su cumplimiento y sus cuantiosas inversiones ($ 16.821.290.82), Marysol tuvo que seguir toda esa larga cadena de justas reclamaciones enumeradas en los hechos 17, 18, 19, 10, 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de la demanda. Pero el Fondo guardó un inexplicable y absoluto silencio ante esas 10 apremiantes solicitudes de pago, destinadas a obtener el cumplimiento del convenio y a evitar mayores costos, nuevos daños, la pérdida de las obras ejecutadas, la paralización de los trabajos y el fracaso del programa. Y así, el Fondo desdeñó el contrato, ratificó su incumplimiento, aumentó los daños y fue 10 veces sordo frente a la ley, frente a los perjuicios ocasionados y frente al descalabro definitivo de un proyecto destinado a satisfacer las necesidades de sus propios afiliados" (folio 95v).

"Segundo Proceso:

"7. Estipula la cláusula 19 del convenio: "*El Fondo podrá declarar la caducidad administrativa del presente contrato por las causales previstas en el artículo 254*" del Código Contencioso Administrativo y, además, por no ejecutarse el plan "*de acuerdo con el flujo de caja*", por no terminarlo oportunamente, o por vender las viviendas de precios superiores a los acordados. Así, pues, sólo por esos motivos podía decretarse la caducidad, tal como lo dice el contrato y la legislación preexistente. De allí que el

Fondo, al declararla, no con apoyo en las causales prefijadas en la cláusula 19 y en el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, sino *"con base en lo estatuído en el Decreto 1670 de 1975"* esto es, en normas posteriores y en motivos no previstos en el convenio, haya violado flagrantemente la mencionada estipulación 19 y todas las disposiciones constitucionales y legales ya analizadas.

Pero lo más llamativo de todo este proceso es, Honorables Consejeros, la pretensión de desplazar el flujo de caja del contrato con un documento ajeno a la celebración de ese mismo contrato. Veamos el uno y el otro:

7.1 *Flujo de caja del contrato.*— Dice el acuerdo 26 de 1973, artículos 20, 21, 22, 23 y 14, que en las solicitudes de crédito hay dos instancias; que en la primera hay una *"aceptación en principio"* del plan y su flujo de caja; que en la segunda hay una *"aprobación definitiva"* del plan y su flujo de caja; que *"Aprobados el plan y el acta"*, esto es, dada la *"aprobación definitiva"* el programa y su flujo de caja, se legaliza el contrato; y que para ello, los instalamentos se calcularán de acuerdo *"con el flujo de caja previamente aprobado por el Fondo"*, o sea, con el flujo de caja que a la fecha del contrato ya tenía la *aprobación definitiva* o de última instancia. Así, pues, ese documento ha de ser, necesariamente previo y definitivo.

Y así lo es: El 20 de diciembre de 73 (Acta 150) se aprobaron en primera instancia el crédito y su flujo de caja; el 11 de julio de 74 (Acta 169) se le dio *"aprobación definitiva"* o de última instancia al plan y a su flujo de caja; y el 5 de agosto de 74 se celebró el contrato y en sus cláusulas 1a. y 19 se fijaron todos y cada uno de los intalamentos y se estableció, como motivo de caducidad, la inobservancia del flujo de caja existente, es decir, del que ya tenía la *"aprobación definitiva"* y había sido *"previamente aprobado por el Fondo"*. Sobre ello, el Acuerdo 26 y la cláusula 19 no dan oportunidad a equívocos.

El flujo de caja del contrato, presentado el 24 de mayo de 1974 y previa y definitivamente aprobado por el Fondo el 11 de julio de ese año, se divide en siete trimestres. El primero de ellos empezó a correr (acuerdo 26, artículo 23, numeral 8) el 5 de agosto de 1974, terminó el 5 de noviembre siguiente. En dicho lapso, el Fondo no entregó centavo alguno y Marysol, en cambio, cumplió la totalidad de sus compromisos. Así lo demuestra la simple comparación de los aportes programados para ese período del flujo de caja con las inversiones realizadas en él por mi patrocinada. Ello es tan evidente que ni siquiera el Fondo ha podido negarlo. Todo eso demuestra, hasta la saciedad, que los actos enjuiciados violan groseramente la cláusula 19 del contrato y los artículos 14, 20, 21, 22 y 23 del Acuerdo 26 de 1973.

7.2. *Un documento ajeno al contrato.*— El 5 de noviembre de 74 venció el primer trimestre del flujo de caja. Y para esa fecha, ya Marysol había ejecutado las respectivas obras, realizando inversiones por $ 16.821.290.82 y adelantando las justas y numerosas gestiones de que hablan los hechos 17 a 26 de la demanda, a saber: Cuentas, cobros, informes, telegramas, cartas, viajes, entrevistas, etc. Pero el Fondo nada había pagado ni contestado. Fue así, como después de tantos requerimientos inútiles, el 7 de noviembre de 74, es decir, cuando ya estaba en curso el segundo trimestre, se pudo celebrar la reunión a que se refiere la carta de esa misma fecha. En ella, el Fondo habla de la continuación de las obras, de la capacidad financiera de los promotores, del propósito de cumplir el contrato y *pide a mi patrocinada que atienda con sus propios recursos las necesidades del proyecto.* Y Marysol por su parte, se refiere a los instalamentos insolutos, a los perjuicios recibidos, a la destrucción de las obras, al aumento de costos, a la ejecución conjunta del programa y a la conveniencia de mantenerlo. Y en busca de soluciones, Marysol bosqueja un anteproyecto de nuevo flujo de caja para que el Fondo lo considerara, discutiera y aprobara, si fuere el caso, y para que se procediera a la consiguiente modificación del contrato. Pero como ni siquiera se le estudió, como no

tuvo "*aprobación definitiva*" ni de ninguna otra clase, como no fue "*previamente aprobado por el Fondo*" y como no se le sometió a los trámites del Acuerdo 26 de 1973, aquel documento no vino a ser más que una tentativa frustrada y sin consecuencias jurídicas.

Ese documento tiene, pues, estas características: Es un mero anteproyecto; no ha sido considerado ni discutido ni aceptado; carece de "*aprobación definitiva*"; no fue *previamente aprobado por el Fondo;* no existía a la fecha del contrato; es ajeno a su estructura jurídica y económica; es tres meses posterior al convenio convertiría los siete trimestres iniciales en nueve trimestres; aumentaría dichos períodos en seis meses; modificaría los instalamentos, el tiempo de la hipoteca, los plazos, riesgos, costos, precios de venta, los honorarios del supervisor, la cláusula de caducidad, y en una palabra, casi todas las bases económicas y jurídicas del convenio; crearía la necesidad de un nuevo contrato y de un nuevo registro; y acredita los sanos propósitos de Marysol de continuar las obras.

Ese documento no fue acogido por el Fondo, ni siquiera fue considerado. De allí que sea totalmente ajeno al contrato y a la cláusula de caducidad. Carece de efectos jurídicos.

Pero, en gracia de discusión, supongamos lo contrario y apliquemos el famoso anteproyecto. Aún en esa hipótesis, Marysol habría cumplido las supuestas exigencias del imaginario flujo de caja, tal como se desprende de los informes del propio supervisor del Fondo y del experticio de los contadores.

Honorables Consejeros: A pesar de que cualquiera de las acusaciones anteriores es más que suficiente, por sí sola, para que se acceda a las súplicas de la demanda, con la venia de ustedes he de insistir en el análisis de este curioso fenómeno de temeridad y de olímpico desdén frente al derecho.

8. La 1a. resolución acusada, 2o. considerando, dice que el Fondo estableció que Marysol debía "garantizar" la ejecución por su cuenta y riesgo de las obras de interés general y de las exigidas por Planeación Municipal (oficio 115319 de 21 de diciembre de 1973). Pero sucede que ello se cumplió a cabalidad, porque en la cláusula 4a. del contrato se estipuló que la hipoteca "*garantiza todas y cada una de las obligaciones*" de Marysol y, obviamente, la de ejecutar dichas obras por su cuenta y riesgo; porque esa locución tiene alcances absolutos; y porque ello se ajusta al Acuerdo 26 de 73, artículo 13, que señala como garantía de esas obligaciones, "*La hipoteca abierta en primer grado sobre los mismos terrenos*" del proyecto. El Fondo desconoció, pues, la clásusula y norma citadas. Por lo demás es evidente que aquel supuesto incumplimiento, de ser cierto, no estaría prefijado como motivo de caducidad.

9. La resolución agrega que según la cláusula 1a. del contrato, Marysol, para obtener el pago de los instalamentos "*cuya cuantía determinará el Fondo*", tenía que cumplir las previsiones del flujo de caja que al Fondo "*debería someter*" a consideración y aprobación (Acuerdo 26 de 73, artículos 21 y 22). Se sugiere nada menos, que los instalamentos no estaban determinados y que su pago dependía de la observancia de un futuro y supuesto flujo de caja que Marysol, después del contrato "*debería someter*" a la aprobación del Fondo. Y todo ello a pesar de que los instalamentos, determinados en su cuantía, en su número y en sus fechas, figuran en la propia cláusula 1a., a pesar de que el flujo de caja, desde antes del contrato, ya existía con su debida "*aprobación definitiva*" o de su segunda y última instancia, esto es, *previamente aprobado por el Fondo;* a pesar de que el Acuerdo 26, artículos 14, 20, 21, 22 y 23, como se vio, establece que el flujo de caja ha de ser previo y no posterior al contrato; y a pesar de que todo ello salta a la vista y golpea los sentidos. De allí que el Fondo haya desconocido la cláusula que invocó el flujo de caja que aprobó y el reglamento que adujo. (Ver la iniciación de este alegato y sus puntos 7, 7.1 y 7.2).

10. Agrega la resolución que de acuerdo con el flujo de caja presentado por Marysol, esta debía ejecutar con sus propios recursos, en el período 0, obras e inversiones que no ha realizado. Pero ocurre que en el flujo de caja del contrato, es decir, en el que fue *"previamente aprobado por el Fondo"* con *aprobación definitiva* no aparece, ni remotamente, el periodo 0, ni lo que en él debía hacerse. Ello solo figura en el famoso anteproyecto de nuevo flujo de caja que fue presentado tres meses después de celebrarse el convenio, que jamás fue considerado, ni discutido, ni aprobado por el Fondo, y que por ello es completamente ajeno al contrato y carece de efectos jurídicos, como se vio en los puntos 7.1 y 7.2 de este alegato. Por lo demás, las inversiones de Marysol en los tres primeros meses ($ 16.821.290.82, oficio del supervisor) demuestran, hasta el cansancio, que ella superó la cifra de que se habla en el período 0. Así, pues, cualesquiera que sean los supuestos que se forjen, es obvio que Marysol cumplió todas y cada una de sus obligaciones reales o imaginadas y que la argumentación del Fondo carece, en absoluto, de seriedad y de fundamento.

11. Allí mismo se afirma, con base en el frustrado anteproyecto, que Marysol no ejecutó las obras de interés general (urbanismo, zonas verdes, recreativas y comerciales). Otro error grosero. Si en el imaginario flujo de caja de 7 de noviembre de 1974 aparece que las obras de urbanismo habrían de ejecutarse en cuatro trimestres, no se puede pretender, en manera alguna, que Marysol las hubiese realizado en un solo trimestre. Además, hasta para los neófitos es evidente que los jardines, parques y zonas verdes y recreativas solo debían construirse cuando el proyecto general hubiese avanzado hasta sus etapas finales o semifinales, ya que, de lo contrario, los trabajos en el terreno (demolición, nivelación, movimiento de tierras, de empleados y de trabajadores, operación de grúas, buldózeres, traíllas, motoniveladoras y de otros equipos, transporte y arrume de materiales, preparación de mezclas, etc.), arruinarían los jardines y zonas verdes y recreativas que se hubiesen hecho desde la iniciación del programa. De allí que los argumentos del Fondo sean verdaderamente fútiles y pintorescos, por decir lo menos.

12. Se añade que Marysol no ha demostrado las inversiones del período 0. Vuelve la cantinela y vuelvo a repetir que ese período jamás ha existido y en el supuesto de que sí hubiese existido, las inversiones de Marysol en el primer trimestre superarían las que el Fondo echa de menos con tanta ligereza y despreocupación.

13. Se agrega que Marysol no allegó el certificado de libertad del lote hipotecado, pero el Fondo olvidó, nada menos, que desde el 17 de septiembre de 1974 lo tenía en su poder, como se acreditó en el proceso. Además, el hecho imputado, aunque hubiese sido cierto, no sería causal de caducidad. No aparece prefijado como tal. De allí la inocuidad del argumento.

14. Se afirma, además, que Marysol no constituyó las garantías de que hablan los Decretos 3130 de 68, artículo 32, y 1670 de 75, artículos 51 y 158, y la cláusula 14 del contrato. La supuesta omisión, de haber existido, no sería motivo de caducidad. Y ello libera de consideraciones adicionales. Pero no sobra recordar que la hipoteca es una garantía y, por cierto, la más eficaz; que el Acuerdo 26 de 73, artículo 13, establece que en estos casos la *"garantía será la hipoteca abierta en primer grado sobre los mismos terrenos"* del proyecto; que la cláusula 4a. estipula que la hipoteca así constituída *"garantiza todas y cada una de las obligaciones"* de Marysol; y que ese es un régimen especial para un asunto especial. Tampoco sobra recordar que el seguro de incendio previsto en la cláusula 14 se refiere, obviamente, a las construcciones que hacen y continuarán haciendo parte del inmueble hipotecado, pero no a las que sea preciso demoler para realizar el proyecto, esto es, el objeto propio del contrato. Ello es de evidencia absoluta. Sería un despropósito asegurar lo que se va a destruir inmediatamente. Y como la finalidad del programa era, precisamente, la de construir nuevos y

modernos edificios en el terreno hipotecado, inclusive en los sitios en donde estaban unas muy pocas y antiguas casas que era necesario demoler para realizar el proyecto; es evidente que el seguro de tales casas carecía, en absoluto, de sentido y de objeto lícito. De allí la puerilidad de los argumentos del Fondo, y la flagrante violación de la cláusula que invoca.

15. Se agrega que Marysol no acreditó que la Superintendencia Bancaria la hubiese autorizado para iniciar las obras (Ley 66 de 68). Es obvio que si ello fuera exacto, no sería motivo de caducidad. Sin embargo, conviene aclarar que dicha autorización, como se demuestra en la demanda, solo la otorgan las dependencias municipales; que ella fue concedida por resoluciones 24, 45 y 71 de 1974 y la licencia de construcción 616; que el permiso de la Superintendencia no es para iniciar las obras sino para hacer las ventas; y que las ventas ni siquiera llegaron a programarse en razón de que el Fondo, desde un principio, incumplió el contrato, mató el proyecto y eliminó todas las posibilidades de ventas, y de nuevas licencias, autorizaciones y permisos. De allí que el Fondo haya alegado su propia culpa en su propio beneficio. Debe anotarse, además, que Marysol demostró su inscripción en la Superintendencia y que todas las interpretaciones anteriores están respaldadas en el proceso con la propia certificación de ese organismo" (folios 97-100).

El Concepto Fiscal:

La señora Fiscal Segunda de la Corporación pide en su estudio de fondo que se absuelva a la entidad demandada. Advierte que se trata de un contrato administrativo, no sujeto a revisión previa por la Sala de Consulta del Consejo de Estado; sostiene que el contrato celebrado es de mutuo y como tal unilateral, no susceptible de la acción resolutoria. Y agrega:

"... El error en que se ha incurrido en el presente caso, ha consistido en creer que las condiciones previas al contrato, fueron obligaciones propias y principales del mutuo. De ahí que el actor haya tratado de demostrar durante el trámite del proceso "su cumplimiento" cuando físicamente le era imposible haber cumplido con su obligación cual era la devolución del dinero dado en préstamo pues el contrato no llegó a perfeccionarse..." (folio 114 expediente 1903).

"... Y en el expediente No. 2098 en donde se demandó la nulidad de la Resolución No. 0018 de enero 30 de 1976 y 0063 de marzo 25 de 1976, que decretó la caducidad de la acción y que resolvió el recurso de reposición, se observa:

El material probatorio presentado por la firma Grupo Residencial Marysol Ltda., es abundante y con él se ha querido demostrar que se dio iniciación a las obligaciones contractuales. Con lo que se ha venido analizando antes y guardando el mismo razonamiento, debe entenderse que lo que se ha querido probar es que la Actora se allanó a cumplir todas las condiciones pactadas o exigidas durante el trámite de la negociación con el propósito de obtener el dinero del préstamo. Por su parte el Fondo en la parte motiva de la Resolución que decretó la caducidad, parte de la base que no se cumplieron esas condiciones...".

"...Debe destacarse que las partes convinieron en que los instalamentos solo se entregarían una vez que se dieran algunos requisitos que fueron exigidos o convenidos. Ejemplo de ello es el Oficio No. *115319* de diciembre 21 de 73 (prueba 9 cuaderno 2 anexo), en donde se comienzan a señalar a la Sociedad solicitante del préstamo ciertos requisitos que debe cumplir. A través de toda la negociación nos encontramos con oficios de esta clase. Con posterioridad a la firma del contrato, el Fondo continuó exigiendo a Marysol el lleno de los requisitos que desde un comienzo ha debido cumplir...".

"...Aún después de suscribir el contrato de mutuo el 5 de agosto de 1974, el Fondo continuó solicitando al Grupo Residencial Marysol la presentación de algunos documentos y requisitos —oficio 12403 de julio 30 de 1975, folio 10 cuaderno 3—. Se insiste en esta oportunidad, en la demostración de la ejecución de las obras de interés general, de urbanismo, zonas verdes, zonas de recreación, zonas comerciales, etc. Se solicita también que se demuestre la ejecución de las inversiones propuestas en el flujo de caja presentado.

Vuelve y se insiste en que el Grupo Residencial Marysol debe acreditar la no existencia de gravámenes o limitaciones a la garantía real hipotecaria constituída a favor del Fondo para respaldar el préstamo. También exige el Fondo las escrituras de transferencia de dominio que a favor del Grupo Residencial Marysol hizo la Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A., etc. etc.

Todo esto nos está indicando que al menos para la fecha de esta última solicitud, julio 30 de 1975, la Sociedad no había presentado al Fondo prueba satisfactoria de los hechos allí señalados, ni los documentos que se echan de menos.

Para la fecha en que se dictó la Resolución de caducidad —enero 30 de 1976— el Fondo afirma que la Sociedad no había cumplido con todas las exigencias antes anotadas...".

"...Debe advertirse que en el expediente aparece por ejemplo el certificado de libertad del inmueble, expedido por el señor registrador de Instrumentos Públicos, en el cual consta que para el 13 de septiembre se encontraba libre, es decir, no lo afectaban las hipotecas que pesaban sobre él. No aparece sin embargo la prueba de que fue presentado al Fondo Nacional de Ahorro por los interesados o sea por el Grupo Residencial Marysol Ltda., (folio 32 cuaderno 3).

Las obras, pues, no se adelantaron según los planes de inversión sometidos a la administración. Siendo el Fondo la entidad que entregaría los dineros, esto es el mutante correspondía a él valorar si se cumplieron o no las exigencias que el mismo hizo. En la cláusula Primera del contrato se lee: "Que el FONDO NACIONAL DE AHORRO, conviene en conceder al GRUPO RESIDENCIAL MARYSOL, Sociedad Ltda., un crédito hasta por la suma de CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS ($ 40.300.000.oo) moneda legal, para financiar la construcción del proyecto de la UNIDAD RESIDENCIAL MARYSOL, correspondientes a la construcción de seiscientos treinta y ocho (638) apartamentos, los cuales serán entregados por instalamentos cuya cuantía determinará el Fondo teniendo en cuenta el monto del préstamo, el plazo concedido y el estudio de flujo de caja, previo concepto del supervisor del FONDO sobre el avance de la construcción y el cumplimiento de las diferentes etapas del plan de construcción...".

Esto nos reafirma en la interpretación que venimos haciendo. Realmente la administración debía hacer el estudio y ponderación de los documentos aportados y obras ejecutadas, antes de proceder a entregar el primer instalamento. Estas exigencias como ya se ha dicho eran medidas de seguridad, tendientes a proteger los dineros públicos, debiendo además la administración asegurarse sobre la seriedad y solvencia económica de la Sociedad promotora.

En autos aparece probado que la Sociedad demandante dio *comienzo* a las obras de infraestructura relacionadas con el proyecto (ver dictamen pericial cuaderno 4).

Por otra parte, revisando el dictamen rendido por los contadores (cuaderno 5) y los flujos de caja de marzo de 1974 y de noviembre de 1974 (prueba No. 13 numeral 8

cuaderno 13 folio 21 y prueba No. 13 numeral 16) salta a la vista la escasa financiación de la entidad Promotora, más notoria aún si se tiene en cuenta que los proyectos de construcción nos indican que se construirían 1556 apartamentos, de ellos 638 apartamentos correspondían a la Primera Etapa del plan y a ellos se refiere el contrato de mutuo. Además el plan o proyecto de la llamada Unidad Residencial Marysol comprendía servicios comunales como locales comerciales, guarderías, jardines infantiles, oficinas de vigilancia, comunicaciones y administrativas, garajes y parqueaderos. Además de los comercios locales se previó un "Centro Comercial".

Como se deduce de todo esto el proyecto era cuantioso, de miles de millones. Vale la pena preguntarnos ¿qué proporción guarda con ello el préstamo de $ 400.000.000.oo que se convino con el Fondo? ¿Qué proporción de tan magna obra fue la que se alcanzó a realizar?

Después de haber leído y revisado con cuidado el material probatorio se encuentra que a la administración le asistió razón al declarar que el Grupo Residencial Marysol no cumplió con todas las exigencias a que debía someterse para que se pudiera entregar el primer instalamento.

La cláusula 19 del contrato previa que la administración podía decretar la caducidad, entre otras razones cuando "no se lleve el plan de vivienda de acuerdo con el flujo de caja, o no lo terminase en el plazo previsto en el parágrafo de la cláusula primera..." (folios 114-123 expediente 1903).

Se considera:

El Grupo Residencial Marysol Ltda., suscribió, el 5 de agosto de 1974, con el Fondo Nacional de Ahorro el contrato contenido en la escritura pública No. 3590 de la Notaría Décima de Bogotá (folio 96 - 103 C 2A). En torno a él, giran los dos procesos acumulados.

En líneas generales, mediante dicho instrumento los otorgantes convinieron adelantar un plan de vivienda social en la ciudad de Barranquilla, comprometiéndose Marysol, a adelantar las labores de construcción y el Fondo a suministrar a Marysol Ltda., un préstamo de $ 40.300.000.oo. Como garantía de sus obligaciones, Marysol constituyó en favor del Fondo hipoteca de primer grado sobre el lote de la proyectada construcción y asumió la obligación de dar en venta los apartamentos, una vez construídos, a los afiliados del Fondo, conforme precio señalado en la escritura.

El 15 de noviembre de 1975, el Grupo Residencial Marysol Ltda., alegó que el Fondo había incumplido el contrato al no entregarle los instalamentos del préstamo en la forma convenida y presentó la demanda 1903 en la cual pidió la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios.

El 30 de enero de 1976, el Fondo Nacional de Ahorro después de haber sido notificado de la anterior demanda, procedió a declarar la caducidad del contrato, mediante Resolución 018 de esa fecha. El Fondo invocó, al efecto, el incumplimiento de Marysol en relación con diversas obligaciones del contrato.

Luego de recurrir gubernativamente la resolución de caducidad y de ser esta confirmada, Marysol inició la acción 2098 en la que pidió la nulidad de dichas resoluciones y la consiguiente indemnización.

Dado que la declaratoria de caducidad vino a alterar el orden inicial del proceso, conviene estudiar primero lo referente a dicha declaratoria.

La Caducidad.

La resolución 0018 del 30 de enero de 1976 dice:

"El gerente general del Fondo Nacional de Ahorro en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

Que en desarrollo del Acuerdo 026 de 4 de diciembre de 1973, emanado de la Junta Directiva del Fondo Nacional de Ahorro, se celebró un contrato de crédito con la entidad denominada Grupo Residencial Marysol Ltda., hasta por la suma de $ 40.300.000.oo según aparece en la escritura pública No. 3590 de agosto 5 de 1974, corrida en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá, "para financiar la construcción del proyecto de la Unidad Residencial Marysol, correspondientes a la construcción de 638 apartamentos. . .", proyecto que debería desarrollarse en la ciudad de Barranquilla, Departamento del Atlántico.

Que la junta directiva del Fondo Nacional de Ahorro al aprobar el crédito a que hace referencia el considerando anterior, estableció "que la firma solicitante deberá garantizar ante el Fondo Nacional de Ahorro la ejecución por su cuenta y riesgo de las obras de interés general señaladas en el proyecto, presentado como también de las exigidas por la respectiva Oficina de Planeación Municipal", exigencia que se concretó en el Oficio 115319 de 21 de diciembre de 1973, suscrito por el doctor Luis Roberto García Díaz-Granados, como secretario general del Fondo Nacional de Ahorro.

Que según consta en la cláusula primera del contrato de crédito contenido en la escritura pública No. 3590 de 5 de agosto de 1974, Notaría Décima de Bogotá, la firma Grupo Residencial Marysol Ltda., para obtener el pago de dicho crédito, pactado por instalamentos "cuya cuantía determinará el Fondo. . .", asumió la obligación de cumplir la previsiones contempladas en el flujo de caja que al Fondo Nacional de Ahorro debería someter a consideración y aprobación, según lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 026 de 3 de diciembre de 1973.

Que de conformidad con el flujo de caja presentado por la firma Grupo Residencial Marysol Ltda., a consideración del Fondo Nacional de Ahorro, aquella se obligó a ejecutar con recursos propios, en el período 0 (*), obras e inversiones tales como construcciones para usos diferentes a viviendas, obras de urbanismo, cancelación de costos indirectos, etc., obligaciones que no se habían cumplido a 10 de abril de 1975, fecha de inspección por parte del arquitecto Luis Carlos Peralta, funcionario de la División de Vivienda del Fondo Nacional de Ahorro, ni se han cumplido a la fecha de esta providencia, no obstante los requerimientos formulados por la Subgerencia de Cesantías, Crédito y Vivienda, contenidos en el Oficio 12403 de 30 de julio de 1975, en los siguientes términos:

"1o. Demostrar la ejecución de las obras de interés general, es decir, de urbanismo, zonas verdes, zonas de recreación, zonas comerciales, etc., por ser éste un compromiso derivado de la propuesta formulada por la firma Promotora y de la exigencia hecha a la misma firma por la junta directiva, según comunicación No. 115319 de 21 de diciembre de 1973, dirigida por el doctor Luis Roberto García Díaz-Granados, secretario general del Fondo Nacional de Ahorro".

"2o. Demostrar la ejecución de inversiones propuestas en el flujo de caja presentado al Fondo Nacional de Ahorro, correspondiente al período 0 (a) bajo la denominación "operaciones provisionales sin correspondencia del Fondo Nacional de Ahorro. . .".

Que mediante el mismo Oficio 12403 de 30 de julio de 1975, la Subgerencia de Cesantías, Crédito y Vivienda solicitó a la firma Grupo Residencial Marysol Ltda., "acreditar, mediante certificación expedida por la competente oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la no existencia de gravámenes o limitaciones distintos a la garantía real hipotecaria constituída a favor del Fondo Nacional de Ahorro para respaldar el préstamo. . .", teniendo en cuenta que según informe rendido al gerente general del Fondo Nacional de Ahorro, con fecha 17 de junio de 1974, por la Oficina de Evaluación de Proyectos, existían, sobre el inmueble vinculado al programa de construcción de viviendas y dado en garantía real hipotecaria a favor del Fondo, cinco gravámenes hipotecarios, cuya cancelación aún no se conoce.

Que la firma Grupo Residencial Marysol Ltda., no ha constituído, no obstante requerimiento escrito, contenido en el Oficio No. 16427 de 2 de octubre de 1975, las Pólizas de Garantía que disponen los artículos 32 del Decreto 3130 de 1968 y 51 y 158 del Decreto 1670 de 1975, y la expresa obligación originada en la cláusula 14 del contrato a que hace referencia esta resolución.

Que la firma Grupo Residencial Marysol Ltda., no ha acreditado por ningún medio, no obstante requerimiento formulado mediante el Oficio 12403 de 30 de julio de 1975, haber obtenido de la Superintendencia Bancaria, para dar cumplimiento a la 66 de 1968, la correspondiente autorización para inciar las obras del plan de vivienda denominado "UNIDAD RESIDENCIAL MARISOL".

Que para el Fondo Nacional de Ahorro ha resultado perjudicial e inconveniente mantener indefinidamente un fondo RESERVADO para un programa cuyos Promotores Grupo Residencial Marysol Ltda., no han cumplido en sus exigencias administrativas, legales y contractuales.

Que el Honorable Consejo de Estado en providencia del 23 de enero de 1976, calificó que el contrato descrito en la referida escritura tiene una naturaleza administrativa por la cláusula de caducidad contenida en el mismo.

Que es obligación de la Administración declarar la caducidad de los contratos administrativos cuando se dan las cláusulas legales o convencionales, como en este caso, para declararla:

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.— Declarar la caducidad administrativa del contrato celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y Grupo Residencial Marysol Ltda., formalizado mediante escritura pública No. 3590 de fecha 5 de agosto de 1974, Notaría Décima del Círculo de Bogotá.

ARTICULO SEGUNDO.— Ordenar la cancelación de la reserva presupuestal constituída en el artículo anterior, procédase a cancelar la garantía hipotecaria contenida en la escritura 3590 del 5 de agosto de 1974 de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá.

ARTICULO TERCERO.— Como efecto de la resolución del contrato declarada en el artículo anterior, procédase a cancelar la garantía hipotecaria contenida en la escritura 3590 del 5 de agosto de 1974 de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá.

ARTICULO CUARTO.— Contra esta Resolución procede recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes de su notificación.

ARTICULO QUINTO.— Esta resolución rige a partir de la fecha de su expedición .

El contrato, por su parte, dice:

"En la ciudad de Bogotá, D. E., Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a cinco (5) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974), ante mí, Aníbal Turbay Ayala, Notario Décimo del Círculo de Bogotá, COMPARECIERON: Gumersindo Serje Ahumada, casado, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 2.858.420 expedida en Bogotá, quien manifestó que obra en su carácter de gerente del Fondo Nacional de Ahorro, debidamente autorizado por su junta directiva, por una parte, y el señor Adolfo del Toro Román, varón casado, domiciliado en la ciudad de Barranquilla, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.404.942 expedida en Barranquilla, quien manifestó que obra en su carácter de gerente del Grupo Residencial Marysol, Sociedad Limitada, según consta en el certificado de Cámara de Comercio y debidamente autorizado por la junta directiva según consta en las actas números cuatro (4) y cinco (5) de fechas 18 de mayo y 25 de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), que se protocolizan con ésta escritura y declaran que entre ellos se ha celebrado el convenio expresado en las cláusulas del presente contrato, previos los siguientes considerandos: PRIMERO. Que el Fondo está autorizado por el Acuerdo veintiséis (26) de mil novecientos setenta y tres (1973) de su junta directiva para efectuar préstamos a entidades especializadas en las construcciones de vivienda. SEGUNDA. Que la junta directiva del Fondo aprobó definitivamente en su sesión del once (11) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), según consta en el acta número ciento sesenta y nueve (169) un préstamo por valor de Cuarenta Millones Trescientos Mil Pesos Moneda Legal ($ 40.300.000.oo) a favor del Grupo Residencial Marysol Sociedad Limitada. TERCERO. Que según certificado expedido por el auditor de la Contraloría General de la República ante el Fondo, existe una reserva de fondos suficientes para ésta operación. CLAUSULA PRIMERA. Que el Fondo Nacional de Ahorro, conviene en conceder al Grupo Residencial Marysol Sociedad Limitada, un crédito hasta por la suma de Cuarenta Millones Trescientos Mil Pesos ($ 40.300.000.oo) moneda legal, para financiar la construcción del proyecto de la Unidad Residencial Marysol, correspondientes a la construcción de seiscientos treinta y ocho (638) apartamentos, los cuales serán entregados por instalamentos cuya cuantía determinará el Fondo teniendo en cuenta el monto del préstamo, el *plazo concedido* (subraya la Sala) y el estudio de flujo de caja, previo concepto del supervisor del Fondo sobre el avance de la construcción y el cumplimiento de las diferentes etapas del plan de construcción. La entrega de los instalamentos se hará en principio de la siguiente manera, ya que se entregará efectivamente únicamente al cumplimiento de las diversas etapas del programa o plan de construcción: El quince (15) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974), Tres Millones Quinientos Mil Pesos ($ 3.500.000.oo); el quince (15) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), Siete Millones de Pesos ($ 7.000.000.oo); el quince (15) de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), Siete Millones de Pesos ($ 7.000.000.oo) el quince de enero de mil novecientos setenta y cinco (1975), Siete Millones de Pesos ($ 7.000.000.oo), el quince (15) de marzo de mil novecientos setenta y cinco (1975) Siete Millones de Pesos ($ 7.000.000.oo); el quince de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975), Cuatro Millones Quinientos Mil Pesos ($ 4.500.000.oo); el quince (15) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975) Cuatro Millones Trecientos Mil Pesos ($ 4.300.000.oo). PARAGRAFO. Por cada instalamento que se entregue al deudor firmará un "recibo" por la suma correspondiente, que tendrá valor de plena prueba sobre el monto y la fecha de lo recibido. Es entendido que ningún instalamento será entregado hasta tanto la escritura de hipoteca sea registrada y dicha hipoteca aparezca en el certificado de libertad que al efecto aprobará el prestatario. CLAUSULA SEGUNDA. El plazo para la cancelación total del crédito es hasta de veinte (20) meses, siendo entendido que éste término comienza a correr para cada instalamento

desde la fecha de la firma del recibo respectivo. Con todo, para que el Fondo libere las construcciones que se vayan enajenando deberá hacerse a éste el pago proporcional del gravamen que afecta cada construcción. CLAUSULA TERCERA. Que el Grupo Residencial Marysol, constituye por medio de esta escritura hipoteca abierta de primer grado a favor del Fondo sobre el siguiente inmueble de su propiedad: "Un lote de terreno ubicado en la Urbanización la Concepción, Registro Catastral número 01-2-212-002/2287 en el Municipio de Barranquilla, comprendido entre las calles setenta y dos (72) y setenta y cinco (75), y las carreras sesenta y ocho (68) y la prolongación de la carrera setenta y dos (72) todo dentro de los siguientes medidas y linderos: NORESTE, con predios de la fábrica de hilados y Tejidos Marysol S. A." en quinientos cincuenta y nueve metros con cuarenta centímetros (559.40 mts.); (prolongación de la carrera setenta y dos (72); por el SUROESTE, con la carrera sesenta y ocho (68) en cuatrocientos un metros con sesenta y siete centímetros (401,67 mts.); Por el NOROESTE, calle setenta y cinco (75), en doscientos noventa y dos metros con setenta y cinco centímetros (292,75 mts.); por el SURESTE, calle setenta y dos (72) en ciento noventa y cuatro metros con setenta y cinco centímetros (194.75 mts.). El globo de terreno tiene un área total de noventa y siete mil setecientos cuarenta y cuatro metros cuadrados con diez y seis centésimos cuadrados (97.744.16 M2). Esta hipoteca comprende el bien descrito con todas sus anexidades y dependencias mejoras presentes y futuras. CLAUSULA CUARTA. Esta hipoteca garantiza todas y cada una de las obligaciones que el deudor contraiga con el Fondo, incluídos los intereses que consten en pagarés, liquidaciones, recibos o cualesquiera otros documentos y hasta la cantidad de Cuarenta y Cinco Millones de Pesos Moneda Legal ($ 45.000.000.oo). CLAUSULA QUINTA. El inmueble lo adquirió el Grupo Residencial Marysol, por compra hecha a Fábrica de Hilados y Tejidos Marysol S. A., según escritura pública número dos mil sesenta y seis (2.066) de fecha agosto dos (2) de mil novecientos setenta y cuatro (1974), otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla. CLAUSULA SEXTA. El deudor declara que la finca que hipoteca es de su propiedad y que no la ha vendido o enajenado en todo o en parte, a persona alguna y que se halla libre de todo gravamen, censo, hipoteca, arrendamiento por escritura pública, embargos, pleitos, anticresis, condiciones resolutorias, del dominio y que no ha sido mobilizado ni constituído en patrimonio familiar. CLAUSULA SEPTIMA. El deudor pagará al Fondo sobre las sumas que de él haya recibido, intereses a la tasa del diez y seis por ciento (16%) anual por trimestres anticipados. En caso de mora, los intereses se computarán a la tasa del veinticuatro por ciento (24%) anual. En éste caso, el Fondo podrá además dar por extinguido o insubsistente el plazo que faltare y exigir judicialmente no solo la cuota o cuotas demoradas, sino todo el capital mutuado con los intereses penales que a la tasa fijada en la presente cláusula desde el día del retardo hasta aquel en que se efectúe el pago completo de lo adeudado junto con los honorarios de abogado que se fijan hasta en un quince por ciento (15%) y demás gastos de cobro. CLAUSULA NOVENA. Se considerará igualmente extinguido o insubsistente el plazo para el pago de la totalidad de la deduda, que se hará exigible con los mismos efectos que se acaban de relacionar, en los siguientes casos: a) Cuando la finca que se hipoteca mediante este instrumento fuere enajenada en todo o en parte sin haberse hecho el pago proporcional del gravamen que afecta cada lote o construcción o la totalidad del bien según el caso; b) Si dicha finca fuere perseguida judicialmente por un tercero, o sufriere desmejora o deprecio tales que así desmejorada o depreciada no constituye suficiente garantía a juicio de un perito designado privativamente por el Fondo.— Tanto en el caso de persecución por un tercero como en el de desmejora o deprecio, el Fondo podrá optar por la subsistencia del préstamo y del plazo, si se le da una nueva garantía hipotecaria a su satisfacción; c) En el caso de que el Grupo Residencial Marysol aumente en cualquier forma que sea, para sus compradores, el valor de los apartamentos adelantados con financiación del Fondo sin autorización de éste, el cual es de Ciento Cuarenta y Cinco Mil Doscientos Treinta y Un Pesos con Noventa y Un Centavos Moneda Legal ($ 145.231.91). CLAUSULA DECIMA. El deudor podrá pagar el capital mutuado antes del vencimiento del plazo estipulado

siempre y cuando aquel le pague el valor de los intereses correspondientes al primer trimestre. CLAUSULA DECIMA PRIMERA. El deudor desde ahora acepta con todas las consecuencias señaladas en la ley sin necesidad de notificación alguna cualquier traspaso que el Fondo haga del presente crédito y de la garantía que lo ampara. CLAUSULA DECIMA SEGUNDA. Los gastos de cancelación de la hipoteca los de la expedición de copia registrada o anotada para el acreedor, los del certificado de libertad de la finca materia de este contrato debidamente actualizado y complementado hasta la fecha que indique el Fondo y los de la posterior cancelación del presente instrumento serán de cargo del deudor. EL Fondo queda expresamente autorizado para hacer expedir para su uso y a costa del exponente, cuando así lo considere necesario, una segunda copia registrada y anotada de éste instrumento. CLAUSULA DECIMA TERCERA. El Fondo se reserva el derecho de modificar las tasas de los intereses estipulados mediante disposición de carácter general de la junta directiva que será notificada por escrito al deudor quien lo acepta desde ahora. CLAUSULA DECIMA CUARTA. Que el deudor se obliga a mantener asegurado contra riesgos de incendio mientras dure el presente contrato, las construcciones que hacen parte del inmueble que se hipoteca mediante éste instrumento. Dicho seguro se contratará con una compañía legalmente autorizada para hacer negocios en Colombia, por cantidad no inferior al valor comercial de la construcción. CLAUSULA DECIMA QUINTA. El Fondo Nacional de Ahorro, ejercerá la supervigilancia de la inversión en las obras y planes de vivienda que se adelantan con el presente crédito por medio de un supervisor designado por éste y pagado por el propietario a través del Fondo cuyos honorarios serán de Doscientos Noventa y Tres Mil Setecientos Pesos Moneda Legal ($ 293.700.oo) los cuales serán descontados de cada instalamento, en proporción al monto de éste. CLAUSULA DECIMA SEXTA. El Grupo Residencial Marysol, se compromete a conceder un derecho de preferencia del ciento por ciento (100%) de las ventas a los empleados afiliados al Fondo. CLAUSULA DECIMA SEPTIMA. El préstamo que el Fondo hace al Grupo Residencial Marysol Ltda., en virtud de éste contrato, queda sujeto a las apropiaciones que con destino a préstamos a la industria de la construcción se hagan el presupuesto del Fondo. CLAUSULA DECIMA OCTAVA. EL Fondo se reserva el derecho de vender directamente las viviendas en caso de incumplimiento del deudor y éste se obliga a hacer la tradición correspondiente. CLAUSULA DECIMA NOVENA. El Fondo podrá declarar la caducidad administrativa del presente contrato por las causales previstas en el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo y por las siguientes: a) Si el Grupo Residencial Marysol Limitada, no lleva a cabo el plan de vivienda de acuerdo con el flujo de caja, o no lo terminase en el plazo previsto en el parágrafo de la cláusula primera; b) Si el Grupo Residencial Marysol Limitada, vende las viviendas por un precio superior al propuesto al Fondo en el momento de la solicitud sin previo acuerdo de éste. En caso de incapacidad financiera del deudor que se presume cuando se le declare en quiebra judicial. CLAUSULA VIGESIMA. Este contrato requiere para su validez su publicación en el Diario Oficial, por parte del contratista, a cuyo efecto deberá entregar al Fondo Nacional de Ahorro, copia del comprobante de pago. Está el Fondo exento de impuestos conforme a lo dispueto por el artículo 19 del Decreto ciento sesenta y dos (162) de mil novecientos sesenta y nueve (1969). Presente el doctor Gumersindo Serje Ahumada, de las condiciones civiles antes anotadas, declaró: a) Que en su condición de gerente del Fondo Nacional de Ahorro, para el cual fue designado por medio del Decreto 1036 del cuatro (4) de junio de mil novecientos setenta y cuatro (1974) del Presidente de la República, ser el representante legal del Fondo, según consta en el certificado del Ministerio de Desarrollo que se protocoliza con éste instrumento; b) Que en las condiciones antes expresadas, acepta en nombre y representación del mencionado Fondo todas las estipulaciones contenidas en la presente escritura y la hipoteca que por medio de ella se constituye. COMPARECIO el señor Adolfo del Toro Román, manifestó que acepta los términos de la presente escritura con todas las condiciones expresadas en su contenido, e hipoteca que en ella constituye a favor del Fondo Nacional de Ahorro. (Hasta aquí el texto de la minuta

presentada).———————————————— OTORGAMIENTO Y AUTORIZACION. El instrumento precedente fue leído en forma legal a los comparecientes, quienes le imparten su aprobación por expresar su voluntad contenida en sus declaraciones. El infrascrito Notario da fe de que las declaraciones consignadas fueron emitidas por las partes y de que se cumplieron todos los requisitos legales y se presentaron los comprobantes requeridos y en consecuencia, autoriza con su firma la presente escritura, dejando testimonio del registro, previo el pago del impuesto fiscal.———————— COMPROBANTES QUE SE ADJUNTAN. Certificado de Paz y Salvo sobre la Renta No. 1067267 expedido por la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla el 19 de julio de 1974, con vencimiento hasta el 5 de septiembre de 1974, a favor del Grupo Residencial Marysol Ltda.— 90.105.088, Certificado de Paz y Salvo por Impuesto Predial.— Empresas Municipales —Barranquilla— Colombia.— Número 63162.— El suscrito jefe del Departamento de Catastro y Vehículos de las Empresas Públicas Municipales, CERTIFICA: Que la finca abajo descrita, ubicada en el Municipio e inscrita en el Catastro a nombre de la Compañía Industrial Colombiana Marysol, está a Paz y Salvo con las Empresas Públicas, hasta el día 31 de diciembre de 1974, por concepto de Impuesto predial correspondiente.— Referencia números 72-68/68-141 (2285/87-1-A) Acera Occi.— Calle 75 No. 68-141.— Carrera 68.— Avalúo $ 6.664.000.oo. Igualmente certifica, para los efectos del artículo de la Ley 1a. de 1943, que los siguientes gravámenes están cancelados en su totalidad.— Pavimentos, Alcantarillado, Sanitario.———— Barranquilla agosto 1o. de 1974.———— Los anteriores comprobantes son fotocopia de los originales, protocolizados con la escritura No. 2.066 de agosto 2 de 1974 Notaría Tercera de Barranquilla.———— La presente escritura ha quedado suscrita en los sellos Dz—01743836/01743378/01743838/01743839/01743847.———— Para constancia la firma como aparece" (folios 162-162v— 166-167-168-169).

De las anteriores transcripciones se desprende:

1) Que el acuerdo suscrito por las partes constituye *un contrato de carácter bilateral.* Por medio de él Marysol se comprometió a construir la Unidad Residencial Marysol compuesta por 638 apartamentos para ser vendidos a los afiliados del Fondo y éste, a su vez, se comprometió a financiar dicha obra, con el otorgamiento de un préstamo de dinero o mutuo por $ 40.300.000.oo, pagadero en instalamentos repartidos entre el 15 de agosto de 1974 y el 15 de julio de 1975.

No se trataba por consiguiente solo de un contrato de mutuo, como lo plantea el Ministerio Público. Contiene también otra clase de estipulaciones creadoras de prestaciones para los contratantes, cuya ejecución debía cumplirse en forma simultánea y sucesiva.

2) Que dicho contrato se *pactó a término fijo.* En efecto en la cláusula primera se establecieron claramente los plazos en que el Fondo Nacional de Ahorro debía entregar el dinero y Marysol la obra.

En el texto de dicha cláusula se previó que el mutuo se efectuara en cuotas mensuales y bimensuales contra entrega de la obra, y lo que es más importante se determinó en forma expresa y detallada las fechas de esas entregas. El 15 de agosto de 1974, conforme lo pactado, debía hacerse la primera entrega; el 15 de septiembre siguiente, la segunda y así sucesivamente hasta el 15 de julio de 1975, en que debía hacerse la última.

Era entonces esta última fecha el plazo final del contrato. La intención real de las partes fue de que para ese día culminara la ejecución de sus obligaciones fundamentales: la construcción de los apartamentos y el suministro de los instalamentos. Por eso, el 15 de julio de 1975 aparece señalado en el documento como la fecha de terminación del contrato.

La circunstancia de que al prever la manera (no los plazos) en que debían entregarse los instalamentos se haya utilizado la expresión "en principio" y de que se hubiese estipulado que dicha entrega se haría únicamente al cumplimiento de las diversas etapas del programa de construcción no significa que el contrato no se hubiese celebrado a término fijo. Dichas expresiones en nada desvirtúan los plazos, claramente señalados; quieren decir solo que para los efectos contractualmente determinadas, debía cumplirse además la condición relativa al desarrollo de las diversas etapas del plan de construcción. Con todo el artículo 1539 del Código Civil, dice que si expirado el tiempo dentro del cual debe verificarse la condición, esta no se cumple, se tendrá por fallida, sin que el plazo se altere ya que la condición estaba llamada a ocurrir dentro del plazo pactado.

Así, a pesar de que el contrato suscrito por los otorgantes no es un modelo de claridad, de la cláusula primera se deduce que la intención de las partes fue pactar *a término fijo* y señalar el 15 de julio de 1975 como fecha de vencimiento del contrato. Tal como se ha destacado, ese día Marysol debía entregar la última etapa de la obra y el Fondo entregar la última cuota del mutuo.

Igual conclusión se deduce del contexto del contrato: la cláusula novena al otorgar la facultad la Administración para declarar la caducidad indica inequívocamente que el contrato era a término fijo, cuando prevé el ejercicio de esa facultad si Marysol no terminaba el programa de construcción en el término previsto en el parágrafo de la cláusula primera. Como en dicho parágrafo no hay ningún término, es obvio que se trataba del término final de que se ha hecho mérito, que está en la cláusula primera y que es el único que para tal efecto existe en el contrato.

Por otra parte, el acuerdo 026 del Fondo Nacional de Ahorro al cual deben someterse la celebración de los contratos de dicha entidad, estatuye con toda claridad que estos deben pactarse a término fijo, artículos 14 y 24-1 (folios 76 y siguientes cuaderno 2A).

De todo lo anterior se concluye que la intención de las partes fue acordar el 15 de julio de 1975 como el término final del contrato. El hecho de que dentro de la dinámica misma del contrato, este hubiese quedado legalizado, como se verá más adelante, solo el 17 de septiembre de 1974, no altera sustancialmente el anterior planteamiento. Solo implica que su término final debe correrse, en 42 días más, es decir, al 27 de agosto de 1975.

Ahora bien, establecido que el término final y verdadero del acuerdo venció el 27 de agosto de 1975 y habida cuenta de que dicho término no fue prorrogado, no podía el Fondo Nacional de Ahorro declarar la caducidad el 10 de enero de 1976, por cuanto, para esa fecha, el contrato ya no tenía vigencia, *por expiración del plazo fijado.*

La jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que esta facultad excepcional no puede ejercerse sino dentro de la vigencia del contrato. Como en el presente caso el Fondo declaró la caducidad cinco meses después del vencimiento del contrato, dicha declaratoria carece de todo valor y debe anularse, por falta de competencia de la Administración cuando expidió el acto.

Por lo demás, las circunstancias de declarar la caducidad después de la terminación del contrato y de esperar para hacerlo a que el contratista haya presentado demanda por incumplimiento de la Administración, desnaturaliza este medio de rescisión excepcional, en cuanto lo hace obrar más como expediente destinado a enfrentar una controversia judicial que como salvaguarda de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato, que es su verdadero fundamento.

En consecuencia, habrán de anularse totalmente las resoluciones demandadas.

Las pretensiones tercera y cuarta de la demanda 2098 buscan que se condene al pago de los perjuicios derivados de la declaratoria ilegal de la caducidad. Estas pretensiones no pueden prosperar:

La declaratoria de caducidad de un contrato cuyo término ha vencido resulta inocua frente al contrato mismo, toda vez que ningún efecto positivo o negativo puede tener dicho acto sobre el desarrollo de un negocio jurídico cuya vigencia ha concluído. Si llega a producir perjuicios tal clase de declaratoria, ellos pueden darse pero por fuera de la esfera de cumplimiento del respectivo contrato (inhabilidad de contratar con la Administración, etc.).

Como aquí los perjuicios pedidos los hace derivar el hecho de la demanda directa y exclusivamente de la inejecución del contrato no puede prosperar, por cuanto como se anotó, la caducidad fue declarada cuando el cumplimiento del contrato ya no podía ser exigido.

El cumplimiento del contrato:

Procede ahora despachar las pretensiones que piden se declare el cumplimiento por parte del contratista (demanda 2098) y el incumplimiento por parte del contratante (demanda 1903), aspectos estos ligados entre sí, por lo cual se hará un solo análisis para establecer si hubo incumplimiento de una de las partes o de ambas y si esa conducta ocasionó perjuicios.

Debe advertirse que para establecer el incumplimiento y los perjuicios no era necesario en este caso solicitar la resolución del contrato, como lo hizo el actor. En efecto, dada la índole del contrato y la circunstancia de estar extinguido el término de su vigencia (27 de agosto de 1975) cuando se presentó la demanda, la indemnización por incumplimiento del contrato procede sin que sea indispensable pedir ni decretar la resolución del contrato ya vencido.

La Sala ha dicho: Durante (la ejecución) puede el contratista, exigir el pago de los perjuicios, previa resolución o terminación del contrato; pero si el contrato se encuentra vencido, se ha de considerar que está extinguido, cuya terminación no ha de deprecarse, sino tan solo, la reclamación de los perjuicios. Es decir: la extinción del plazo, confiere así mismo, la del contrato, para los efectos del resarcimiento del daño por el incumplimiento del contratante". (Sentencia 9 de febrero de 1984.— Sección 3a. actor Clodoveo Londoño. Ponente: Dr. Bonivento Fernández).

En un primer examen de *la conducta del contratista*, se tiene:

a) El 5 de agosto de 1974, por medio de la escritura transcrita, el Grupo Marysol constituyó hipoteca de primer grado por $ 45.000.000.oo en favor del Fondo Nacional de Ahorro sobre un lote de 97.444 metros cuadrados y sobre sus mejoras presentes y futuras;

b) El 13 de septiembre siguiente la hipoteca quedó registrada (cfr. certificados de registro folio 4 cuaderno 2 expediente 1903 y folio 269 cuaderno 2A);

c) El 17 de septiembre siguiente, Marysol envió al Fondo recibo de pago de la publicación del contrato en el Diario Oficial, la copia de la escritura de hipoteca y el respectivo certificado de registro, según carta remisoria cuyo original se encontró en poder del Fondo al efectuar la inspección judicial (folio 66 cuaderno 2, expediente 1903 y folio 208 cuaderno 2A).

El hecho de que al folio 34 cuaderno 3, expediente 1903, haya un certificado del Jefe de la Unidad de Archivo del Fondo en el sentido de que dicha Unidad no había recibido el certificado de registro de la hipoteca hasta la fecha de su expedición (enero 22/76), no desvirtúa la existencia de la carta remisoria del mismo certificado de fecha 17 de septiembre de 1974, toda vez que su original fue constatado en el curso de la inspección judicial. Y como dicha carta anuncia expresamente el envío del certificado de registro, resulta apensa natural colegir que sí fue enviado en esa oportunidad, como es costumbre en esa clase de negocios. De lo contrario, el Fondo dada la importancia del asunto habría tenido que reclamar sobre esta omisión, y no hay constancia de que esto haya sucedido.

Por todo esto la Sala considera que el contratista envió el certificado de registro, tal como lo dice la carta remisoria y que, en consecuencia, para el 17 de septiembre de 1974 fecha de la carta, el Grupo Residencial Marysol había cumplido ya con todos los requisitos formales que el contrato le había impuesto. Con la aclaración obvia de que no había obtenido pólizas de incendio, porque aún no había levantado ninguna edificación que debiera ser protegida contra ese riesgo.

Ahora bien, vista *la conducta del Fondo Nacional de Ahorro* se observa:

Conforme la cláusula primera del contrato el Fondo debía entregar el primer instalamento, de $ 3.500.000.oo el 15 de agosto de 1974 y el segundo de $ 7.000.000.oo, el 15 de septiembre de 1974, siempre que se hubiesen cumplido las diversas etapas del programa o plan de construcción.

El contrato se suscribió el 5 de agosto de 1974 e inmediatamente, el 6 de agosto, el Fondo Nacional de Ahorro procedió a nombrar al arquitecto Roberto Zabaraín como supervisor de la obra, conforme contrato adicional que figura a folios 104-105 cuaderno 2A.

Como se anotó anteriormente Marysol el 17 de septiembre de 1974 terminó de cumplir los requisitos referentes a la legalización del contrato. Y en la misma carta de esa fecha en que Marysol remitió el certificado de registro, pidió al Fondo el pago del primer instalamento de tres millones y medio de pesos (folio 208 cuaderno 2A).

Con fecha 16 de septiembre de 1974 aparece también la cuenta de cobro del segundo instalamento por siete millones de pesos (folios 209-210 cuaderno 2A).

El 27 de septiembre de 1974 el supervisor envió al Fondo su primero y único informe (folios 70-73 cuaderno 2). En él dice que no se ha podido levantar el acta de iniciación de la obra porque la Sociedad promotora no ha recibido el primer instalamento; que según los libros, sin incluir el valor del terreno, el contratista ha hecho inversiones por $ 3.669.000.oo y concluye con las siguientes observaciones: "La obra, en términos generales lleva un ritmo aceptable en lo que corresponde al ítem de PRELIMINARES. El Fondo Nacional de Ahorro debe agilizar la entrega de los instalamentos correspondientes a fin de que el alza de los precios de materiales no incida desfavorablemente en el costo de la unidad de vivienda, ya que los presupuestos tienen fecha de mayo de 1974. De otra parte, el establecimiento de una fecha oficial de iniciación permitirá un control de la programación con plazos definidos capítulo por capítulo" (folio 73 cuaderno 2).

Ni las solicitudes de pago de Marysol ni la petición contenida en el informe del supervisor tuvieron respuesta alguna. Ni en ese momento ni durante la vigencia del contrato. El Fondo no pagó nada; ni contestó nada.

Aparecen en el expediente unas comunicaciones de Marysol en las cuales requiere con agustia al Fondo el pago de los dos instalamentos, le pide la realización de nuevas inspecciones a la obra y se allana a la introducción de posibles cambios (folios 211-215 cuaderno 2A).

El 21 de octubre de 1974, Marysol informa que ante la dilación en el pago de los instalamentos no puede continuar el ritmo de los trabajos y se ve obligada a disminuirlos en un 75%. Dice así la carta:

"Barranquilla, octubre 21 de 1974

Doctor ALFREDO MATIZ ESPINOSA
Gerende del Fondo Nacional de Ahorro
Av. Jiménez No. 4-09
BOGOTA D. E.

Estimado doctor:

En nuestra entrevista de octubre 9 de 1974 y en visitas anteriores que hemos efectuado al Dr. Ronderos se nos prometió agilizar el trámite de las cuentas que inexplicablemente se encuentran detenidas en su despacho.

Estos compromisos del Fondo suman $ 10.500.000.oo que están vencidos en la siguiente forma:

— Agosto 15 de 1974	$ 3.500.000.oo
— Septiembre 15 de 1974	7.000.000.oo

En nuestra carta de octubre 16 de 1974 expresamos a usted que por elemental cortesía habíamos esperado un plazo prudencial que le permitiera enterarse debidamente de los negocios a cargo de la Institución que usted dirige, pero, desafortunadamente, hasta la fecha no hemos recibido ninguna respuesta a nuestras comunicaciones de septiembre 18, octubre 15 y octubre 16 de 1974.

Esta actitud no se compadece con la magnitud e importancia de la obra y los dineros invertidos con nuestros propios recursos. Por tal motivo nos vemos forzados a ordenar la disminución de los trabajos en un 75% y estamos procediendo a la cancelación de contratos con trabajadores, incluyendo personal profesional especializado, contratado en Bogotá y que fuera trasladado a ésta ciudad por nuestra cuenta.

Ahora nos encontramos abocados al estudio de los contratos relativos al suministro de materiales de construcción, alquiler e importación de equipos que resultarían inconvenientes sin una participación pronta del Fondo Nacional de Ahorro.

Estas forzosas medidas traerán por ahora la inevitable consecuencia de que los trabajos adelantados en limpieza, descapote, trazado y movimientos de tierra, se colocan en el riesgo de pérdida parcial o total.

Me parece inoportuno mencionar los perjuicios de toda índole que se están derivando de un contrato que por nuestra parte ha sido cumplido en todas sus condiciones.

Cuando tuvimos la grata oportunidad de conversar con usted salimos de su oficina con el convencimiento de que con su notoria capacidad y su inocultable dinamismo, el programa se llevaría a cabo dentro de los términos convenidos, además de los especificados claramente en el contrato.

A pesar de las circunstancias, abrigamos la esperanza de que con su inmediata y valiosa intervención, se puede salvar el programa más importante que en la actualidad tiene el Gobierno en materia de vivienda popular.

Quedo pendiente de sus gratas noticias al respecto y me place suscribirme atento servidor y amigo,

ADOLFO DEL TORO ROMAN
GERENTE" (folios 216-217 C. A).

De las anteriores pruebas se desprende con claridad que el Fondo *incumplió su obligación de pagar el primer instalamento* conforme lo establecido en el contrato. Marysol constituyó la hipoteca y legalizó el contrato; adelantó la obra a plena satisfacción del supervisor designado por el Fondo; presentó las cuentas de cobro. El Fondo, en cambio, no pagó en las fechas previstas, ni después; ni dio siquiera respuesta a ninguno de los requerimientos del contratista. Por el contrario su conducta fue la de no querer atenderlos.

La anterior conclusión probatoria aparece confirmada con lo dicho por el gerente del Fondo a la junta directiva en su informe oficial sobre el estado general de la institución, rendido por esa época, exactamente el 19 de septiembre de 1974. El gerente al hacer referencia al contrato con Marysol y antes de señalar presuntas irregularidades del mismo dijo: "Esta administración se ve abocada a la necesidad de girar de inmediato los dos primeros instalamentos" (folio 94 cuaderno 2 expediente 1903). Con ello reconoció implícitamente que, para entonces, Marysol había cumplido con sus obligaciones y que al Fondo correspondía ahora cumplir las suyas.

Sin embargo, a pesar de este anuncio hecho por el gerente a la junta directiva, el Fondo no pagó esos dos instalamentos, ni dio explicación ninguna al contratista. Este buscó por todos los medios que se le pagara lo acordado en el contrato: hay constancias de conversaciones con los directivos del Fondo y con el Viceministro de Desarrollo, pero nada obtuvo. Finalmente en "El Espectador" del 15 de diciembre de ese año de 1974, en reportaje al gerente del Fondo aparecen públicamente denunciadas una serie de presuntas irregularidades, que en lo fundamental eran las mismas que había señalado el mismo gerente en su citado informe del 19 de septiembre (folio 218 cuaderno 2A). Desapareció así toda posibilidad de cumplimiento del contrato, toda vez que quedó en evidencia la oposición de la nueva administración del Fondo Nacional de Ahorro iniciada en agosto de 1974 a efectuar este contrato, celebrado por la Administración anterior.

Sorprende, sin embargo, que el Fondo el 19 de septiembre de 1974 cuando su gerente rindió el informe a la junta directiva, en el cual halló "las graves irregularidades", de que adolecía el contrato o el 15 de diciembre siguiente, cuando las hizo públicas a través de "El Espectador", no hubiese procedido a declarar la caducidad o a iniciar la correspondiente acción judicial tendiente a anular o resolver el contrato. La caducidad la declaró un año después, cuando el contrato ya había terminado y cuando el Fondo ya había sido demandado por incumplimiento.

Dentro del juicio, el Fondo ha sostenido que no pagó los instalamentos:

1. Porque el contratista no había cumplido con las obras.

Ante todo es fundamental advertir que el problema de este cumplimiento hay que ubicarlo en el momento en que se hicieron exigibles las obligaciones del Fondo es decir, el 17 de septiembre de 1974, cuando se legalizó el contrato y se venció el plazo del primer instalamento. No en 1975 o 1976, cuando ese momento ya había pasado y cuando el Fondo produjo una serie de documentos tendientes a empapelar su propia conducta.

En cuanto al cumplimiento basta leer el informe del supervisor del 25 de septiembre de 1974, transcrito anteriormente, para poner de presente que Marysol sí había ejecutado para entonces las obras a que se había obligado y que era exigible por lo menos el primer instalamento.

Este documento tiene para la Sala pleno valor por provenir del funcionario destacado por el Fondo para ese efecto. El era quien debía vigilar todo el desarrollo del contrato e informar con todos sus pormenores sobre los avances y fallas de la obra.

El Fondo no demostró en el juicio que su supervisor se hubiese equivocado en el informe; ni señaló tampoco al contratista, en ese momento, la presunta omisión o retardo de la obra en que basaba su renuencia a pagar, como ha debido hacerlo en virtud de la lealtad y la buena fe que deben regir las relaciones contractuales.

2. porque el contratista no cumplió con las inversiones o egresos previstos en el flujo de caja presentado por Marysol al Fondo para la primera parte del contrato (folio 54) y que aparece al folio 16 cuaderno 3 expediente 1903).

Como puede apreciarse no se trata aquí del flujo de caja del contrato, es decir de aquel con base en el cual se celebró el negocio jurídico sino de otro, distinto, presentado por Marysol el 7 de noviembre de 1974 folio 4 cuaderno 10, mes y medio después del incumplimiento del Fondo, para tratar de obtener el pago de los instalamentos. En consecuencia, no cabe deducir de este proyecto de flujo incumplimiento de una obligación anterior, menos cuando en su texto no aparecen fechas determinantes y cuando fue presentado como simple propuesta de conciliación por Marysol, en el momento en que ésta ya estaba asfixiada por la mora del Fondo.

Por lo demás es preciso aclarar aquí que no hay sino un flujo de caja en estos contratos y que su discusión y aprobación tiene lugar en la etapa previa de celebración del contrato, no después durante su ejecución, como se planteó en la audiencia.

Así se desprende de los artículos 21 y 22 del acuerdo 26 que reglamenta el sistema de créditos del Fondo: dichas normas lo establecen como requisito previo, destinado a la aprobación de la solicitud del crédito en la primera y segunda instancia respectivamente. Por eso la obligación del contratista era solo la de cumplir con las previsiones periódicas del flujo de caja probado inicialmente, como base del contrato, y no estar presentando nuevos flujos de caja, dado que este era uno solo y previo al contrato. Así lo dice claramente el artículo 14 cuyo texto se transcribe por resultar ampliamente ilustrativo no solo para este punto sino para todo el tema de la controversia: "Los instalamentos se calcularán de acuerdo con el flujo de caja previamente aprobado por el Fondo y se entregarán de conformidad con el avance de las obras siempre que estén dentro del límite del plazo pactado pasado el cual se podrá suspender su entrega, iniciar los trámites de resolución del contrato, a menos que el incumplimiento se deba a fuerza mayor o caso fortuito" (folio 21 cuaderno 3, 1903).

La anterior norma del acuerdo orgánico del Fondo despeja cualquier equívoco sobre la existencia de varios flujos de caja y pone de presente que no hay sino uno solo en esta clase de acuerdos: el aprobado previamente a la celebración del contrato.

Ahora bien de esta norma se deducen también otras precisiones fundamentales para este juicio, a saber:

1. Que los instalamentos se calculan desde un comienzo conforme al flujo de caja presentado. Esto es apenas natural. El presupuesto de gastos e ingresos o flujo de caja debe condicionar los instalamentos en cuanto a su oportunidad y a su cuantía; y así se hizo, al suscribir el contrato, con base en el flujo previamente acordado, se fijaron en forma expresa las cuantías y las fechas de cada instalamento;

2. Que los pagos de los instalamentos se hacen de acuerdo al avance de las obras, siempre que estas se cumplan dentro de los términos fijados y que si esto no ocurre, puede el Fondo abstenerse de pagar o iniciar los trámites de la resolución del contrato. Esto no se hizo en el presente caso: el Fondo no pagó, a pesar del informe positivo del supervisor sobre el avance de las obras y a pesar de, si el primer instalamento se había calculado para diez días después de la firma del contrato, era porque la intención de los contratantes no era precisamente la realización de mayores avances en tan corto lapso. Tampoco el Fondo inició los trámites de la resolución del contrato, como se lo indicaba la norma transcrita.

Por otra parte, lo que no dice la norma es que el pago de los instalamentos estaba sujeto a presentaciones y aprobaciones de nuevos flujos de caja, como lo sostuvo el Fondo en su defensa.

Analizando todo este aspecto del desarrollo del contrato debe concluirse que el Fondo incumplió y que no justificó en el juicio ese incumplimiento. Huelga insistir en que los contratos se celebran para ejecutarlos y que la buena fe debe ser principio insustituible en las relaciones entre los contratantes. Aquí el Fondo, desde un comienzo, impidió la ejecución del contrato y en lugar de precisar los motivos de su conducta en ese momento, guardó un largo silencio y se abstuvo de cumplir hasta que hizo imposible el desarrollo de la obra, proyectada precisamente con base en el mutuo que debía suministrar.

Otros argumentos de la defensa

Antes de seguir adelante deben examinarse otros argumentos de la defensa planteados en la audiencia pública y que hacen relación con la nulidad absoluta del contrato (folio 141).

Dichos argumentos están dirigidos a demostrar que en el trámite de celebración del contrato no hubo en realidad la segunda instancia prevista en el citado acuerdo 026 por medio del cual el Fondo reglamentó los procedimientos para contratar, dado que hubo tales variaciones de la primera a la segunda instancia que puede decirse que esta quedó desvirtuada. Dice el apoderado del Fondo:

"1. La primera instancia se tramitó y aprobó a la Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A.; la segunda instancia con el Grupo Residencial Marysol Ltda.;

"2. En la primera instancia se aprobó préstamo por $ 34.500.000.oo; en la segunda instancia, por $ 40.300.000.oo;

"3. En la primera instancia se financiaba la construcción de 486 apartamentos, mientras que en la segunda hacía para financiar 638 apartamentos.

"4. En la primera instancia no se dijo nada sobre el monto de interés lucratorio, en la segunda, en cambio, se fijó el 17% anual" (folio 140).

Al respecto hay que advertir que esas variaciones no fueron sustanciales, dado que siempre se trató del mismo grupo Marysol y del mismo contrato para la construcción de vivienda. Las modificaciones obedecieron a la dinámica del proyecto, que comprendía aún proporciones mayores a las convenidas en el acuerdo del 5 de agosto de 1974. Por otra parte, la primera y segunda instancias para la aprobación del contrato no eran verdaderas instancias sino simples etapas de estudio del respectivo proyecto, diferenciadas solo por los documentos que el contratista debía presentar en una y otra, pero ambas estaban sometidas a la aprobación de la misma autoridad, que era la de la junta directiva del Fondo (artículos 23-4 y 6 del acuerdo 26).

No puede sostenerse en consecuencia que se haya pretermitido ningún trámite contractual suficiente para configurar la nulidad absoluta del negocio jurídico celebrado. Menos aún cuando ninguna norma del acuerdo prohíbe que en la primera y segunda etapas el Fondo pueda introducir cambios destinados a una mejor concreción del acuerdo.

Ahora bien otro reparo que se hace al contrato es que Marysol adquirió el lote solo el 2 de agosto de 1974, pero al efecto debe tenerse en cuenta que este hecho se anotó expresamente en el contrato, de manera que nada hubo oculto al respecto para el Fondo. Sobra advertir que por esta circunstancia y la consiguiente de la inscripción de la hipoteca en el registro solo el 13 de septiembre siguiente, el incumplimiento que se deduce en esta sentencia es a partir del 17 de septiembre de 1974.

En cuanto a la no presentación de la póliza de garantía por el contratista, está la cláusula 4a de la escritura en la cual se estipula que con la hipoteca otorgada por Marysol, se garantiza "todas y cada una de las obligaciones que el deudor contraiga con el Fondo incluidos los intereses u (sic) que consten en pagarés, liquidaciones, recibos o cualesquiera otros documentos y hasta la cantidad de cuarenta y cinco millones de pesos" (folio 100 v. cuaderno 2A). Y está también el artículo 13 del acuerdo No. 26 que estatuye que la garantía de los créditos otorgados será la hipoteca abierta que se constituya sobre los mismos terrenos en los que se va a realizar la construcción. En estas circunstancias no era necesario el otorgamiento de una póliza de garantía menos aún para el primer instalamento, cuyo valor no alcanzaba a cubrir el 25% del valor de la hipoteca de que habla el artículo 15 del acuerdo No. 26 y por lo tanto podría considerarse exento de la obligación de garantía de manejo, conforme al parágrafo de dicha norma.

Los perjuicios:

Demostrado el incumplimiento del Fondo y demostrado además que dicho incumplimiento puso al contratista en imposibilidad de proseguir la ejecución del contrato, se impone la indemnización de perjuicios a cargo de la Administración y en favor del contratista.

La indemnización debe consistir en la utilidad líquida que el contrato le hubiera significado al contratista si el Fondo hubiese cumplido su compromiso de suministrar el mutuo. No puede tomarse en consecuencia el valor total de la inversión, que incluía también participación económica de Marysol porque esta era obligación de la demandante. Ni tampoco los valores que ella alcanzó a invertir en el desarrollo del contrato, porque éstas eran de su cargo y en una u otra forma quedaron incorporadas al lote de su propiedad.

Como el valor del mutuo pactado fue de $ 40.300.000.oo, sobre dicha suma debe deducirse la utilidad que habría obtenido el contratista a la terminación del contrato, es decir, el 27 de agosto de 1975.

Como en los documentos presentados por Marysol para el estudio y celebración del contrato aparece que de su desarrollo se esperaba una utilidad del diez por ciento sobre la inversión (folio 11, prueba número 13), la Sala encuentra que es equitativo reconocer ese mismo porcentaje para liquidar la utilidad que se busca.

De lo anterior se tiene que la utilidad líquida que hubiese podido obtener el contratista el 27 de agosto de 1975, era de cuatro millones treinta mil pesos ($ 4.030.000.oo) y que este fue en consecuencia el valor del daño emergente.

Establecido el daño emergente, procede también el reconocimiento del lucro cesante y de actualización monetaria tal como lo solicitó la demanda.

Para el efecto, se seguirá lo utilizado por la Sección en casos similares en el sentido de aplicar un veinticuatro por ciento anual sobre el daño emergente, porcentaje en el cual un diez y ocho por ciento corresponde a la devaluación monetaria durante el período y el resto, o sea el seis por ciento, corresponde al lucro cesante en forma de interés puro efectivo.

Liquidado el porcentaje del 24% como medio para obtener la indemnización monetaria equivalente en moneda actual, con utilización de la matemática financiera, desde el 27 de agosto de 1975 hasta el 27 de mayo fecha probable de la sentencia se tiene:

$VF = vp\ (1 + i)^n$, en el cual VF es el valor final buscado.

vp= valor del daño emergente en agosto 27 de 1975.

i = devaluación y lucro cesante sumados = 24%.

n = anualidades entre agosto 27 de 1975 y mayo 27 de 1984 (8 años, 9 meses).

El procedimiento es el siguiente:

$VF = \$\ 4.300.000.oo\ (1 + 0.24)\ 8.75$

$VF = \$\ 4.030.000.oo\ (6.568099831)$

$VF = \$\ 26.469.442.32.$

En consecuencia, la indemnización por perjuicios materiales, incluídos el daño emergente y el lucro cesante en valores actualizados es de veintiséis millones cuatrocientos sesenta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos con treinta y dos centavos ($ 26.469.442.32), que será el valor de la condena.

En cuanto a la indemnización por perjuicios morales no hay lugar a decretarla por cuanto no se evidenciaron en este caso.

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

FALLA:

1.— Condénase al Fondo Nacional de Ahorro a pagar a la sociedad Grupo Residencial Marysol Ltda., la suma de veintiséis millones cuatrocientos sesenta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos con treinta y dos centavos M/Cte., ($ 26.469.442.32) por concepto de indemnización de perjuicios materiales a causa del incumplimiento del contrato suscrito entre las partes el 5 de agosto de 1974.

La anterior suma será pagadera conforme los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. Sobre ella correrán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia e intereses moratorios después de ese término.

2.— No se accede a las demás súplicas formuladas en las demandas acumuladas en este juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente; **Carlos Betancur Jaramillo**; **José Alejandro Bonivento Fernández**; **Jorge Valencia Arango**; **Félix Arturo Mora Villate**, Secretario.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión del día 10 de mayo de 1984.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— Contrato de obra pública celebrado con un Consorcio. Obligación de ejecución y cumplimiento en forma solidaria. CADUCIDAD.— Ante la declaratoria de caducidad, las firmas que integran el consorcio tienen que actuar conjuntamente porque una no puede demostrar su propio cumplimiento sin demostrar el de la otra. LITISCONSORCIO NECESARIO esta figura está regulada en el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil para aquellos asuntos en los que la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, porque la irrescindibilidad e indivisibilidad de la situación jurídica impide una distinta solución para los varios sujetos que en ella concurren. INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO.— (artículo 83 Código de Procedimiento Civil).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., mayo 22 de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente No. 1871. Ordinario Contratos.
Actor: **Sociedad "Pavimentaciones Asfálticas".**

En escrito de 6 de octubre de 1975, la Sociedad Pavimentaciones Asfálticas Ltda., solicita la nulidad de las resoluciones Nos. 1195, 1013, 3127, y 115, las dos primeras de 1974 y las últimas de 1975, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato 342-70 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la firma demandante y Pavimentos Unidos Ltda.; y se condene a dicho Fondo a pagar los perjuicios morales y materiales causados por los actos acusados y por el incumplimiento del contrato en cuestión, debidamente actualizados. Solicita, además, que se declare que la demandante no está obligada a pagar suma alguna al aludido Fondo.

Como hechos se narran en síntesis:

1. Que el Fondo Vial Nacional celebró con las firmas "Pavimentaciones Asfálticas Ltda., y Pavimentos Unidos Ltda." el contrato 342-70 el 1o. de diciembre de 1970 para la reconstrucción y pavimentación de los sectores de la carretera Fundación —La Estación— San Roque; la Estación Bosconia —María Angola y Crucero Chiriguaná —Rincón Hondo— Codazzi; y el contrato adicional "otro sí" de 25 de noviembre de 1973.

2.— Que por resolución 1195 de 4 de febrero de 1974 se declaró la caducidad de dicho contrato y se ordenó su liquidación; resolución que fue aprobada por la No. 013 de la misma fecha.

3.— Que contra dichos actos se formuló el recurso de reposición oportunamente y solo vino a resolverse el 7 de mayo de 1975 mediante la Resolución No. 3127, aprobada ese mismo día por la No. 115.

4.— Que sin estar ejecutoriadas las dos primeras resoluciones el Ministerio las puso en ejecución, ya tomando posesión de las obras, como con la expedición de la Resolución No. 5146 de 1974 (julio 3), por la cual se liquidó ese mismo contrato.

5. Que contra la Resolución 5146, notificada indebidamente al gerente de la Sociedad en Cali, se interpuso reposición, el que fue denegado mediante la Resolución 6937 de 4 de septiembre de ese mismo año; violándose así el párrafo primero de la cláusula vigésima quinta del contrato.

Que el declarante agotando la vía gubernativa contra la resolución de liquidación, quedó en firme, y se hizo exigible la obligación a cargo de la actora de consignar la suma de $ 78.241.254.07 creándose así un pasivo que colocó a los contratistas en grave crisis económica y financiera y los impulsó a solicitar un concordato preventivo potestativo que correspondió al juzgado décimo civil del circuito de Cali.

7.— Que los perjuicios en sus diferentes circunstancias pueden discriminarse así: Utilidades que debía producir el contrato; pérdida de equipos y maquinaria; costo de oficinas de administración, pérdida de *good will*; imposibilidad de nuevas contrataciones; y caducidad de otros contratos celebrados con el Fondo Vial.

Estima la parte demandante que el Fondo violó con su conducta las siguientes cláusulas contractuales: 4, 5, 6, 9, 10, 14, 16, 17, 24 y 25 (par. 1o.) y las siguientes normas legales: 16, 20, 26, 30 y 45 de la Constitución Nacional; 1602, 1603, 1604, 1609, 1613, 1614 y 1615; 62, 254 y 255 del Código Contencioso Administrativo; 11 de la Ley 4 de 1964.

De folios 27 a 35 se explica ampliamente el concepto de la violación y la fundamentación jurídica de la demanda.

Cumplido el trámite de ley 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, el asunto no está llamado a prosperar. Así en su vista que obra a folios 76 y siguientes, sostiene en apartes que se transcriben para una mejor ilustración del asunto:

"Contra la Resolución que declaró la caducidad, la que la confirmó y la que resolvió el recurso interpuesto, ha entablado la parte actora PAVIMENTACIONES ASFALTICAS, acción de plena jurisdicción.

"Es preciso entonces entrar a analizar el problema planteado, empezando por la oportunidad en que fue dictada la Resolución que declaró la caducidad administrativa del contrato, si fue o no expedida en tiempo por la administración.

"Según certificación del secretario general del Ministerio de Obras Públicas, el contrato celebrado entre el Fondo Vial Nacional y las firmas Pavimentaciones Asfálticas Limitada y Pavimentos Unidos, quedó legalizado el día 18 de diciembre de 1970, y como la cláusula séptima prevé que el plazo contractual debe empezar a contarse 30 días después de la legalización, se tiene que empezó a ejecutarse el contrato el día 18 de enero de 1971 y venció el plazo el día 18 de mayo de 1974.

"La Resolución pues, dictada con fecha 4 de febrero de 1974, fue expedida en tiempo por el señor Ministro de Obras Públicas y no se puede por tanto afirmar que fue extemporánea, como dice el señor apoderado de Pavimentaciones Asfálticas en su alegato de conclusión (folio 53 cuaderno 1).

"Visto lo anterior, es preciso entrar a analizar las pruebas aducidas por las partes para efectos de determinar si es procedente o no la nulidad de los actos administrativos acusados".

. . . . . .

"A este respecto vale la pena hacer las siguientes consideraciones:

"Pretende la parte actora con estas certificaciones demostrar que la insolvencia económica a que se vio abocada es imputable a la Administración, pero tal prueba es inconducente por cuanto si bien es cierto que se prueba en forma suficiente que contra la sociedad PAVIMENTACIONES ASFALTICAS se han iniciado procesos ordinarios laborales, abreviados, ejecutivos, etc., no aparece la fecha en que ellos se iniciaron ni que hubiera sido consecuencia lógica de circunstancias o hechos imputables al FONDO VIAL NACIONAL en desarrollo del contrato 342-70.

"Lejos pues de ser estas pruebas favorables a la firma actora que las ha aportado, han servido para demostrar que la Administración tuvo motivos más que suficientes para dictar la Resolución que ahora se acusa ante esta jurisdicción y carece pues de asidero legal la afirmación de que el FONDO hubiera sido el causante del caos económico de la firma PAVIMENTACIONES ASFALTICAS.

"La relación entre los procesos antes citados y la culpa de la Administración, no quedó demostrada. Más aún si se tiene en cuenta que en el momento en que se celebró el contrato, el contratista debió demostrar que se encontraba en una buena situación económica, requisito éste que era indispensable para que la Administración pudiera contratar. Por otra parte, los problemas de orden laboral que suelen presentarse alrededor de un contrato administrativo, son exclusivamente a cargo del contratista.

"La existencia del concordato preventivo con sus acreedores nos está probando una vez más el mal estado financiero de la misma lo que hubiera servido a la Administración para declarar en esa ocasión la caducidad administrativa del contrato".

Al criticar la prueba testimonial afirma la Fiscalía:

"Pero no logra la parte actora tales objetivos por las siguientes razones: El doctor Cruz afirma que las fuentes de materiales presentadas en los pliegos de licitaciones no eran acordes a la realidad misma de la obra; pero más adelante el mismo declarante desvirtúa su dicho, al afirmar que el Ministerio para solucionar tal problema, envió al ingeniero Enrique Pinilla y a otros ingenieros de suelos, para reestudiar las fuentes de materiales y considerar las posibilidades de cambiar la estructura de la vía, ante la deficiencia de materiales adecuados para la construcción de la misma. Lo anterior no está indicando que si efectivamente ese error pudiera ser imputable al Ministerio, al mismo tiempo el propio Ministerio estuvo atento a solucionarlo y puso todo el empeño para alcanzar este objetivo.

"Afirma además el ingeniero Díaz Ceballos, quien permaneció en la obra durante 18 meses como residente, que durante este lapso no se presentaron problemas con las fuentes de materiales por estar en ejecución los trabajos de sub-estructuras; que solamente más adelante sí se podrían haber presentado tales problemas. No fue, pues, este hecho de mayor significación para el incumplimiento de Pavimentaciones Asfálticas, ya que mientras se trabajaba en un frente y habiendo detectado tal problema a tiempo, se contaba con la posibilidad de ir adelantando otras obras principales, sin causar perjuicios al contratista.

"En cuanto a la forma fraccionada como el Ministerio entregó el anticipo y que según la parte actora le causó graves perjuicios para la compra y nacionalización de maquinaria, vale la pena observar lo siguiente: Siendo la firma contratista una firma solvente al momento de la contratación, ha debido contar, por lo menos, con dineros suficientes para la iniciación de las obras.

"Analizando ahora el hecho afirmado por la parte actora y referente a que los precios pactados originalmente no eran reales al momento de la ejecución del contrato,

se tiene que en varias oportunidades y según lo prueban los otrosí firmados, dichos precios fueron reajustados por el Ministerio atendiendo las solicitudes que al respecto formulara Pavimentaciones. Este punto también queda entonces desvirtuado, ya que los hechos prueban lo contrario.

"Es además importante tener en cuenta que en la declaración del Dr. Díaz Ceballos, ingeniero residente, anteriormente transcrita y al hacer referencia a la maquinaria existente en la obra y que debía ser suministrada por la firma contratista, debemos atenernos a lo afirmado por él, por ser persona conocedora de la situación, pues era el encargado de las obras, y al respecto afirmó "que siendo la obra del contrato 342-70 una obra de gran envergadura, era necesario disponer de gran cantidad de equipo para su ejecución y a dicho frente Pavimentaciones Asfálticas llevó maquinaria recién adquirida exclusivamente para ese contrato y el volumen de ella era superior a los equipos de que disponía la compañía en el momento de la iniciación de la obra en otros frentes". Aclaró que ese equipo a pesar de ser bastante, *"no era suficiente para atacar la obra en distintos frentes como es lo normal en este tipo de trabajos para que su rendimiento fuera el óptimo pues las distancias a recorrer eran bastantes grandes"*. Esta afirmación no necesita comentario alguno, pues por sí sola es suficiente para desvirtuar la situación real de la firma contratista".

. . . . . .

"Por su parte el FONDO VIAL NACIONAL, aportó las siguientes pruebas:

1.— Informe de labores ejecutadas por Pavimentaciones Asfálticas durante los meses de enero a marzo, agosto, octubre a diciembre de 1971, todo el año de 1972 y enero a abril de 1973, (fólder No. 3 pruebas parte opositora).

Con estos informes de labores se puede concluir, teniendo en cuenta que el contrato empezó a ejecutarse en enero de 1971, que Pavimentaciones Asfálticas desde un comienzo, o sea a escaso mes de haber iniciado labores dio motivos para que en ellas se hicieran observaciones en cuanto a la baja producción, a la cantidad de obra programada, a la deficiencia del equipo para cubrir el total de la obra, y de la nula producción de las obras de arte que han debido realizarse durante todo el tiempo de ejecución del contrato por parte de Pavimentaciones Asfálticas.

"Además, es de anotar que la interventoría se quejó siempre de que el programa de trabajo mostraba un desequilibrio en la obra ejecutada, ya que la explanación sobrepasaba el programa en varios miles de pesos, mientras los demás ítems mostraban retrasos apreciables, advirtiendo la interventoría que dicho desequilibrio afectaría considerablemente la ejecución de la sub-base, base y pavimento del contrato. También cuestionó la falta de organización y la baja producción y en forma reiterada hizo hincapié en que si el contratista continuaba con los problemas económicos que la afectaban, le sería imposible una recuperación a corto plazo y antes por el contrario la producción de la obra continuaría decreciendo.

"El hecho de que desde los primeros meses de ejecución de las obras materia del contrato 342-70 la interventoría hiciera reparos como el de que "dentro del contrato total la obra ejecutada solo es del 65.45 y 55% de la programada" y que este atraso se debe a problemas financieros de los contratistas, al bajo rendimiento en la construcción de obras de arte y a la falta de equipo necesario para comenzar los trabajos de sub-base, base y pavimento, es por sí solo suficiente para demostrar el incumplimiento del contratista.

"Vale la pena anotar además que el Ministro de ese entonces y quien suscribió el contrato a nombre del FONDO VIAL NACIONAL en declaración rendida ante el

Honorable Consejo de Estado, a solicitud de la parte demandada y haciendo un análisis de la forma como se desarrolló el contrato, hace referencia a la buena voluntad que tuvo en todo momento el Ministerio para que el contrato llegara a buen término. El dicho del doctor Durán Quintero merece toda credibilidad, pues nadie mejor que él puede dar cuenta de tales hechos.

"El anterior análisis es suficiente para que sin mayores disquisiciones al respecto, se pueda concluir que PAVIMENTACIONES ASFALTICAS incumplió sus obligaciones contractuales, siendo comprobada además su insolvencia económica; lo que dio origen a que la Administración declarara la caducidad administrativa del contrato 342-70.

"A juicio de esta Agencia del Ministerio Público, el acto acusado debe mantenerse y en consecuencia negar todas las peticiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante".

Para la Sala no asiste la razón ni a la parte actora ni al ministerio público porque la decisión tendrá que ser inhibitoria, por las razones que se exponen a continuación:

El contrato de obra pública 342-70 fue celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el consorcio formado por las firmas Pavimentaciones Asfálticas Ltda., y Pavimentos Unidos Ltda.

Según la parte introductoria del contrato, las dos firmas "obran solidaria y mancomunadamente" en el cumplimiento del mismo. Se da así una pluralidad de sujetos obligados a la ejecución de una obra pública, conformándose de esta manera lo que en la legislación posterior a su celebración vino a denominarse un consorcio.

Quiere decir lo precedente que la obligación de ejecución y cumplimiento del contrato estaba a cargo de las dos sociedades, denominadas "el contratista", pero no en forma conjunta, ya que en virtud de dicho convenio las dos o cada una por separado quedaba obligada por el todo. En otros términos, la obligación para los miembros de ese consorcio era solidaria.

Así en virtud del pacto de solidaridad, quedó cada una de las sociedades deudoras con la obligación de ejecutar la totalidad del contrato; aunque el objeto de éste fuera naturalmente divisible.

Pero esta solidaridad por pasiva, cuyos alcances están claramente definidos en la ley, no podía producir efectos diferentes a los señalados en la misma y que tocan con la extinción de la obligación total o parcial.

De allí que cuando la administración produjo el acto de caducidad y adujo para ello el incumplimiento de la obligación de ejecutar la obra por parte de las dos sociedades y éstas se sintieron lesionadas en sus derechos subjetivos, no podía una de ellas, separadamente, prevalida de esa solidaridad, impugnar el acto administrativo con efectos de restablecimiento en beneficio de las dos. No, la solidaridad pasiva no le daba esas facultades, máxime cuando la impugnación del acto administrativo estaba acumulada con una pretensión indemnizatoria. En otros términos, la expedición del acto administrativo que declaró el incumplimiento de la obligación, no trocó esa solidaridad pasiva en activa, como si las sociedades en cuestión se hubieran vuelto por este acto administrativo acreedoras solidarias de una obligación indemnizatoria a cargo del Estado.

Ante esa declaratoria de caducidad tenían las dos firmas que actuar conjuntamente (o una a nombre de la otra, en virtud de un mandato) porque una no podía demostrar su

propio cumplimiento sin demostrar el de la otra. El consorcio, en el fondo, creó la ficción de una sola persona obligada. De allí que ante situaciones similares se diga que el consorcio cumplió o incumplió, pero no que uno de los socios lo hizo y el otro no. Confirma estas ideas la parte introductoria a que se hizo alusión atrás, en donde se lee que las dos sociedades constituyen o conforman "el contratista" y no los contratistas.

En otros términos, las reflexiones precedentes muestran cómo desde que se abrió la posibilidad del agotamiento de la vía gubernativa con la notificación de la Resolución 1195 de 4 de febrero de 1970 (aprobado por la 013 de la misma fecha) surgió a la vida jurídica un litisconsorcio necesario, porque no podía la administración decidir los recursos de manera diferente a los socios, ni estos podían asumir conductas separadas, como la de uno aceptando la decisión administrativa y la del otro recurriéndola. Esa razón movió a los miembros del consorcio a agotar conjuntamente la vía gubernativa. Si esto no hubiera sido así, el no agotamiento de la vía administrativa por parte de uno de los miembros del consorcio, habría comprometido igualmente la suerte del otro.

En este mismo orden de ideas se observa que la demanda, luego del agotamiento de la vía gubernativa, tenía que ser igualmente conjunta porque el consorcio ni forma una persona jurídica distinta a sus socios ni éstos se representan entre sí.

La demanda fue presentada por Pavimentaciones Asfálticas Ltda., sociedad que dice actuar en su propio nombre y pretende el restablecimiento de su derecho. En parte alguna alega o demuestra que lo hace para el consorcio o que tiene la representación de Pavimentos Unidos Ltda.

Por activa, entonces, la controversia deja ver un litisconsorcio necesario, porque como se explicó atrás, no es posible resolver la controversia planteada sin las dos personas que fueron sujetos pasivos de la relación obligacional creada por el contrato, como fuente mediata, y por el acto de caducidad, como fuente inmediata.

Esta figura del litisconsorcio está regulada en el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil para aquellos asuntos en los que la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, porque la inescindibilidad e indivisibilidad de la situación jurídica impide una distinta solución para los varios sujetos que en ella concurren, tal como lo afirma el profesor Devis E.

Si bien el mismo código trae una solución para integrar el contradictorio en los casos de litisconsorcio necesario (artículo 83), ora ordenando esa citación en el auto admisorio de la demanda, ora en oportunidad posterior hasta antes de que se dicte la sentencia de primera instancia, la Sala estima que la norma en este segundo evento, luego de precluídas las etapas probatoria y de alegación, violaría la garantía constitucional del debido proceso. Para entender este aserto basta pensar que si en este momento en lugar de proferir el fallo se citara a Pavimentos Unidos y aún se le diera término para solicitar pruebas, frente a las ya practicadas nada tendría que hacer, y no sería legal que se entendieran frente a la misma persona como públicas y controvertidas y por ende, dotadas de validez. Además, tampoco tendría la oportundiad de formular el alegato de conclusión.

Muestra lo precedente que la aplicación del artículo 83 en eventos como el aquí analizado violaría el artículo 26 de la Carta, por permitir la decisión de un proceso con clara pretermisión de formas procesales vinculadas con el derecho de defensa.

El litisconsorcio necesario está ligado a la legitimación en la causa. Así, por activa, cuando no intervienen en un proceso todos los que deben hacerlo, se produce una sentencia inhibitoria. Cuando no se hace intervenir a alquien a pesar de haberse

señalado inequívocamente en la demanda como parte, bien explícita o implícitamente, el fenómeno procesal ya no sería de inhibición sino de nulidad. Pero, como se explicó atrás, no fue este el caso, ya que la sociedad demandante fue clara en demandar para sí la totalidad de la indemnización con prescindencia de cualquiera otra; y no se le podía imponer forzosamente la presencia de una persona que no quería dentro del proceso.

Finalmente, y aceptando en gracia de discusión de que pudiera integrarse el contradictorio después de la admisión de la demanda y hasta antes de dictar sentencia, en el caso *sub-júdice* tampoco habría podido cumplirse esa integración porque la solución solo es posible en asuntos de dos instancias y antes de la sentencia de primera.

En procesos de única, como el que aquí se decide, la oportunidad no puede darse sino en el auto admisorio de la demanda. En los de dos, se satisface en parte ese debido proceso con la intervención que se le permite al citado al finalizar la primera y durante toda la segunda. El inciso segundo de la norma citada impone esa conclusión.

Para terminar, se anota:

Aunque en apariencia existe otro aspecto que daría pie para pensar en otra causal de ineptitud de demanda, por cuanto no se demandó con las Resoluciones de caducidad (1195, 013, 3127 y 111) las de liquidación del contrato (5146 y 6937), estima la Sala que no alcanza a configurarse dicho fenómeno exceptivo, ya que estas últimas no son más que actos de ejecución del de terminación, que quedarían automáticamente sin efecto alguno al desaparecer este. Tan cierto es esto que la demanda giró en torno a las resoluciones citadas en primer término y no frente a las últimas. Cosa diferente sería que la discrepancia radicara única y exclusivamente en el acto de liquidación, evento en el cual sí se impone la impugnación separada.

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:

Declárase inhibido para fallar de fondo por falta de legitimación en causa de la parte actora.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17 de mayo de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala; **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Vasco Aurelio Muñoz C.**, Conjuez; **Félix Arturo Mora Villate**, Secretario.

LITISCONSORCIO NECESARIO.— Integración del Contradictorio. Aplicación del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. Lo importante de este artículo no es su texto mismo sino la institución procesal que significa como medida de saneamiento destinada a desarrollar el principio de la economía procesal.

SALVAMENTO DE VOTO.

Referencia: Expediente No. 1871.
Actor: **Sociedad "Pavimentaciones Asfálticas".**

Respetuosamente me separo de la mayoría por considerar que en este juicio, la solución no era la sentencia inhibitoria sino la aplicación del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que prevé, justamente el procedimiento de saneamiento cuando se ha adelantado el proceso sin citación de los litisconsortes necesarios.

En este caso no se integró el contradictorio en debida forma por cuanto la demanda solo fue presentada por uno de los dos titulares del derecho reclamado: era por consiguiente aplicable dicha norma. La sentencia dejó de hacerlo al considerar inconstitucional su aplicación en este juicio por afectar el debido proceso, por cuanto en su concepto el nuevo litisconsorte "nada tendría que hacer" frente a las pruebas practicadas y no podrían considerarse tales pruebas como públicas y controvertidas por la persona que apenas ahora se hace parte.

Considero, sin embargo, que el nuevo litisconsorte sí puede controvertir y desvirtuar las pruebas ya practicadas. El artículo 83 establece toda una tramitación orientada precisamente a garantizar que el nuevo litisconsorte pueda, no solo hacerse parte, sino pedir pruebas y practicarlas, dentro de términos similares a los ordinarios. De manera que, si lo quiere, el nuevo litisconsorte puede inclusive pedir otras inspecciones judiciales u otros dictámenes periciales sobre los mismos hechos que ya han sido materia de tales pruebas; o puede pedir nuevas declaraciones a las mismas personas que ya han depuesto dentro del juicio, con el objeto de desvirtuar o ampliar lo establecido en las ya practicadas. En cuanto a los documentos, frente a los cuales podría plantearse el problema de los términos del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, debe entenderse que el nuevo litisconsorte puede formular la tacha de ellos al contestar el llamamiento al juicio.

Queda así en evidencia que la garantía del debido proceso opera plenamente para el nuevo litisconsorte, por cuanto éste tiene todos los derechos necesarios para pedir, probar y obviamente para alegar. No cabe, por consiguiente, plantear aquí la inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 83, como lo hace la sentencia.

Tampoco puede afirmarse que la aplicación de dicha norma sea improcedente en este juicio contractual de única instancia, como lo sostiene la sentencia al darle interpretación literal al artículo que habla de primera instancia.

Lo importante del artículo 83 no es su texto mismo sino la institución procesal que significa como medida de saneamiento destinada a desarrollar el principio de la economía procesal. Es la filosofía de la institución y su objeto mismo, lo que cuenta ante todo. Y si esa norma fue dictada para un sistema como el del proceso civil, caracterizado todavía por el procedimiento de la doble instancia, no puede dejarse de aplicar en los procesos administrativos en que se establece una sola instancia, por considerarse precisamente que las garantías son mayores y que resulta innecesario el doble examen.

Considero por lo tanto que era aplicable el artículo 83. Además, la economía procesal y el derecho de los asociados a que el Estado defina sus controversias indicaban también que esta vía del saneamiento resultaba más positiva para los fines de la justicia.

Eduardo Suescún Monroy.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.— DEFINICION.— CARACTERISTICAS.— REGIMEN DE NULIDADES.— Servicio de procesamiento de datos (Decreto 1159 de 1976). El Decreto 222 de 1983 consagra las causales de nulidad de los contratos celebrados por la Administración, pero las reglas del Código Civil sobre la materia, deben ser tenidas en cuenta para los efectos sancionatorios de los actos que están afectados de vicios. FACULTAD ABIERTA PARA CONTRATAR.— No le está dada a la administración la facultad abierta de celebrar contratos, por las que exprese su voluntad, y se cobije bajo el principio de presunción de legalidad conque está amparado, sin sujeción a determinados y especiales requisitos, porque los actos que celebre en contravención de las normas que las regulan, atacan su eficacia futura o su estabilidad negocial. CONTRAVENCION DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA.— AUTORIZACION PRESIDENCIAL.— OBJETO ILICITO.— Existe cuando se prescinde de aquellos supuestos que según la ley deben cumplirse para la viabilidad del negocio o los que están prohibidos. NULIDAD ABSOLUTA.— Alcances. No en cuanto a los efectos de la sanción, sino en lo que atañe a las consecuencias prestacionales. Artículo 1746 Código Civil. Aplicación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., junio veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 3071.
Actor: **INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA.**

Cumplido el trámite correspondiente se procede al estudio para decisión:

I

A.— El representante legal del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por medio de apoderado judicial y en demanda presentada con las formalidades exigidas por la ley, pide que se declare: la nulidad de la autorización conferida al gerente por la junta directiva del mismo, contenida en el Acta No. 512 de junio 13 de 1979; la nulidad de la Resolución No. 2322 de 6 de julio de 1979, proferida por la gerencia general del Instituto y mediante la cual se adjudicó la licitación No. 04 de enero 18 de 1979 a la Sociedad Consultores para el Desarrollo de América Latina Ltda., —Codal Ltda.—, junto con el acta de notificación personal; la nulidad del contrato No. 44 de 25 de octubre de 1979 suscrito entre los doctores Etion Gómez en su condición de representante legal de Codal Ltda., y José Antonio Gómez Hermida como gerente general del Instituto, referente al diseño e implante de un sistema moderno de información para la administración superior de los proyectos y programas de reforma agraria; que el contrato en referencia no generó ninguna obligación para la entidad, y que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la firma Codal Ltda., a "la devolución del 30% del valor total del contrato, o sea la suma de $ 3.509.400.oo que le fueron entregados como anticipo según cuenta de cobro No. 1997 de 31 de octubre de 1979 más los intereses corrientes desde esta fecha hasta el día que se realice efectivamente la restitución, y la devolución de $ 804.844.46 entregados a los consultores mediante las cuentas de cobro números 2480 de 28 de diciembre de 1979 y 0073 de febrero 7 de 1980, cada una por un valor de $ 574.888.89 menos el 30% de descuento sobre el anticipo equivalente a $ 172.466.66 para un total de $ 402.422.23 que fueron recibidos por los beneficiarios en desarrollo del contrato No. 44 de octubre de 1979, más los intereses corrientes hasta el día que se realice efectivamente la restitución".

B.— Los hechos, fundamento de las pretensiones se resumen:

1.— Mediante Acuerdo No. 1163-00, suscrito el 12 de septiembre de 1975 entre la República de Colombia, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se acordó un préstamo a esta entidad de veintiún millones de dólares para la terminación de los proyectos de reforma agraria en el Departamento de Córdoba, del cual se destinaría una suma para "emplear consultores especializados en manejo y contabilidad cuya calificación, experiencia y términos y condiciones de empleo sean satisfactorios al Banco para asistir al Instituto en (i) el mejoramiento de la organización, especialmente en lo referente a las operaciones sobre desarrollo de tierras y los procedimientos contables generales y (ii) elaboración de un sistema para avalúo y colección de las obligaciones mencionadas en la sección 4.03 de este acuerdo (Sección 302 artículo III del Acuerdo de Proyecto entre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria)".

2.— En cumplimiento de lo anterior, la gerencia general del Instituto mediante Resolución No. 218 de 18 de enero de 1978 "ordenó la apertura de la licitación pública a fin de llevar a cabo un proyecto de consultoría destinado a diseñar e implantar un sistema moderno de información financiera y contable".

3.— Realizado el estudio de las propuestas presentadas se adjudicó la licitación a Codal Ltda., mediante Resolución No. 2322 de 6 de julio de 1979 previa recomendación del Comité de Licitaciones y autorización al gerente por parte de la junta directiva en reunión celebrada el 13 de junio de 1979.

4.— El 25 de octubre del mismo año se suscribió el contrato No. 044 por un valor total de $ 11.698.800 dividido en 4 etapas discriminadas en el pliego de condiciones y por valor, en su orden, de $ 1.169.200; $ 4.053.600; $ 3.302.600 y $ 3.172.600, pactándose además un anticipo de $ 3.509.400 equivalente al 30% del valor del contrato dentro de los 45 días siguientes a su legalización; estas etapas se denominaron en su orden: Diagnóstico; Diseño general del sistema de información financiera para la administración superior; Diseño pormenorizado del sistema de información financiera para la administración superior; Implantación y seguimiento del nuevo sistema. Al finalizar cada etapa se debía presentar un informe y obtener así su aprobación por parte de las correspondientes autoridades de INCORA.

5.— En cumplimiento del contrato, la firma consultora comenzó la ejecución de la primera etapa del mismo, finalizada la cual fueron presentadas las conclusiones obtenidas sin que cumpliera los objetivos propuestos en el pliego de condiciones lo que hubiera producido la terminación del contrato de no haber existido causales de nulidad en el mismo.

6.— Al momento de la suscripción del contrato este no se encontraba perfeccionado por carencia absoluta de los requisitos a que se refiere el artículo 168 del Decreto 150 de 1976 y por cuanto no solicitó el INCORA a la Comisión Nacional de Sistemas del DANE, en forma previa, con base en la justificación técnica y económica de su celebración, la prestación directa o indirecta del servicio de procedimiento de datos por el DANE u otros organismos del sector oficial que estuvieran en capacidad de suministrarlos, conforme a las disposiciones de los Decretos 131, 1159 y 1160 de 1976 y en las Resoluciones Nos. 2125 y 2260 de 1976 emanadas de esta misma entidad.

7.— La firma contratista constituyó las garantías de cumplimiento del contrato, multas, correcta inversión del anticipo y pago de salarios y prestaciones sociales al personal, mediante las pólizas Nos. 18358 y 18359 y el certificado de modificación 6634 de Seguro de Vida del Estado S. A.

8.— La firma consultora recibió la suma de $ 3.509.400 equivalente al 30% del valor total del contrato por concepto del mismo y en calidad de anticipo y $ 804.844.46 correspondiente a cancelación de los meses de noviembre a diciembre de 1979 y de diciembre a enero de 1980.

9.— El contrato se acompañó a la demanda en copia debidamente autenticada. Se acreditó fehacientemente la existencia y representación de la Sociedad demandada (folios 13 - 14 Código Penal).

C.— Como disposiciones violadas cita las siguientes: Numeral 7o. del artículo 6o. del la Ley 135 de 1961; Inciso 1o. del artículo 168 y 202 del Decreto-Ley 150 de 1976; artículo 6o. del Decreto 749 de 1976; artículos 1o. y 2o. del Decreto 1666 de 1976; Decreto-Ley 131 de 1976; Decretos 1159 y 1160 de 1976, reglamentarios del Decreto 131 de 1976. Resoluciones números 002260 de octubre de 1976 y 2125 de 1976 del DANE".

II

El Ministerio Público expone:

"En el caso presente, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a través de toda la actuación administrativa que culminó con la celebración del contrato de prestación de servicios suscrito con la firma CODAL LTDA., incurrió en una serie de vicios con violación de las normas vigentes sobre el particular.

"En efecto, el Decreto 1160 de junio 7 de 1976, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto extraordinario 131 de 1976 y se dictan normas sobre formulación y aplicación de políticas en materia de sistemas de información, equipos y servicios de procedimiento de datos prescribe en su artículo 2o: "En desarrollo de los objetivos propuestos, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta con aporte oficial superior al 90% de su capital social, *deberán solicitar al DANE el suministro de los servicios de procesamiento de datos que precisen, para que este Departamento Administrativo decida si está en capacidad de atender el requerimiento con su personal técnico y con los equipos de procesamiento que posea en la actualidad o adquiera en el futuro.* (Se subraya).

"Igualmente el DANE podrá gestionar que dichos servicios sean prestados por otros organismos del sector público que estén en capacidad de suministrarlos. (Se subraya).

"Artículo 4o. Cuando la capacidad instalada del sector público no permita la prestación de los servicios en la forma señalada en el artículo 2o. del presente Decreto, *el DANE asesorará al organismo interesado en la escogencia de la alternativa que se estime conveniente para la satisfacción de sus necesidades en materia de procedimiento de datos e información, con arreglo a los criterios que se expresan en el artículo 1o. del presente Decreto.* (Se subraya).

"6o. Toda gestión que deseen adelantar las entidades a que se refiere el presente Decreto tendientes a implantar nuevos sistemas de información, equipos y servicios de procesamiento de datos, o a modificar los existentes, *estará precedida de estudios técnicos y económicos de justificación que señale el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE".* (Se subraya).

"Lo anterior nos está indicando que ni el INCORA ni ningún establecimiento público puede celebrar contrato alguno de prestación de servicios de la naturaleza del que se estudia, sin antes haber llenado el requisito de haber obtenido el estudio técnico y económico del DANE; por tanto, mal podía el INCORA abrir una licitación pública y luego adjudicarla, cuando se requería una formalidad que no se llenó, contraviniendo las normas legales que así lo exigen. Esta razón es suficiente para que el Honorable Consejo de Estado declare la nulidad de la Resolución que adjudicó el contrato en estudio, por ser violatoria del ordenamiento jurídico existente.

"En cuanto a la petición de nulidad del contrato No. 044 celebrado entre el INCORA y CODAL Ltda., con fecha octubre 25 de 1979, además de las razones expuestas anteriormente y que son valederas para solicitar que prospere esta súplica, cabe agregar:

"No puede hablarse de que el contrato No. 044 hubiera nacido a la vida jurídica y pudiera producir los efectos de uno válidamente celebrado, ya que para su celebración requería según la exigencia del artículo 168 del Decreto-Ley 150, concepto *previo y favorable de la Presidencia de la República.*

Dice así el artículo 163: "DEL CONCEPTO DE LA PRESIDENCIA PARA LA CELEBRACION DE CIERTOS CONTRATOS.

"Para la celebración y prórroga de contrato de prestación de servicios o la ordenación de gastos con el mismo fin, las entidades descentralizadas a que se refiere este Decreto requerirán autorización previa y favorable de la Presidencia de la República, expedida a solicitud del ministerio o departamento administrativo al cual se halle adscrita o vinculada la respectiva entidad.

"No habrá lugar al cumplimiento de este requisito cuando la cuantía del contrato o la ordenación del gasto fueren inferiores a trescientos mil pesos ($ 300.000.oo) o cuando se trate de contratos celebrados para la ejecución o desarrollo de convenios de asistencia técnica suscritos con entidades o gobiernos extranjeros".

"A tenor del artículo 1519 del Código Civil hay *objeto ilícito* en la celebración de contratos por parte de la Administración, cuando con ellos se contraviene el derecho público de la Nación. los Decretos Leyes 131 y 160 de 1976, dictados en uso de facultades extraordinarias conferidas al Gobierno, por la Ley 28 de 1974 son de derecho público, configurándose con esto una nulidad del contrato celebrado por el INCORA con la sociedad CODAL LTDA., por objeto ilícito, nulidad que teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 es absoluta, y como tal no puede sanearse.

"Es importante destacar el hecho de que si bien a través de este concepto se ha hecho referencia únicamente a los vicios en que incurrió el INCORA a través de la actuación administrativa que culminó con la celebración y ejecución del contrato, estos vicios no pueden imputarse solamente al Instituto ya que el contratista firmó el contrato y no puede alegar a su favor la ignorancia de la ley y exonerarse de culpa.

"El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha afirmado que admitir que los hechos cumplidos sanean la nulidad y dejan en firme las obligaciones estipuladas en contrato inválido por objeto ilícito y generan indemnización, es sentar el antijurídico precedente de que las disposiciones de derecho público reguladoras de la contratación administrativa pueden dejar de acatarse y resulte eficaz lo pactado en contravención de las mismas".

III

La Sala considera:

1. Si bien es cierto que el Decreto 160 de 1976, consagraba, como lo hace ahora el Decreto 222 de 1983, causales de nulidad de los contratos celebrados por la administración, también lo es que las reglas del Código Civil, sobre la materia, deben ser tenidas en cuenta para los efectos sancionatorios de los actos que están afectados de vicios. No se puede, por tanto, separar las normas de la contratación administrativa del régimen de nulidad que el ordenamiento privado regula, puesto que es el poder del orden jurídico el que monta guardia para evitar conductas que resientan los derechos tutelados por la ley, con criterio superior.

Como bien lo ha sostenido esta Corporación, (Sentencia febrero 1o. de 1979, expediente 2199 anales 1er. semestre 1979 página 233).

"La noción de nulidad absoluta regulada en el Código Civil, no puede ser subestimada en el ámbito del derecho que rige las relaciones entre la administración y los particulares, y las consecuencias establecidas en el mencionado estatuto deben ser reconocidas, no obstante las modalidades propias del acto administrativo y a pesar de la supuesta legitimidad que, como privilegio especial, lo ampara hasta cierto punto, y de la ejecutoriedad.

"La afirmación doctrinaria de que es lógica la conjetura de legitimidad por cuanto el acto administrativo emana de una autoridad pública con obligación de respetar la ley, porque es obra de un funcionario seleccionado y desinteresado que debe observar, comúnmente, determinadas formas y porque, antes de ser eficaz, está supeditado a una serie de controles por parte de distintos organismos, según anotación de María Rivalta citado por Miguel Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo —Buenos Aires, 1966, Tomo II, Página 370), no parece razón suficiente para excluir la posibilidad del reconocimiento espontáneo de su contrariedad con el ordenamiento jurídico, cuando es manifiesta; de la declaración expresa de ilegitimidad por quiebra ostensible de la presunción y, en consecuencia, de la ineficacia para producir los efectos que corresponden a la manifestación regular de la voluntad del ente público pues, como dice el mismo Marienhoff, el acto administrativo se presume válido pero en tanto no se trate de una nulidad manifiesta, lo contrario importaría una aptitud absurda, inconcebible en un jurista, quien no puede presumir la perfección de un acto cuya invalidez surja a la vista, revelada al jurista por sus conocimientos del derecho y por el contenido del acto. Las soluciones que se adopten en derecho administrativo tienen que armonizar con la lógica, con la sensatez, pues esa rama jurídica pertenece a un mundo real, no a un mundo de fantasía que permite adoptar soluciones reñidas con el buen sentido (Op. Cit. página 468-469). Así por ejemplo, no es posible la indiferencia ante el pronunciamiento de un órgano que carece por completo de competencia porque el acto resulta absolutamente viciado por falta de un elemento esencial: es inaceptable la tolerancia cuando la administración pretende, con su actividad, alcanzar un fin en desacuerdo con el interés general porque "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación", como lo estatuye el artículo 1519 del Código Civil, y porque la nulidad producida por un objeto o causa ilícita o por omisión de algún requisito o formalidad es absoluta, según el artículo 1741 ibídem. Y es imposible desconocer, en el campo del derecho administrativo, el contenido y alcance general del artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa

ilícitos, puede sanearse, por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria". (Sentencia 1o. de febrero 1979. Sección 3a. Expediente 2199. Actor: Alberto Carbonell O.).

2. Frente a cualquier defecto que se observe en un contrato, constitutivo, bien de una nulidad absoluta, ora de una relativa, su eficacia provisoria, llega hasta el momento en que se produce la anulación judicial, previa la movilización del aparato jurisdiccional del Estado, en cualesquiera de sus formas, la ordinaria o la contenciosa administrativa, de acuerdo, como es sabido, a la índole o clase de contrato, privado o administrativo. Por eso, no se admite, ni aún con los poderes exorbitantes que tiene la administración, que pueda llegar a declarar la nulidad de un contrato por sí misma, sin la intervención de juez, hasta el extremo de sustituirlo.

Se le concede eso sí, que procure, ante un quebranto de las prohibiciones expresas o trasgresiones de la ley, en cualesquiera de sus manifestaciones determinantes de un vicio, que pueda, por el carril indicado, propio de la jurisdicción competente, deprecar la nulidad.

3. La conclusión de un contrato surge del acuerdo de voluntades, de suerte que el intercambio de consentimientos, por un lado la administración y por el otro el particular, se convierte en el aspecto convencional del negocio, pero ahí no se concreta; se deben colmar otros supuestos de validez que la misma ley se encarga de precisar. Son unas veces formalidades, competencia del agente etc., otras autorizaciones, pero todas en procura que no basta el solo consentimiento, sino la satisfacción plena de las exigencias legales.

4. Con la vigencia del Decreto 160 de 1976, bajo cuyo imperio se suscribió el contrato 0044, demandado, los supuestos anteriores adquirieron notoriedad y relevancia, puesto que este ordenamiento se encargó de ampliar las causales de nulidad —además de las comunes, se ha de repetir—, por eso, el artículo 189, disponía: "De las causales de nulidad absoluta. Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente decreto son absolutamente nulos: a) Cuando se celebren por funcionarios que carecen de competencia para ello o por alguna de las personas señaladas en los artículos 7o., 8o. y 9o. de este Estatuto. b) Cuando no exista norma legal que autorice su celebración. c) Cuando se hubieren celebrado con abuso o desviación de poder del funcionario respectivo. d) Cuando no existiere en el presupuesto correspondiente partida a la cual pueda ser imputado el gasto que se proyecta realizar, y e) Cuando no se efectuaren licitación pública o privada que la ley ordene o cuando en la realización de las mismas se cometieren irregularidades.

Así mismo, el artículo 190, establecía: "De la nulidad relativa. Cualquier otro vicio u omisión no comprendido en el artículo anterior, produce nulidad relativa. Con el cumplimiento del requisito o formalidad omitidos, se subsana esta nulidad. Mientras ello ocurre, el contrato no se puede ejecutar y si su ejecución hubiere empezado, la misma se suspenderá en el estado en que se halle. Si las partes no se allanan a subsanar las irregularidades anotadas, el contrato deberá ser demandado por la entidad interesada o por la Procuraduría General de la Nación.

Ahora, el Decreto 222 de 1983, también organiza las causales de nulidad absoluta y relativa, con las siguientes estipulaciones.

"ARTICULO 78. *De las causales de nulidad absoluta.*

"Además de los casos previstos en las diposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:

"a) Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto.

"b) Cuando contravengan normas de derecho público.

"c) Cuando se celebren contra prohibición constitucional o legal.

"d) Cuando se hubieren celebrado por funcionarios que carezcan de competencia o con abuso o desviación de poder.

"PARAGRAFO.— Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes.

"*Artículo 79. De la nulidad relativa.*

"Son causales de nulidad relativa por parte del contratista particular, la incapacidad, el error, la fuerza y el dolo, conforme a las reglas pertinentes del Código Civil, la inexistencia de norma legal o estatutaria que autorice la celebración del contrato, así como cualquier vicio u omisión no comprendidos en el artículo anterior.

"Las causales de nulidad relativa pueden alegarse por los interesados, por sus herederos o cesionarios y sanearse por ratificación, expresa o tácita, de las partes o por el transcurso de cuatro años. La ratificación expresa debe hacerse con las mismas solemnidades que la ley prescribe para el contrato.

"Con el cumplimiento del requisito o formalidad omitidos, se subsana esta nulidad.

"Si las partes no se allanan a subsanar las irregularidades anotadas, el contrato deberá ser demandado por la entidad interesada o por la Procuraduría General de la Nación.

5. Es decir, todo lo anterior permite una fácil y contundente conclusión: no le está dada a la administración la facultad abierta de celebrar contratos, por más que exprese su voluntad, y se cobije bajo el principio de presunción de legalidad con que está amparado, sin sujeción a determinados y especiales requisitos, porque los actos que celebre en contravención de las normas que los regulan, atacan su eficacia futura o su estabilidad negocial. De ahí, que se le imponga, no sólo a la administración sino también al particular, que pretende vincularse contractualmente con aquella, que los actos se aten a todos los supuestos, formas y formalidades de la ley, para, de ese modo, lograr la firmeza y seguridad del negocio.

6. Muchos son los preceptos que se encargan de fijar factores de competencia y de formación, aptos para la vinculación contractual. Así, encontramos, el artículo 168 del Decreto 160 de 1976, que dispone, para la celebración de contratos de prestación de servicios, como es el que ocupa la atención de la Sala, se requiera de la autorización previa y favorable de la Presidencia de la República, expedida a solicitud del Ministerio o Departamento Administrativo al cual se halle adscrita o vinculada la respectiva entidad, salvo cuando la cuantía sea inferior a trescientos mil pesos o se trate de un contrato celebrado para la ejecución o desarrollo de convenios de asistencia técnica suscritos con entidades o gobiernos extranjeros. Y el artículo 6o., del Decreto 749 de 1976, al reglamentar la exigencia de la autorización de la Presidencia de la República, que también obligaba, en el contrato acusado, decía:

"Cuando los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta que conforme a las disposiciones legales vigentes, estén sometidas el régimen previsto para las Empresas, necesitan celebrar contratos de prestación de servicios, como los de asesoría o asistencia de cualquier clase, realización de estudios-diferentes a los de obras públicas, representación judicial y rendición de conceptos de valor superior a trescientos mil pesos ($ 300.000.oo), o requieran ordenar gastos para los mismos fines por dicho valor, deberán enviar a la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, junto con la solicitud razonada del Ministro o jefe del Departamento Administrativo al cual se hallan adscritos o vinculados los siguientes documentos:

"a) Informe detallado sobre la necesidad de la celebración del contrato u ordenación del gasto y sobre la incapacidad de la entidad para atender al servicio que se pretende contratar con su personal de planta.

"b) Prueba de la idoneidad profesional del presunto contratista que se acreditará con certificaciones sobre trabajos anteriores, experiencia, realizaciones, etc., y

"c) Copia del proyecto de contrato que se pretende celebrar o del proyecto de acto administrativo que ordena el gasto".

Y, para concluir esa etapa de la autorización presidencial, los artículos 1o y 2o, del Decreto 1666 de 1976 disponían:

"Artículo 1o. Recibida la documentación a que se refiere el artículo 6o. del presente decreto, la Secretaría de Administración Pública la evaluará, teniendo en cuenta los factores de necesidad de la entidad contratante y de idoneidad profesional de los beneficiarios".

"Artículo 2o. El concepto favorable o desfavorable de la Presidencia de la República se emitirá por conducto del secretario de Administración Pública, quien lo comunicará a la entidd interesada".

7. Esa sola confrontación, hace suponer que la exigencia de la ley no podía convertirse en una simple incorporación normativa sin precisos alcances. No. Su proyección es inevitable: procurar que los agentes de la administración, a quienes se le faculta para controlar, lo hicieran válidamente, pero con sujeción a criterios precisos, para los cuales el Ejecutivo, en su calificada dependencia, pudiera constatar determinadas conductas, en materia negocial, y evitar, así, la realización de actos inconsultos.

La competencia pues, no se concreta a verificar la investidura del agente, sino que debe gozar de absoluta habilitación para vincular a la administración, o sea, estar facultado, para suscribir el acto, como declaración de voluntad válida. La habilitación, para determinados casos, se extiende a la facultad para realizar el negocio o contrato. Si se aprecia alguna irregularidad, en ese factor de conocimiento y formación, como es obvio, el negocio o contrato, queda afectado de algún grado de nulidad, que luego la ley se encarga de precisar.

8. En el caso *sub-lite*, encuentra la Sala que se celebró un contrato entre el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la sociedad Consultores para el Desarrollo en América Latina Ltda. —CODAL—, cuyo objeto era el de "Diseñar e implantar un sistema moderno de información financiera", con el siguiente desarrollo: PRIMERA ETAPA. DIAGNOSTICO. 1) Efectuar un diagnóstico previo estudio y análisis de la actual organización, los sistemas administrativos y la estructura y procedimientos presupuestarios y contables del Instituto con miras a proponer las alternativas de

solución o modificaciones que permitan mantener un sistema oportuno y adecuado de información financiera para la administración superior que sirva de instrumentos para la definición de políticas y la toma de decisiones sobre los Proyectos y programas de Reforma Agraria y la administración de la cartera. 2) Definir el alcance del Proyecto de sistema de información financiera para la administración superior, así como también el diseño de un sistema de contabilidad separada para los programas financiados parcialmente con crédito externo, pero articulada con la contabilidad general del Instituto. 3) Diseñar los programas de trabajo y el plazo de ejecución de cada etapa. 4) Determinar e integrar conjuntamente con el INCORA el grupo de trabajo de apoyo. 5) Presentar un informe que contenga los aspectos relacionados en los Pliegos de Condiciones y en la Propuesta y obtener la aprobación de las autoridades correspondientes de INCORA. Esta etapa tendrá un valor de UN MILLON CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE. ($ 1.169.200.oo) incluído el pago de personal y gastos reembolsables. SEGUNDA ETAPA. DISEÑO GENERAL DEL SISTEMA DE INFORMACION FINANCIERA PARA LA ADMINISTRACION SUPERIOR. 1) Identificar y diseñar el tipo clase y características de los informes financieros a producir, especificando su frecuencia, contenido y uso de los mismos. 2) Diseñar un plan general para el procesamiento de datos básicos que sean necesarios para la preparación de los informes mencionados en el acápite anterior. 3) Identificar el origen y naturaleza de los datos de entrada necesarios para el nuevo sistema y diseñar los documentos para recolectar los datos. 4) Determinar la clase, tipo y características de los equipos de procesamiento de datos a utilizar en el nuevo sistema. 5) Efectuar el estudio y evaluación económica del nuevo sistema de procesamiento de datos. 6) Presentar un informe que contenga los aspectos relacionados en los Pliegos de Condiciones y en la Propuesta y obtener la aprobación de las autoridades correspondientes de INCORA. Esta etapa tendrá un valor de CUATRO MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS PESOS ($ 4.053.600.oo) incluído pago de personal y gastos reembolsables. TERCERA ETAPA: DISEÑO PORMENORIZADO DEL SISTEMA DE INFORMACION FINANCIERA PARA LA ADMINISTRACION SUPERIOR. 1) Preparar y elaborar los manuales necesarios de procedimientos administrativos y de sistema en forma detallada, además elaborar las especificaciones de los programas para el computador. 2) Supervisar la preparación y codificación de los programas para el computador electrónico y su comprobación práctica. 3) Probar la efectividad del sistema propuesto. 4) Señalar los requisitos mínimos que debe reunir el personal involucrado en la dirección, manejo y operación del nuevo sistema y determinar las características de su capacitación. 5) Planificar y programar la transición al nuevo sistema. 6) Presentar un informe que contenga los aspectos relacionados en los Pliegos de Condiciones y en la Propuesta y obtener la aprobación de las autoridades correspondientes de INCORA. Esta etapa tendrá un valor de TRES MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE. ($ 3.302.600.oo); incluído pago de personal y gastos reembolsables. CUARTA ETAPA. IMPLANTACION Y SEGUIMIENTO DEL NUEVO SISTEMA. 1) Implantación y evaluación del sistema y determinación de las modificaciones necesarias observadas en las primeras pruebas. 2) Presentar un informe a las autoridades correspondientes de INCORA. Esta etapa tendrá un valor de TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE. ($ 3.172.600.oo), incluído pago de personal y gastos reembolsables. El valor total de las etapas citadas anteriormente asciende a la suma de ONCE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE. ($ 11.698.000.oo), el cual se discrimina en la siguiente forma: DIEZ MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($ 10.348.000.oo) por concepto de costos de personal y UN MILLON TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. ($ 1.350.000.oo) por concepto de gastos reembolsables".

9. Resulta clara la índole y naturaleza del contrato administrativo de prestación de servicio, por ajustarse, en un todo, a lo señalado en los artículos 138 y 139 del Decreto

160 —que se repite era el vigente al momento de la celebración— cuando lo define como aquel celebrado con personas naturales o jurídicas 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, como los de asesoría o de asistencia de cualquier clase. Evidente, entonces, la actividad intelectual sobre la materia, propia de la prestación de servicio, concretamente para diseñar e implantar un sistema moderno de información financiera. Algo más: la sociedad demandada en ningún momento ha negado la estirpe del contrato en mención.

10. Sobre esas bases, era de rigor, además de la sujeción a la autorización que debía impartir la Presidencia de la República, de conformidad con el mandato del artículo 168 del Decreto 160 de 1976, que previo al contrato, se obtuviera, por parte del Departamento Nacional de Estadística —DANE—, el suministro de los servicios de procesamiento de datos que el INCORA necesitare. Según lo dispuesto en el Decreto-Ley 131 de 1976, (D.O. 34570) corresponde al Departamento Administrativo Nacional de Estadística formular políticas para la utilización de los sistemas de información, equipos y servicios de procesamiento de datos, y sobre los requerimientos técnicos que deben llenarse para su aprovechamiento por parte de los distintos organismos de la Administración Nacional, Departamental y Municipal, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en los que el aporte oficial sea superior al noventa por ciento (90%) de su capital social; señalar las cláusulas y requisitos técnicos mínimos que deben incluirse en los contratos y convenios que celebren los organismos mencionados con fabricantes o distribuidores de equipos y servicios de procesamiento de datos, fijar las bases de clasificación e identificación que deben utilizar los mismos organismos para el procesamiento de la información y prestarles asesoría en el diseño, organización y mantenimiento de sistemas integrados de información.

Para los fines señalados, el Decreto 1159 de 1976 (D.O. 34583) dice que se entiende por servicios de procesamiento de datos los de asesoría, asistencia técnica, realización de estudios, programación, análisis y diseño de sistemas de información. Y el Decreto 1160 de 1976 (D.O. 34583) reglamenta:

"Artículo 1. La formulación de las políticas que en desarrollo de las funciones asignadas por el Decreto 131 de 1976 haga el Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE—, estará encaminada al logro de los siguientes objetivos:

"a) Fomentar el desarrollo de los centros de computación e información a nivel nacional y regional.

"b) Aprovechar los tiempos disponibles de los equipos de procesamiento de datos en los organismos del sector público.

"c) Prevenir la duplicación de esfuerzos en el desarrollo, operación y mantenimiento de los sistemas de información, equipos y servicios de procesamiento de datos y asegurar un alto grado de compatibilidad y de intercambio de información a nivel nacional y regional.

"d) Propiciar la evaluación de los proyectos que sobre sistemas de información, equipos y servicios de procesamiento de datos, elaboren los organismos del sector público.

"e) Lograr que los respectivos proyectos de sistematización se adecúen a las políticas del Gobierno sobre empleo y gasto público, y

"f) Conseguir que los citados proyectos se conformen de acuerdo con las necesidades técnicas de la entidad respectiva, con su experiencia en el área de procesamiento de datos y con la disponibilidad y capacitación del personal destinado a las correspondientes labores.

"Artículo 2. En desarrollo de los objetivos propuestos, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta con aporte oficial superior al 90% de su capital social, *deberán solicitar al DANE el suministro de los servicios de procesamiento de datos que precisen, para que este Departamento Administrativo decida si está en capacidad de atender el requerimiento con su personal técnico y con los equipos de procesamiento que posea en la actualidad o adquiera en el futuro.* (La subraya es de la Sala).

"Igualmente el DANE podrá gestionar que dichos servicios sean prestados por otros organismos del sector público que estén en capacidad de suministrarlos.

"Artículo 3. Los distintos organismos del sector público que tengan instalados equipos de procesamiento de datos y que estén prestando dichos servicios actualmente o deseen prestarlos en el futuro, deberán inscribirse en el DANE para que pueda darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 2 del presente decreto.

"Artículo 4. Cuando la capacidad instalada del sector público no permita la prestación de los servicios en la forma señalada en el artículo 2 del presente decreto, el DANE asesorará al organismo interesado en la escogencia de la alternativa que se estime más conveniente para la satisfacción de sus necesidades en materia de procesamiento de datos e información, con arreglo a los criterios que se expresan en el artículo 1 del presente decreto.

"Artículo 5. Los organismos a que se refiere este decreto sólo podrán celebrar contratos relacionados con sistemas de información, equipos y servicios de procesamiento de datos, con quienes se hallaren inscritos en el respectivo registro de proponentes o, en el que para tal efecto abra el Servicio Nacional de Inscripciones del DANE.

"El registro a que se refiere el presente artículo se regirá por las normas pertinentes que sobre registro de proponentes expida el Gobierno Nacional.

"Artículo 6. Toda gestión que deseen adelantar las entidades a que se refiere el presente decreto tendiente a implantar nuevos sistemas de información, equipos y servicios de procesamiento de datos, o a modificar los existentes, estará precedida de los estudios técnicos y económicos de justificación que señale el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE".

11. Si para celebrar el contrato de prestación de servicios, el INCORA, requería de la autorización del DANE, esta circunstancia no podía ser ignorada por ninguno de los contratantes. Es una norma de obligado cumplimiento, de cuyo conocimiento y aplicación no se podía pretermitir, so pena de desatender las letras y espíritu de los decretos citados, y asumir las consecuencias sancionatorias de ley.

12. En suma, se está frente a la contravención de las normas que regulan la contratación administrativa, particularmente, en lo atinente a la autorización Presidencial que se exige para esta clase de contrato, de prestación de servicio —y su relación con la cuantía: más de trescientos mil pesos—, como ya quedó consignado, y la del DANE, para conocer de la justificación de los servicios que suministren terceros, distintos a dicho departamento. La desatención, por tanto, de las autorizaciones indi-

cadas, refleja una violación de las normas que reglan la contratación administrativa, y que hace que el contrato esté viciado, y, por consiguiente, sea susceptible de declararse su nulidad.

13. ¿Y qué grado de nulidad comporta la contravención apuntada? Para la Sala es de nulidad absoluta, como bien lo anotó la Fiscal en su vista de fondo:

"A tenor del artículo 1519 del Código Civil hay *objeto ilícito* en la celebración de contratos por parte de la Administración, cuando con ellos se contraviene el derecho público de la Nación. Los Decretos Leyes 131 y 160 de 1976, dictados en uso de facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 28 de 1974 son de derecho público, configurándose con esto una nulidad del contrato celebrado por el INCORA con la sociedad CODAL LTDA., por objeto ilícito, nulidad que teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 es absoluta, y como tal no puede sanearse.

"Es importante destacar el hecho de que si bien a través de este concepto se ha hecho referencia únicamente a los vicios en que incurrió el INCORA a través de la actuación administrativa que culminó con la celebración y ejecución del contrato, estos vicios no pueden imputarse solamente al Instituto, ya que el contratista firmó el contrato y no puede alegar a su favor la ignorancia de la ley y exonerarse de culpa.

"El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha afirmado que admitir que los hechos cumplidos sanean la nulidad y dejan en firme las obligaciones estipuladas en contrato inválido por objeto ilícito y generan indemnización, es sentar el antijurídico precedente de que las disposiciones de derecho público reguladoras de la contratación administrativa pueden dejar de acatarse y resulte eficaz lo pactado en contravención de las mismas".

14. En materia de contratación administrativa, en verdad, mucha fuerza tiene el mandato de los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, en cuanto señalan que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación, que para situaciones como las que se ocupa, ocurre cuando se desconocen, por inaplicación de las exigencias legales que para el ordenado cumplimiento de las funciones de los agentes del Estado, o en el contrato prohibido por las leyes. Y es que el derecho público de la Nación, merece, por tanto, el máximo de cuidado y de atención. Por eso, se convierte en vicio, y, por tanto hay objeto ilícito, en un contrato administrativo, la prescindencia de aquellos supuestos que según la ley deben cumplirse, para la viabilidad del negocio o los que están prohibidos.

Se podrá argüir, que la falta de las formalidades o requisitos, puede ser subsanada y, por ende, la nulidad, que procede es la relativa, como lo establecía el artículo 190 del Decreto 150 de 1976. Pero no. El vicio que se le endilga al contrato, va más allá del simple quebranto formal del negocio jurídico. Está, en verdad, comprometido el derecho público de la Nación, como quedó anotado, con la consecuencia anotada en el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, que dice: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria". Es decir, no son aplicables los artículos 189 y 190 del Decreto 150 sino por fuerza de su imperatividad, la regla general de la Ley 50 citada.

15. Ante los vicios señalados procede, pues, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato 044 celebrado entre el Incora y la Sociedad demandada CODAL. Sin embargo, como también se impugnó la autorización conferida al gerente general del INCORA por parte de la junta directiva y la Resolución número 2322 de 6 de julio de 1979 emanada de la junta directiva del INCORA mediante la cual se adjudicó la licitación No. 044 de enero 18 de 1979 a la firma CONSULTORES PARA EL DESARROLLO EN AMERICA LATINA —CODAL LTDA.—, para que se hiciera idéntico pronunciamiento de nulidad, se debe analizar por separado.

16. Frente al defecto sobre la falta de autorización o concepto de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia, que se le ha señalado al contrato, no puede extenderse a los otros actos enjuiciados, por cuanto la intervención de aquel organismo es posterior al proceso previo de formación del negocio, que en manera alguna compromete los actos iniciales preparatorios o precontractuales. En otras palabras, se acude a la aprobación de la dependencia presidencial, cuando se han colmado las primeras etapas del acto complejo que surgen del contrato.

17. No tiene similar tratamiento lo atinente a la autorización, que tantas veces se ha mencionado a lo largo de esta providencia, del DANE, porque ésta en verdad, sí es anterior a la celebración del contrato. En un supuesto para el nacimiento del negocio, necesario o previo al mismo. De allí, pues, que sí se aprecia este vicio, en los indicados actos, y es un defecto que determina, por las razones aducidas para el contrato, su nulidad.

18. Entonces, se hace indispensable precisar los alcances de la nulidad, no en cuanto a los efectos de la sanción, que como es sabido, han de ser la invalidación de los actos creadores de las situaciones apuntadas, sino en lo que atañe a las consecuencias prestacionales, porque de sostenerse, de manera implacable, que la nulidad absoluta determina la noción de que el contrato nunca ha existido y, por ende, no ha producido efecto entre las partes, se estaría, entratándose de un contrato de ejecución sucesiva, frente al inequitativo tratamiento de que los hechos consumados por los contratantes y de imposible restitución, queden sin consecuencia alguna o, peor todavía, con afectación patrimonial para uno de los contratantes. Por eso la Sala, ante el vacío de la ley sobre el particular, y en aras de consultar la realidad jurídica y social que impone el comportamiento antijurídico derivado de un contrato nulo, que se analicen y confronten, de manera distinta, los efectos cuando versa la relación negocial en un contrato de ejecución instantánea, que como tal, permite volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su formación, a los que giran alrededor de un contrato de tracto sucesivo, en los que no siempre se podrán imponer esos alcances, puesto que las prestaciones causadas, las más de las veces, impedirán el restablecimiento al estado anterior al aniquilamiento del negocio, por los factores fácticos que se pueden apreciar. Así, por ejemplo, las prestaciones efectuadas y no restituídas, el disfrute y uso de las cosas, los servicios prestados han de remunerarse. Se debe entender, pues, que ante la realidad de hechos consumados, se ha de reconocer la existencia pasajera o efímera del contrato de ejecución periódica, para, de ese modo, hacerle producir efectos, cuando fuere posible, en esa etapa, con las obvias consecuencias económicas o de valoración. De tal manera que, para determinada situación, han de consultarse las realidades fácticas con las previsiones normativas, para encontrar, en cada caso, la solución en equidad, de tal suerte que no se alteren las condiciones naturales de las partes.

Y en la búsqueda de esos componentes de equidad, no es ajeno, del todo, nuestro régimen jurídico, cuando en el artículo 1746 del Código Civil, consagra la regla general sobre los efectos de la nulidad, que merece una adecuación a las circunstancias específicas del asunto al consagrar en el inciso segundo que: "En las restituciones que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual respon-

sable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y, del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo". La calificación que se haga del comportamiento de las partes juega, entonces, un especial rol, en los efectos restitutorios, porque la buena o la mala fe en el proceder, sirve para enmarcar las consecuencias prestacionales, particularmente enderredor del mandato del artículo 1525 *ibídem* cuando preceptúa que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas", que condena, de manera fulminante, al contratante o a los contratantes, que movidos por el conocimiento que tienen de que su conducta está en contraposición al ordenamiento jurídico, proceden a la celebración del negocio viciado por ilicitud.

No es fácil identificar el elemento a sabiendas, que hace mención el artículo 1525, en la relación contractual que nos ocupa, porque, en verdad, más que un propósito dañino, de conciencia, de certeza del irregular proceder, se está frente a una ignorancia de reglas de procedimiento de contratación, que por sí solas no pueden identificar o disciplinar esa forma de manifestación negocial. Cuando se escapan la aplicación de preceptos que rigen la contratación administrativa, en especial, las atinentes a la formación, no son constitutivos, por sí solos, del proceder *a sabiendas*. Por el contrario, se ha de pensar, que el desconocimiento de las normas que regulan la materia, está en oposición al factor subjetivo, destacable por cierto, del saber, de la certeza de lo que se hace.

No es que se afirme que *todo* funcionario y, también *todo* contratista con la administración deben conocer *todas* las normas que rigen el asunto, so pena de proceder a sabiendas. No. El artículo 1525 está por encima de esa apreciación que se erige sobre factores éticos superiores, que no pueden ser comprometidos por omisiones en la aplicación de preceptos de formación de contratos. Por eso, Arturo Alessandri Biesa, al referirse al artículo 1468 del Código Civil chileno, equivalente al 1525 nuestro, sostiene: "El conocimiento de la ilicitud debe ser real. La expresión "a sabiendas" significa un conocimiento real y efectivo de la ilicitud del objeto o de la causa por parte del que cumple la obligación. De lo contrario, si bastara el conocimiento presunto que de la ley tiene toda persona, según el artículo 8o. del Código Civil, este precepto, en vez de ser de excepción, constituiría la regla general y tendría aplicación en todo caso de objeto o causa ilícita, ya que nadie podría alegar ignorancia de la ley y, por lo mismo, del objeto o causa ilícita de que adoleciere el acto o contrato". (La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno). Por eso, no se debe tener en cuenta, en el *sub-lite*, la preceptiva del artículo 1525.

19. Ahora bien, en el proceder de los contratantes cuando no es aplicable el artículo 1525, surge, con especial relevancia, el inciso segundo del artículo 1746, en cuanto permite calificar a los contratantes como de buena fe, para, de inmediato, entender que ha de contarse como evento culminante, para las restituciones, el de la notificación de la demanda, o sea, cuando el contratista se enteró de la posición del INCORA de invalidar el negocio jurídico, y para acoger, de esa manera, la regla de los artículos 961 a 971 del Código Civil, en cuanto hace a la notificación de la demanda como criterio para fijar el momento de la restitución y las condiciones de la misma.

En ese orden de ideas, las prestaciones y deberes contractuales, realmente cumplidos, hasta el momento de la notificación de la demanda, deberán ser tenidos en cuenta para la restitución. Así, por ejemplo, el servicio prestado efectivamente por el contratista, deberá ser retribuído, en la manera pactada, puesto que difícil sería volver las cosas al estado primitivo. Injusto sostener, por decir lo menos, como lo pretende la entidad pública demandante que el contratista del servicio devuelva los valores recibi-

dos, sin fórmula de juicio distinta al criterio de que las cosas han de situarse en el estado precontractual, sin carga alguna como contratante, se repite: la característica del contrato, cuya nulidad se ha de declarar, de tracto periódico o sucesivo, impide una solución, como la pretendida, por la demandante porque de ser así, se daría la situación de que el servicio prestado, quede sin retribución.

20. Para la Sala, la restitución a que hubiere lugar, y ante la dificultad que se pueda señalar en esta providencia las precisiones prestacionales, bajo el entendimiento que no es liquidación del contrato, por no ser procedente frente a la prosperidad de la nulidad, se deberá hacer mediante los trámites previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a los siguientes criterios: a) Se tendrá en cuenta los valores recibidos por el contratista. b) Igualmente, se precisará la obra realmente ejecutada por el contratista. c) Se fijarán los anticipos, para saber si los entregados corresponden a las obras ejecutadas. d) Confrontados los factores anteriores, se establecerá la diferencia, si llegare a ocurrir, y al valor que resultare se le fijarán intereses corrientes legales comerciales desde el momento de su recibo hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, y de ahí en adelante y hasta cuando se verifique la restitución, el doble del interés legal mencionado.

Y como es obvio, si no resultare la diferencia anotada anteriormente, en el sentido que no se diere restitución alguna, se entenderá que el contratista no está obligado para con la entidad demandante a reconocerle suma alguna.

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.— Es absolutamente nulo, por objeto ilícito, el contrato administrativo número 044 celebrado el día 25 de octubre de 1979, entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA —INCORA— y la SOCIEDAD CONSULTORES PARA EL DESARROLLO EN AMERICA LATINA —CODAL— LTDA.

SEGUNDO.— Es, así mismo, nula la Resolución número 2322 de 6 de julio de 1979, proferida por la gerencia general del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA —INCORA—, mediante la cual se adjudicó la licitación número 04 de 18 de enero de 1979 a la Sociedad CONSULTORES PARA EL DESARROLLO EN AMERICA LATINA —CODAL— LTDA.

TERCERO.— Como consecuencia de lo anterior no habrá lugar a restitución de la parte del precio recibido por la Sociedad CONSULTORES PARA EL DESARROLLO EN AMERICA LATINA —CODAL— LTDA., en relación con el servicio realmente ejecutado en desarrollo del contrato cuya nulidad se declara. Con todo, la Sociedad CONSULTORES PARA EL DESARROLLO EN AMERICA LATINA —CODAL—LTDA., como consecuencia de la nulidad y en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia, restituirá la parte del precio recibido, con sus intereses, de conformidad con los criterios señalados en la parte motiva de esta providencia, y por los trámites del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil.

CUARTO.— No hay lugar a decidir sobre la nulidad de la autorización conferida al señor gerente general del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA —INCORA—, consignada en el Acta Número 512 de 13 de junio de 1979, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO.— DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección; **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Arturo Mora Villate**, Secretario.

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

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— CADUCIDAD.— LEGITIMACION PARA DEMANDARLA.— ¿Es posible que pueda accionar por la vía de la llamada plena jurisdicción del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), para atacar una declaración de caducidad, quien no aparece como parte del contrato sino como simple asegurador o garante de los perjuicios que surjan del contrato?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., junio veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 3096 CONTRATOS.
Actor: **ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S. A.**

Cumplido el trámite correspondiente en forma normal, se procede al estudio para decisión:

I

A— En demanda presentada con las formalidades legales, se pide que se hagan las siguientes DECLARACIONES:

"1.— Es nula en todas su partes la Resolución No. 731 de 3 de julio de 1980 del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 056 de diciembre 6 de 1977, celebrado con el Dr. Hernando Giraldo B., y se impone a la Aseguradora Grancolombiana S. A., la obligación de pagar la suma de $ 314.595.08 como cláusula penal pecuniaria.

"2.— Es igualmente nula por violación de normas superiores el acta de liquidación del contrato 055 de 1977, suscrito entre el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y el Dr. Hernando Giraldo Bermúdez en cuanto de ella se deriven obligaciones a cargo de mi poderdante.

"3.— Es nulo el Oficio No. JF-405 de agosto 28 de 1980, suscrito por el jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, en el cual se cobra a mi poderdante la suma de $ 1.887.578.52.

"4.— Que como restablecimiento del derecho se declare que la Aseguradora Grancolombiana S. A., no tiene que cancelar suma alguna en razón de las pólizas CU-551-537, que garantizaba el cumplimiento del contrato 055 de 1977, celebrado entre el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y el Dr. Hernando Giraldo Bermúdez.

B— Los hechos se exponen así:

"1.— En diciembre 6 de 1977 se celebró entre el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y el ingeniero Hernando Giraldo Bermúdez el contrato administrativo No. 055 con el objeto de construir un puente sobre el caño San Fernando en la carretera Villavicencio-Puerto Carreño.

"2.— La Aseguradora Grancolombiana S. A., expidió la Póliza No. CU-551-537 para garantizar a la Nación (Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías) el cumplimiento y la correcta inversión del anticipo, dentro del contrato descrito en el punto anterior hasta por una cuantía total de $ 1.887.570.52 y con vigencia del 6 de diciembre de 1977 al 6 de agosto de 1978.

"3.— Posteriormente y por medio del anexo 6153 a solicitud del afianzado se trasladó la vigencia de la citada póliza del 1o. de febrero de 1979 hasta el 1o. de octubre del mismo año, en razón de no haberse otorgado el anticipo por razones ajenas al contratista.

"4.— Por otrosí de febrero 28 de 1979 se estipuló que el plazo para la entrega sería de 5 meses contados a partir del 15 de marzo de 1979, esto es, que la entrega debía realizarse el 15 de agosto de 1979.

"5.— Por acta adicional de octubre 26 de 1979, no obstante haberse terminado el contrato por vencimiento del término, se convino entre las partes contratantes adicionar y modificar el contrato 055 de diciembre 6 de 1977 en el sentido de que las obras serían terminadas y entregadas a entera satisfacción de la entidad contratante el 30 de abril de 1980.

"6.— En razón de lo anterior la Aseguradora Grancolombiana, expidió el certificado de renovación No. 3091 con vigencia del 1o. de octubre de 1979 a 30 de julio de 1980 amparando la adición contenida en el acta de octubre 26 de 1979.

"7.— En enero de 1979 la entidad contratista no había entregado el anticipo ignorando la compañía aseguradora si se le entregó efectivamente y en caso afirmativo en qué fecha.

"8.— Posteriormente y mediante oficio 229 de 1980 expedido por el jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías se concedió un plazo adicional al contratista hasta el 20 de junio de 1980, sin que se solicitara a la Compañía Aseguradora prórroga de las garantías que ampararan el plazo adicional concedido.

"9.— No obstante las anteriores anormalidades en las prórrogas del plazo para la entrega de las obras y el incumplimiento de la entidad contratante en entregar oportunamente el anticipo por medio de la Resolución No. 731 de julio 3 de 1980, notificada a mi poderdante el 8 de julio de 1980, se declaró la caducidad del contrato 055 y en la misma se condenó a la aseguradora Grancolombiana a cancelar la suma de $ 314.595.08 por concepto de cláusula penal pecuniaria. En el mismo acto administrativo se ordena al contratista reintegrar los dineros anticipados, lo cual resultaba lógico en razón de que la Compañía Aseguradora no había amparado la última prórroga concedida.

"10.— Posteriormente y mediante acta de liquidación de agosto 20 de 1980, sin citación ni intervención de mi procurada judicial, se impuso al contratista la obligación de cancelar la suma de $ 1.887.570.62.

"11.— Finalmente por oficio No. JF-405 se exige a la Aseguradora cancelar la suma anterior con base en la póliza CU-551-537 que es de fecha diciembre 15 de 1977".

C— Como disposiciones violadas citó las siguientes normas de carácter superior: artículos 45, 48, 49, 50, 51, 57 y 58 del Decreto 150 de 1976 y artículo primero de la Resolución 1763 de 1957 de la Contraloría General de la República y el artículo 1609 del Código Civil.

El Ministerio Público expuso:

"1.— *La Resolución Acusada.* Varios son los aspectos que deben estudiarse dentro de este negocio. En primer lugar, si la resolución acusada y por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del Contrato No. 055 celebrado entre el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y el doctor Hernando Giraldo Bermúdez es susceptible de anulación o no lo es.

"Antes que todo es importante precisar cuando venció el término contractual, para efectos de determinar si la Resolución acusada fue o no expedida por la Administración en tiempo oportuno.

"En efecto, existe en el expediente prueba de que el término del contrato fue prorrogado en varias oportunidades.

"La Fiscalía teniendo en cuenta que el término contractual solo puede variarse, o ser modificado antes del vencimiento del mismo, no encuentra legal la fórmula empleada por DIANCO en el sentido de hacer las adiciones al contrato para efectos de ampliar un término ya vencido. Pese a lo anteriormente anotado, en la demanda no se solicita la nulidad de las adiciones contractuales.

"Pero aceptando que el contrato adicional señaló como último plazo contractual el 30 de abril de 1980, hasta esa fecha la Administración podía o tenía facultad para expedir la Resolución de caducidad.

"Ahora, si la Resolución de caducidad dictada por el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías lleva fecha 3 de julio de 1980, ella debe ser declarada nula por resultar extemporánea, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado al respecto.

2.— *El acta de liquidación del contrato y el Oficio JF-405.*

"La liquidación del contrato, no opera necesariamente como consecuencia de la Resolución de caducidad, cuya nulidad ha de decretarse. Una vez vencido el término contractual (y así lo reconoce el apoderado de la parte Actora) lo único procedente o viable es la liquidación del contrato y si existe el incumplimiento a las obligaciones contractuales por parte del contratista, en dicha liquidación ha de ordenarse a la Compañía garante de tal hecho, que cancele el valor correspondiente.

"Esto fue lo que hizo la Administración (ver Acta de Liquidación y Oficio JF-406, folio 27 y 18 cuaderno 2) al hacer efectivas las garantías presentadas por el contratista.

"La parte actora argumenta que la Compañía Aseguradora no debe cancelar ningún valor por cuanto el contrato de seguro o de garantía forma parte integrante de

aquel que garantice y, en consecuencia, si las dos últimas prórrogas concedidas al contratista Hernando Giraldo Bermúdez son nulas e inexistentes, correrán la misma suerte los certificados de renovación y prórroga que se expidieron dentro del contrato de Renovación No. 3091 expedido el 21 de febrero de 1980, en la ciudad de Neiva constituyen un acto jurídico inexistente puesto que las Actas o adiciones que estaban amparando carecen de validez jurídica.

"Este argumento no puede tenerse en cuenta por cuanto la nulidad de dichos actos no ha sido solicitada por el actor ni los actos han sido declarados nulos. Resulta un tanto ambigua la posición de la Compañía Aseguradora, que cuando le conviene a sus finanzas reconoce y admite la validez de las prórrogas contractuales y cuando tiene que pagar a la administración el valor del seguro, demanda anotando la "inexistencia" de esos mismos actos. Para la Compañía actora las prórrogas contractuales aparecen y desaparecen según sus propios intereses económicos.

"La Compañía Aseguradora expidió una póliza, la renovó, amplió su vigencia y recibió el valor de tales transacciones y ahora para evadir su cumplimiento alega la nulidad de los actos con base en los cuales efectuó tales operaciones mercantiles. El hecho de recibir el valor de la póliza, de la prórroga y de la renovación, implica aceptación de los riesgos amparados y de la obligación contraída y que no puede desconocer ahora. El contrato de seguro no ha sido declarado nulo y mientras eso no suceda, produce todos sus efectos, precisamente es este hecho el que sirve a la Administración para que las garantías se hagan efectivas.

"El contrato de seguro suscrito entre el particular y la compañía de seguros, solo vincula al contratista y a la compañía de seguros, ya que es el contratista el que suscribe en su nombre la garantía a favor de la Administración, y es el contratista el que paga el valor de dicha póliza para cumplir un requisito exigido por la ley.

"En el momento, pues, en que se quiera alegar la inexistencia o nulidad de tal contrato de seguro, debe acudirse a la jurisdicción ordinaria para que sea ella la que declare tal nulidad, y mientras tanto, este contrato conserva toda su vigencia y validez.

"En el caso presente, no se dio cumplimiento por parte del contratista a las obligaciones contraídas y para demostrar lo anterior, vale la pena tener en cuenta lo siguiente:

"El Acta de iniciación de Obra solo se firmó el 18 de mayo de 1979 y según expresa constancia dejada por las partes contratantes, el doctor Hernando Giraldo Bermúdez recibió el anticipo desde el 8 de marzo de ese año y a pesar de solicitudes al respecto, no se hizo presente para suscribirla configurándose así el primer incumplimiento al contrato, pues si el término contractual empezaba a contarse cinco días después de recibido el anticipo, una vez recibido se ha debido suscribir el Acta.

"Por otro lado en el Oficio No. 159 de 1980, enviado por el ingeniero de División de Infraestructura al doctor Giraldo Bermúdez se lee: el replanteo del puente viciado de error lo cual deberá corregirse para poder continuar con la obra y le recuerda al ingeniero que el contrato vence el 30 de abril de ese año y que no ha iniciado obra, advirtiéndole además que "DAINCO está dispuesto a hacer efectivas las pólizas por incumplimiento" (ver folios 19 cuaderno 2).

"Además según las comunicaciones visibles a folios 20 y 21 del cuaderno No. 2 del expediente, el ingeniero de División de Infraestructura, solicitó al Jefe de la División dar el visto bueno para declarar la caducidad del contrato, habida consideración de que

no ha iniciado el contratista las obras, y le recuerda que el tiempo de verano es de tres meses y en la fecha de tal comunicación (febrero 8 de 1980) ya ha transcurrido casi la mitad de ese período y es muy probable que esa obra no se llegue a ejecutar.

"Tenemos entonces que estas comunicaciones hablan por sí solas del incumplimiento en que incurrió el contratista.

"Como conclusión de todo lo anterior tenemos que: Primero, debe declararse la nulidad de la Resolución 731 dictada por el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías por haber sido dictada en forma extemporánea, y Segundo, en cuanto a la liquidación del contrato y al oficio JF-406 de agosto 28 de 1980 no procede la nulidad, y las obligaciones a cargo de la Compañía ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S. A., deben hacerse efectivas.

"En cuanto a que dicha obligación ya no es exigible por haber transcurrido más de 180 días de su exigibilidad, este despacho considera que tal argumento tampoco puede ser tenido en cuenta, por no haberse probado por medio idóneo la existencia del literal B) de la cláusula 6a, que según la parte actora así lo afirmaba. Dicha cláusula no aparece estipulada en la Póliza que suscribió la Compañía demandante que fue agregada a los autos".

II

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Como quedó presentado, la sociedad demandante, en su calidad de aseguradora, pretende la nulidad de la Resolución por medio de la cual el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías declaró la caducidad del contrato 055 de 6 de diciembre de 1977 celebrado por el ente público con el ingeniero Hernando Giraldo Bermúdez, para la construcción del puente sobre el Caño San Fernando, en la carretera Villavicencio-Puerto Carreño (Vichada). También demandó la nulidad del acta de liquidación del mencionado contrato, así como el oficio No. JF-406 de 28 de agosto de 1980, suscrito por el jefe del Departamento Administrativo citado. Y todo lo anterior, encaminado, como lo pretende el demandante, al restablecimiento del derecho para que se declare que la Sociedad Aseguradora Grancolombiana S. A., "no tiene que cancelar suma alguna en razón de la Póliza CU-551-537, que garantizaba el cumplimiento del contrato 055 de 1977".

2. Es decir, la sociedad demandante por el camino de la resolución que declaró la caducidad, y del acta de liquidación, pretende que se le libere del pago de los valores que como aseguradora estaba obligada en virtud del negocio de seguro suscrito con el ingeniero Hernando Giraldo Bermúdez, para el cumplimiento del contrato 055. Asume, por tanto la calidad de parte interesada en el resultado o efecto de la aplicación de la cláusula exorbitante pactada en el negocio jurídico administrativo recogido en el documento de fecha 6 de diciembre de 1977, por la calidad o condición de aseguradora.

3. Para la Sala no hay duda que la caducidad decretada por la entidad demandada, y contenida en la Resolución 731 de 9 de julio de 1980, desborda el marco de aplicación, en cuanto se profirió, tal como lo anotara la colaboradora fiscal, por fuera del plazo último acordado por las partes contratantes para su terminación, incluyendo, como es obvio, las prórrogas pactadas. Como es sabido, y tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, la declaratoria de caducidad debe ser dictada por el ente público, dentro de la vigencia del término del contrato, puesto que el poder exorbitante produce pleno efecto mientras el negocio jurídico tiene la fuerza de vinculación plena, de suerte que le permita a la administración acudir a la cláusula en mención, como prerrogativa

propia, para aniquilar unilateralmente el contrato. Y la razón es elemental: en el ámbito de la contratación administrativa sólo cuando el vínculo negocial ofrece toda su fuerza, la entidad pública, por razones superiores, que no pueden ser otras que el interés general, y las necesidades de la vida administrativa, puede vulnerar el contrato, sin causa distinta a las mismas que se aducen como procedentes para tal efecto.

4. Pero lo cierto, es que en el *sub-lite* el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías —DAINCO—, no se ajustó a los criterios anteriores, e hizo uso de la cláusula de caducidad por fuera del marco que la doctrina ha señalado para su efectividad y concreción. Sin embargo, encuentra la Sala, que no ha sido la parte contratista, o sea, el ingeniero Hernando Giraldo Bermúdez, el que ha acudido a la jurisdicción contenciosa administrativa a deprecar la nulidad de la resolución contentiva de la caducidad sino la sociedad aseguradora, en los términos ya relatados. Y de ahí surge la pregunta: ¿podía hacerlo o, en otras palabras, estaba legitimada para demandar la nulidad de la mencionada resolución, que está amparada en la presunción de legalidad, no obstante el reparo que se ha formulado de su expedición por fuera del término? ¿Es posible, se extiende el interrogante, que pueda accionar por la vía de la llamada plena jurisdicción, del Código Contencioso Administrativo anterior, para atacar una declaratoria de caducidad, quien no aparece como parte del contrato sino como simple asegurador o garante de los perjuicios que surjan del contrato? Para la Sala merece un especial análisis el asunto que se plantea, no solo por la repercusión en el caso *sub-júdice*, sino por las implicaciones generales o particulares que origina. Si bien es cierto, que cualquier ciudadano puede hacer uso de la acción popular que el ordenamiento adjetivo destaca cuando estima que normas superiores han sido desconocidas por actos de la administración, también lo es, que cuando se trata de una acción de nulidad, con restablecimiento del derecho, no permite idéntico tratamiento, porque la legitimación no es de carácter general sino individual, esto es, en la medida que el acto de la administración afecte o lesione un interés particular, y que solo a través de la acción contenciosa subjetiva puede encontrar su protección.

5. La sociedad demandante acudió a la movilización del aparato jurisdiccional, bajo el entendimiento de que la declaratoria de caducidad lo afectaba, en la medida que se le hiciera efectiva la garantía otorgada como aseguradora, es decir, la legitimación se monta, precisamente, sobre la noción de existir un interés en los efectos de la cláusula exorbitante, de carácter económico o prestacional. Y hasta aquí sería pertinente aceptar o convenir en el derecho que le asistía a la sociedad actora para acusar la resolución de declaratoria de caducidad y los actos posteriores y consecuenciales. Con mayor razón cuando en el artículo segundo de la Resolución 731, se dijo que se haría efectiva la cláusula penal "con cargo al seguro de cumplimiento de la Aseguradora Grancolombiana".

6. Empero, la facultad para impulsar la jurisdicción contenciosa, atribuida a la aseguradora en los términos indicados, no podía ejercerse sin la intervención o participación dentro del proceso del contratista, puesto que a éste le compromete las resultas de la caducidad, y, por ende, su legalidad. Si el ente público, como contratante, hizo uso de la cláusula exorbitante, la afectación negocial es evidente, en lo que atañe a la otra parte, por cuanto implicaba la terminación del contrato y las demás consecuencias jurídicas. En ese orden de ideas, la intervención del contratista era indiscutible, porque su posición dentro del proceso podía incidir en su resultado, con mayor relevancia cuando el ingeniero Hernando Giraldo Bermúdez, como parte en el contrato 055, en ningún momento impugnó la declaratoria de caducidad por la vía gubernativa, que hace presumir que convino en los alcances y en los supuestos fácticos de la resolución.

7. Sin embargo, como consta en el proceso, la sociedad aseguradora formuló la demanda, sin solicitar la intervención del contratista. Algo más: del escrito incoativo se

aprecia una voluntad de desconocer la participación de quien necesariamente debía comparecer al proceso, cuando solo ubica las pretensiones en el nivel de declaratoria de un interés individual. Y es que si bien demandó la nulidad de la resolución de caducidad, en cuya decisión podía interesar tanto al demandante como al contratista, también lo es que en los otros puntos del *petitum* van dirigidos a un pronunciamiento en su propio beneficio, que le restaba al juzgador la posibilidad de lograr la intervención del contratista, por la limitación impuesta en el escrito demandatorio, en los numerales 3o. y 4o, que son del siguiente tenor: "Es nulo el oficio No. JF-405 de agosto 28 de 1980, suscrito por el jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, en el cual se cobra a mi poderdante la suma de $ 1.887.570.52. Que como restablecimiento del derecho se declare que la Aseguradora Grancolombiana S. A., no tiene que cancelar suma alguna en razón de las Pólizas CU-551-537, que garantizaba el cumplimiento del contrato 055 de 1977, celebrado entre el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y el Dr. Hernando Giraldo Bermúdez".

No se podía exigir, entonces, que se forzara la presencia procesal del contratista, contra la voluntad del accionante. Se entendió que podía actuar sólo en la controversia, asumió, desde ese momento, la consecuencia de rigor, que no puede ser otra que la inhibición para desatar en el fondo el asunto.

8. Se podrá decir que, en vez de un fallo inhibitorio, procede la convocatoria consorcial del contratista, o la nulidad de lo actuado, por la omisión procesal de un interviniente necesario. Pero la Sala estima que ninguno de esos correctivos proceden en el caso *sub-júdice*, si se tiene de presente que la posición adoptada por la sociedad demandante excluye una solución, en cualesquiera de las direcciones apuntadas, por la categórica formulación de las pretensiones encaminadas a un pronunciamiento en su favor, que de manera independiente del contratista, no se puede alcanzar. En otras palabras, si de la demanda no se coligiera la aspiración de la actora, de lograr para ella únicamente los beneficios de la declaratoria de nulidad, a manera de restablecimiento del derecho, como son las de liberarla o exonerarla del pago de la multa y de los anticipos, serían viables entrar a estudiar los mecanismos de enderezamiento o corrección señalados; pero no siendo así, la acción de nulidad de la resolución de caducidad no puede ser promovida, tan solo por la sociedad garante del cumplimiento, sino que era imperiosa la citación del contratista, y que como no se hizo, impide el pronunciamiento de fondo.

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 declara inhibido para un pronunciamiento de Fondo.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección; **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Arturo Mora Villate**, Secretario.

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

CONCEJOS MUNICIPALES.— FACULTAD DE LOS CONCEJOS PARA ESCOGER MIEMBROS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS Y PARA ELEGIR CONCEJALES EN DICHAS JUNTAS.— Si los Concejos Municipales tienen facultad constitucional y legal para crear la estructura de la administración, también tienen la facultad constitucional y legal para determinar quiénes han de ser los miembros de las Juntas Administradoras, pudiendo entre ellas designar representantes suyos.

CONCEJOS MUNICIPALES.— JUNTAS ADMINISTRADORAS.— Los Concejos tienen facultad para designar a sus representantes en las Juntas Directivas de las Empresas Municipales, pero esas designaciones no pueden recaer en los mismos concejales. Artículo 171-10 C. de R. P. y M. "Destino lucrativo". Interpretación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 11054. ELECTORAL. Apelación de la sentencia del Tribunal de Caldas. Nulidad elección miembros de las Juntas Municipales.
Demandante: **Mélida Yepes Alzate.**

La ciudadana Mélida Yepes Alzate, solicitó al tribunal administrativo de Caldas que declarase la nulidad de las elecciones realizadas por el Concejo Municipal de Manizales los días 27 de enero de 1983 y 31 de enero de 1983 por medio de las cuales designó a algunos concejales y particulares para integrar las juntas del cuerpo de bomberos, tránsito y transporte, valorización municipal, planeación municipal, bosque popular "El Prado", extensión cultural y cementerio central. El tribunal, accedió a las pretensiones de la demanda en providencia objeto de apelación por la parte impugnadora.

Como disposiciones violadas la demandante señaló los artículos 20, 64, 197 y 201 de la Carta, 183 del Código de Régimen Político y Municipal; 1o. literal e) de la Ley 84 de 1915, 1o. de la Ley 72 de 1916, y 15, 16 y 18 del Decreto 3133 de 1968. Considera el demandante que los concejos municipales no tienen competencia para elegir o nombrar miembros de los organismos administrativos locales.

El tribunal administrativo de Caldas acogió la tesis de la demanda y sostuvo que los concejales, principales y suplentes, no podían ser elegidos por la Corporación Edilicia como miembros de las juntas administradoras. Al efecto trae a colación la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 14 de marzo de 1979.

Dijo así el tribunal:

"Dentro del contingente documental aducido como prueba en el presente proceso, se encuentra debidamente acreditado el hecho de la elección como miembros de juntas municipales, de quienes ostentan la investidura de ediles, tal como se acredita con la copia del acta general de escrutinio departamental practicado por los delegados de la Corte Electoral, visibles a folios 12 vto. y 13 fte. y de cuyo texto se constata que las primeras personas enunciadas en la demanda comportan la supradicha categoría de

concejales, a saber: Uriel de Jesús Arroyave (liberal suplente); Ramón Vallejo Gozález (conservador suplente); Luis Fernando Franco Acevedo (liberal suplente); Fernando Gómez Chica (conservador suplente); Marina Muñoz de Palacio (conservadora principal); Franciso José Vélez Villa (liberal suplente); Orfilia Moncada de Fehó (conservadora suplente); Miguel Antonio Cardona Yepes (liberal suplente); Gilberto Cardona Rodas (liberal principal); William Calderón Zuluaga (conservador suplente); Onías Londoño Naranjo (conservador suplente); María Helena Jaramillo de Mejía (conservadora suplente) y Escibel Antonio García (conservador suplente).

"Con suficiente respaldo probatorio se encuentra igualmente establecido el hecho de que los prementados concejales fueron elegidos, como se ha anotado, miembros de juntas municipales, acto de manifestación de voluntad administrativa que consta en las actas correspondientes a enero 27 y 31 de 1983, distinguidas en su orden con los números 16 y 17.

"En este orden de ideas, es indubitable la circunstancia de orden jurídico de que tales concejales, principales y suplentes, no podían ser elegidos por la Corporación edilicia, como miembros de las Juntas Administradoras Municipales ya precisadas, exactamente por comportar o estar investidos del carácter de ediles; como tampoco estaba facultada por la ley o por canon constitucional alguno la predicha Corporación para elegir, en general, a ninguna persona como miembro integrante de tales juntas, pues en realidad tal atribución no le ha sido conferida, conforme a lo preceptuado por el mandato 62 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, 197, ordinal 3o., del actual Código Político, toda vez que en correspondencia con plúrimos pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, los Concejos Municipales no tienen competencia para crear los cargos de representantes de la Corporación en las Juntas Directivas o Administradoras de los servicios municipales, y menos para designar a los Concejales mismos como miembros integrantes de ellas, si se considera que tal es una facultad propia de los Alcaldes Municipales.

"La precisión del punto sub-examine, fue materia de especial manifestación administrativa por el Honorable Consejo de Estado, que en sentencia de 14 de marzo de 1979, ratificando lo dicho por la Sala Contencioso Administrativo en fallo de 27 de febrero de 1978 expresó:

" 'b) Los miembros de las juntas administradoras de servicios o sectores del territorio municipal son agentes del Alcalde, de su libre nombramiento y remoción, como jefe de la administración municipal (artículos 201 de la Constitución, 183 del C.R.P. y M. 1o. letra b) de la Ley 84 de 1915; 1o. de la Ley 72 de 1926, 15 y 16 del Decreto-Ley No. 3133 de 1968)". (Jurisprudencia y Doctrina, No. 89, mayo de 1979, página 406).

"Se colige, por modo que, siendo competencia del premencionado funcionario la designación de las personas que han de integrar las precitadas Juntas Administradoras, ha de concluirse *a fortiori* que la elección acusada, por parte del Concejo Municipal se atribuyó una facultad de la cual carecía, pues si bien es cierto que la misma hacía parte de la órbita de su competencia antes de la expedición y vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 1968, artículo 62, conforme a la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, también es verdad que, según la misma jurisprudencia, tal competencia fue modificada por ese mismo canon del Código Político, artículo 197-3 de la actual codificación.

"En efecto, expresó en lo pertinente, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia supradicha:

". . .Los Concejos habían sido facultados por el artículo 1o. letra b) de la Ley 84 de 1915 para 'reservarse el nombramiento de los empleos creados por los mismos concejos,

en lo que se refiere a los ramos de vías de comunicación, fomento e higiene públicos, excepto aquellos que por razón de sus funciones tengan el carácter de agentes del gobernador'. Pero esta disposición quedó subrogada, sobre todo, por el artículo 197, ordinal 3o. de la Constitución, 62 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 que, como en lo nacional y departamental, dispuso que los concejos tienen, entre otras, la atribución de 'determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las correspondientes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos' sobre la base de considerar que, como en lo nacional y departamental debe ser función privativa del alcalde, crear, fusionar y suprimir empleos, cuya provisión, conforme a lo prescrito por los artículos 201 de la Carta —que da al alcalde el carácter de Jefe de la Administración Municipal— y 2o. de la Ley 72 de 1926, le corresponde, salvo lo que deban serlo por los Concejos, por expresa disposición constitucional o legal, como señala el artículo 197, ordinal 6o. de la Constitución, entre los cuales no pueden contarse los que, por pertenecer a la Administración Municipal, deben ser designados por el alcalde. Este es el criterio que informa la jurisprudencia de la Corporación expuesta, entre otras, en las sentencias de fechas 6 de mayo y 16 de septiembre de 1972 y 13 de mayo de 1975 de la Sección Primera.

" 'De manera que los artículos 169, ordinal 1º de la Ley 4a. de 1913 y 7o. de la Ley 5a. de 1929, sobre la competencia de los Concejos para elegir juntas administradoras de los servicios municipales, fueron modificadas por el artículo 62 del Acto Legislativo No. 1 de 1968; 197 ordinal 3o. de la actual Constitución, *sin que con posterioridad a su expedición se hubiera legislado sobre el particular ni menos autorizado a los Concejos para elegir a los concejales como miembros de dichas juntas*". (Subraya el Tribunal).

" 'Lo propio sucede con los establecimientos públicos municipales, según el artículo 197, ordinal 6o. de la Constitución, mediante iniciativa del alcalde, deben ser creados por los concejos '*conforme a las normas que determine la ley*' (subrayado del texto) que no se ha expedido. Por consiguiente, los Concejos no tienen competencia para crear los cargos de representantes de la Corporación en las Juntas Directivas de esos institutos, menos para designar en los mismos a los concejales, respecto de los cuales, por lo mismo, persisten las prohibiciones legales antes analizadas'.

"...'Pero en relación con lo miembros de las juntas administradoras de servicios y de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos municipales, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, los Concejos que, según el artículo 197, ordinal 6o. de la Constitución solo pueden crear los cargos que les determine la Constitución y la ley, como los de personero y tesorero, actualmente no tiene competencia para designar, en todo o en parte, a los miembros de dichas juntas, menos para elegir como tales a los concejales principales o suplentes, que hubieren ejercido sus cargos, respecto de los cuales, por el contrario, existe prohibición legal'.

"Y termina la sentencia:

"De manera que, en conclusión, los actos por los cuales el Concejo Municipal de Ibagué designó representantes de la Corporación en las juntas administradoras de servicios públicos, violaron las disposiciones invocadas y son nulos'. .

"Por manera que, de acuerdo con los acápites del fallo que se ha reproducido en lo pertinente, aplicables en un todo al caso *sublite*, por cuanto concurren y se dan idénticas situaciones de contención y razones de derecho, el Honorable Concejo de Manizales, al elegir miembros de las juntas municipales de cuerpo de bomberos, tránsito y transportes, planeación municipal, bosque popular 'El Prado', valorización, extensión cultural, cementerio central, Centro Piloto y Cramsa, incluyendo en ellas concejales principales y suplentes, como a ciudadanos no cabildantes, según consta en las actas 16

y 17 de 27 y 31 de enero de 1983, ha vulnerado el canon 62 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, 197-3 de la Constitución Nacional, por lo que el acto eleccionario acusado ha de ser sancionado con la declaratoria de nulidad, como en efecto así lo hará la Sala en la presente providencia.

"'En este punto, piensa la Corporación que la teleología propia de los fallos por parte del más alto tribunal de lo Contencioso Administrativo, si en verdad en su tarea interpretativa, fija el alcance y significación de los mandamientos legales, y con ello desdibuja el importantísimo continente de imprimir un criterio de manejo en los asuntos propios de la órbita jurídico-administrativa, conllevan la necesaria coercibilidad de sus decisiones, los medios de efectividad de sus órdenes jurisdiccionales, por lo que es imperativo su acatamiento. Y ello ha de mencionarse y en esta forma sencilla anotarse, porque el Honorable Concejo de Manizales, conformado por personas de la más alta distinción y ejecutorias ciudadanas, de calificados profesionales versados en la ciencia jurídica, en general, y en las disciplinas del derecho público en particular, debían ciertamente de conocer y a *fortiori* ceñirse a las decisiones emitidas por quien era su más alto exponente jurisdiccional de competencia en la precisión de lo que constituye y no constituye atribución edilicia. Y ese acatamiento no se produjo.

"Estima por último la nulidiscente, que fueron conculcados los artículos 171, ordinal 10, y 307, ordinal 8o., de la Ley 4a. de 1913, por cuyo ministerio, y en forma respectiva se dispone: 'es prohibido a los Concejos. . . 10) Nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, ni a los parientes de éstos dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, ni a los deudores del fisco'. y 'Por regla general, una misma persona no puede desempeñar a un tiempo dos o más destinos remunerados. Se exceptúan los casos siguientes. . . 8) Los individuos que sean miembros de corporaciones formadas por elección podrán desempeñar otros destinos mientras éstas no estén reunidas, sin dejar vacante su puesto, salvo lo dispuesto para casos especiales en la Constitución'.

"'El cargo de Concejero Municipal es compatible con cualquier empleo; a excepción de aquellos cuyos empleos remunerados en que la provisión del puesto incumbe al mismo Concejo'".

Contra la decisión del Tribunal interpuso recurso de apelación el impugnador doctor Carlos Alberto Arias Aristizábal quien sostiène que: "a) los Concejos Municipales sí tienen facultad para designar los miembros de las Juntas Administradoras, de los municipios y b) no existe una verdadera inhabilidad para que los concejales sean elegidos miembros de las juntas administradoras.

Se considera:

a) *La doctrina vigente*

Es correcta la apreciación esgrimida por la parte actora y acogida por el tribunal en el sentido de que la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado sostiene que los Concejos Municipales no pueden elegir a los miembros de las juntas administradoras de los servicios públicos y de que tampoco pueden elegir a los concejales como miembros de tales juntas.

La citada sentencia del 14 de marzo de 1979 examina el punto con los siguientes argumentos:

1) Dice la sentencia en referencia, que el artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1968, sustitutivo del artículo 197 de la Constitución Nacional, "hizo extensivo a los

municipios el principio, prescrito para la Nación y los departamentos, conforme al cual corresponde a los Concejos: a) determinar la estructura de la Administración Municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos". Los alcaldes, recíprocamente tienen la atribución,. . . de crear, fusionar y suprimir empleos. . . en el municipio". Así ésta norma subrogó el régimen que existía antes de 1968.

Considera también la sentencia que "los miembros de las juntas administradoras de servicios. . . "son agentes del alcalde, de su libre nombramiento y remoción como Jefe de la Administración Municipal. (Artículos 201 de la Constitución, 183 del Código de Régimen Político y Municipal, 1o. letra b) de la Ley 84 de 1915, 1o. de la Ley 72 de 1926, 15 y 16 del Decreto 3133 de 1968).

Considera también la sentencia que existe una clara inhabilidad de los concejales para desempeñar cargos en las juntas administradoras de servicios públicos como se desprende del artículo 27 de la Ley 96 de 1920 y 1o. de la Ley 5a. de 1929. En su sentir "los preceptos legales mencionados tienen una bien ostensible finalidad: preservar la independencia de los concejos a impedir que el alcalde, concediéndoles empleos, mine su autonomía y los convierta en peleles. . ."

b) *Posición de la Sala*: La Sala se aparta de la tesis expuesta por el tribunal y que recoge como se ha dicho la misma doctrina del Consejo expuesta en otras oportunidades.

1o. *Facultad de los Concejos para escoger miembros de las Juntas Administradoras*: La reforma constitucional de 1968 no modificó las reglas existentes en cuanto a la potestad de los concejos para escoger miembros de las juntas administradoras de los servicios públicos. Por el contrario, se quiso, antes bien, fortalecer las atribuciones de los concejos. Ello se infiere de una simple lectura del texto constitucional del Acto Legislativo No. 1 de 1968 incorporado hoy como artículo 197 de la Carta. Las atribuciones que allí se le entregan a los concejos son más numerosas que las que tenía el anterior texto de nuestra Carta. Fue clara la decisión del constituyente de 1968 cuando a nivel nacional o departamental, determinó fortalecer las atribuciones del ejecutivo, a menudo con una disminución correlativa de las facultades del Congreso y de las Asambleas Departamentales. (Artículos 76, 120 y 189 de la Constitución Nacional). El constituyente fue mucho más cauto en materia municipal: Tan claro es esto que el constituyente de 1968 no tocó para nada las atribuciones propias de los alcaldes municipales. El texto del artículo 20 que define tales atribuciones no es originario de la reforma de 1968 sino que tiene su fuente en el Acto Legislativo No. 1 de 1945. Su texto es de esa época y así aparece en la norma. Esto lo hizo a conciencia, pues consideró el constituyente de 1968 que era peligroso fortalecer las atribuciones de los alcaldes, quienes podrían coronarse en caciques o reyezuelos en sus localidades, si no se limitaban sus competencias legales.

Es igualmente cierto que, por el contrario, las atribuciones de los concejos fueron ampliadas con ocasión de la reforma constitucional de 1968 y que entre las nuevas competencias que, en forma expresa, les fijó el constituyente ese año se encuentra la potestad de "crear, a iniciativa del alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas comerciales e industriales, conforme a las normas que determine la ley" y la de "determinar la estructura de la administración. . ". De este texto se deduce cómo los concejos municipales están dotados hoy en día de la facultad constitucional de crear y organizar todos los establecimientos públicos y demás entidades descentralizadas. En ejercicio de esa facultad el Concejo Municipal de Manizales ha organizado las Juntas del cuerpo de bomberos, tránsito y transportes, valorización municipal, planeación municipal, bosque popular 'El Prado', extensión cultural y Cementerio Central. En todas estas juntas, los acuerdos municipales han

sido claros al determinar la presencia de representantes del Concejo, si bien unas veces el texto de los acuerdos utilizan la expresión "representantes del Concejo" y otras establecen la presencia de concejales en las Juntas Administradoras.

Al comparar el texto de los acuerdos dictados por el Concejo Municipal de Manizales con el tenor del artículo 197 de la Constitución Nacional encuentra el intérprete que aquellos se limitan a desarrollar una facultad que les ha otorgado la propia Constitución. El doctor Jaime Vidal Perdomo se refiere al aumento de las funciones administrativas de los concejos que trae la reforma constitucional de 1968, dice: "Esta enmienda, además de poseer un nítido sentido democrático puesto que hace participar a un mayor número de ciudadanos en la función gubernamental, puede alcanzar un notable efecto descentralizador. . ., descongestionando la labor de las autoridades municipales digamos centrales, dando más agilidad a los asuntos públicos y una mejor respuesta a las expectativas de los habitantes de los municipios.

En suma pues, si los concejos municipales tienen facultad constitucional y legal para crear la estructura de la administración, también tienen facultad constitucional y legal para determinar quiénes han de ser los miembros de las juntas administradoras, pudiendo entre ellos designar representantes suyos.

Esta conclusión surge no solo de la Constitución sino también de expresos textos legales. Entre ellos el artículo 169 del Código de Régimen Poítico y Municipal, y el artículo 7o. de la Ley 5a. de 1929, normas cuya vigencia ha sido reiterada por la reforma constitucional de 1968.

2o. *Facultad de los Concejos para elegir concejales en las Juntas Administradoras*: La norma general que impera en materia del derecho electoral es la que todo ciudadano puede ser elegido para desempeñar un cargo mientras no existan limitaciones en norma jurídica expresa. En materia de juntas administradoras de servicios públicos los artículos 16 a 20 del Decreto 3130 de 1968 consagran una regla general de elegibilidad para los miembros de las juntas administradoras de las entidades descentralizadas. Por esta razón, por cuanto existe un principio general, de importantísima aplicación en el derecho público, según el cual toda persona es elegible para un cargo mientras no exista prohibición expresa que establezca limitaciones, debe entenderse que las normas prohibitivas o limitativas deben ser expresas y de interpretación restrictiva. Este mismo principio está reiterado en el artículo 214 de la Ley 4a. de 1913, que establece que:

"Artículo 241. Pueden ser nombrados para los destinos públicos, de mando o jurisdicción, todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando la Constitución o la ley exijan determinados requisitos y cualidades o establezcan prohibiciones determinadas".

Dentro de esas normas limitativas no existe sino la prohibición consagrada por el artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal (ordinal 10) según la cual es prohibido a los concejos "nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo".

No obstante, esta prohibición no tiene el sentido de prohibir a los concejos la elección de sus miembros en las juntas administradoras de los servicios públicos, porque la prohibición contiene dos condiciones: la de ser nombrado un concejal y la de que ese nombramiento sea para un destino lucrativo. Guarda armonía esta disposición con el contexto de los artículos 241 y siguientes de la misma Ley 4a. de 1913.

El Capítulo VI denominado incompatibilidad de destinos, que es precisamente el que por regla general define las limitaciones a la elegibilidad, se determina en el artículo 307, último inciso, lo siguiente:

"El cargo de concejero municipal es compatible con cualquier empleo, a excepción de aquellos empleos remunerados, en que la provisión del puesto incumbe al mismo Concejo".

Es pues claro que lo que la ley prohibe es la elección o nombramiento de los concejales en cargos remunerados o si se define en términos de la nueva legislación el ejercicio de empleos públicos. Cabe anotar cómo normas expresas de la ley reglan claramente que los miembros de las juntas administradoras de las empresas estatales no ejercen empleos públicos.

Estas disposiciones son:

" 'Decreto 1950 de 1973, artículo 5o.

por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. . .

"Artículo 5o. Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones públicas confieren su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes".

"Decreto 3130 de 1968, artículo 18.

por el cual se dicta el estatuto de las entidades descentralizadas del orden nacional.

"Artículo 18. De la calidad de los miembros de las juntas o consejos. 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.

"Decreto 1926 de 1975, artículo 25.

por el cual se dicta el régimen administrativo y fiscal de las intendencias y comisarías. . .

" 'Artículo 25. Quienes hagan parte de las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas comerciales e industriales, aunque ejercen funciones públicas, no tienen por este solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Sus incompatibilidades e inhabilidades serán las mismas que se establezcan para los respectivos gerentes o directores".

Al parecer del contexto normativo del Código de Régimen Político y Municipal lo que se ha prohibido es la elección de concejales como empleados públicos pero en modo alguno se ha prohibido escoger a los concejales como miembros de las juntas administradoras pues es claro que tal condición no les da el carácter de empleados públicos.

Si alguna duda hubiere lo que sí es claro es que es prohibido seleccionar a un concejal para un destino lucrativo. Es hecho notorio que muchas juntas municipales tienen sus miembros *ad-honorem*, sin recibier honorarios, de modo que aún ampliando el alcance de los términos de la ley para involucrar como destino lucrativo aún aquellos

cargos que no representan empleo público sino el desempeño transitorio de funciones públicas, a juicio de la Sala, no puede ignorarse que la prohibición sí exige que el destino sea *lucrativo*, vale decir, remunerado.

En el caso de autos no se ha probado que los cargos para los cuales fueron seleccionados los concejales cuyo nombramiento se impugna ejerzan posiciones lucrativas. Lo mínimo que puede exigirse es la prueba de que el concejal cuya posición se demanda recibe remuneración como miembro de una junta administradora, lo cual no es el caso en el asunto de autos.

3o. Por último cabe anotar cómo al expediente se han anexado numerosos acuerdos dictados por el Concejo Municipal de Manizales. Al tenor de estos acuerdos resulta un hecho indiscutible que en todas esas juntas administradoras existen representantes del cabildo y que en algunas de ellas esos representantes son concejales. En efecto, la junta de planeación (acuerdo 14 de 1969) tiene seis miembros de los cuales dos son delegados del Concejo; la junta de bomberos tiene entre sus miembros dos concejales (Acuerdo 28 de 1979); la junta de tránsito y transporte tiene también entre sus miembros dos concejales con sus respectivos suplentes, (Acuerdo 94 de 1975); la junta de valorización tiene entre sus integrantes dos representantes del Concejo de distinta filiación política (Acuerdo 87 de 1961); la Junta de extensión cultural, dos concejales con sus respectivos suplentes (Acuerdo 52 de 1974); la junta del cementerio dos concejales (Acuerdo 135 de 1961); la junta del Bosque Popular 'El Prado' dos representantes del Concejo Municipal.

Estos acuerdos están amparados por una presunción de legalidad que emana de la propia Constitución. Ciertamente pueden los tribunales administrativos y el Consejo de Estado declarar su nulidad, u oponer en caso claro excepción de ilegalidad, pero no así el cabildo de Manizales. Esa Corporación, obligada por la ley a aplicar los acuerdos vigentes, debía elegir en cada junta —en cada caso a quienes correspondía: representantes del Concejo en unos casos, concejales en otros. De no hacerlo así hubiera actuado en forma contraria a derecho y susceptible por ello de generar nulidad. Precisamente por cuanto se ciñó a las normas vigentes debe el Consejo de Estado considerar válida su actuación.

Así las cosas, debe rectificarse la doctrina sentada por el Consejo de Estado: los miembros de una junta directiva de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial de carácter municipal, aunque ejerce funciones públicas, no adquiere por este solo hecho el carácter de empleado público. De consiguiente, la prohibición constitucional y legal de que los concejales entren a desempeñar los empleos que ellos mismos creen, no cobija la designación de los concejales por el mismo concejo a los cargos no remunerados en las juntas de las empresas municipales.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar deniéganse 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.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente, salvó voto, **Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker**, con salvamento de voto, **Carlos Betancur Jaramillo**, aclaró voto, **José Alejandro Bonivento Fernández, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez.**

Los Consejeros:

Bernardo Ortiz Amaya, salvó voto, **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco**, con aclaración de voto, **Gustavo Humberto Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy**, con salvamento, **Roberto Suárez Franco**, con aclaración de voto, **Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

CONCEJOS MUNICIPALES.— JUNTAS ADMINISTRADORAS.— Las juntas integradas con los mismos ediles no son más que elementos de anarquía o despilfarro, sean o no remuneradas.

SALVAMENTO DE VOTO, del Consejero Doctor Samuel Buitrago Hurtado.

Referencia: Expediente No. 11.054.
Cambio de Jurisprudencia.
Actor: **Mélida Yepes Alzate.**

Sin desconocer los méritos del ponderado estudio que hace el doctor Low Murtra en la ponencia que acogió la mayoría de la Sala, discrepo de ella porque sigo considerando que las ideas y principios consignados en la sentencia del 14 de marzo de 1979, de la cual fue ponente el doctor Humberto Mora Osejo, deben conservar su plena vigencia; es un serio estudio que fuera de tener un sólido basamento jurídico, está caracterizado por un sentido altamente moralizador.

Todos sabemos cómo mediante la integración de las juntas administradoras de servicios públicos por los mismos Concejos Municipales y con miembros de la misma Corporación, se hacen caprichosos repartos de canonjías, beneficios y aun los mismos servicios de las juntas, con criterio electorero, lugareño, de campañario; y se malbaratan inutilmente los esfuerzos colectivos en actividades que no obedecen a un plan orgánico, ni consultan las conveniencias fundamentales de la municipalidad. Y después de un viciado y censurable proceso de integración de juntas, sólo queda ordinariamente como residuo, un saldo de resentimientos, celos, resquemores y antipatías entre los distintos grupos que integran la Corporación edilicia, por considerar que en el reparto, o mejor en la rapiña, sus aspiraciones han quedado burladas o disminuídas. Yo por eso me atrevo a afirmar que las juntas integradas con los mismos ediles no son más que elementos de anarquía o despilfarro, sean o no remuneradas. Y todo ello ha llevado a convertir los Concejos en pulpos de múltiples y poderosos tentáculos burocráticos que viven a expensas de los fiscos municipales; y las juntas por ellos integradas, se han tomado en verdaderas fuentes del resquebrajamiento fiscal y moral de los municipios.

Lo anterior lo expongo con cierta crudeza en este salvamento de voto, para poner de resalto los méritos de la línea jurisprudencial que con la ponencia del doctor Low se recoge y cuya acción benéfica en las municipalidades era reconocida por muchos.

Naturalmente que confió en que los nuevos criterios doctrinarios, que tienen un serio respaldo jurídico, permitan preservar a nivel municipal la pulcritud administrativa.

En esta forma dejo consignada mi discrepancia, muy respetuosamente por cierto, con la mayoría de mis colegas.

Bogotá, D. E., nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Samuel Buitrago Hurtado.

CONCEJOS MUNICIPALES.— JUNTAS ADMINISTRADORAS.— Los concejos tienen facultad para designar a sus representantes en las juntas directivas de las empresas municipales, pero esas designaciones no pueden recaer en los mismos concejales. Artículo 171-10 C. de R. P. y M. "Destino Lucrativo". Interpretación.

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero Eduardo Suescún Monroy.

Referencia: Expediente No. 11.054.
Actor: **Mélida Yepes Alzate.**

Si bien estoy de acuerdo en que los concejos tienen facultad para designar a sus representantes en las juntas directivas de las empresas municipales, me separo respetuosamente de la mayoría porque considero que esas designaciones no pueden recaer en los mismos concejales.

El artículo 171-10 del Código de Régimen Político y Municipal es el fundamento de mi desentimiento. Dicha norma está vigente y con toda claridad prohibe a los concejos nombrar a sus miembros para cualquier destino lucrativo.

Tal como ha venido haciéndose desde la expedición de dicho estatuto en 1913, la expresión "destino lucrativo" debe entenderse, como comprensiva no solo del concepto de empleo público sino de todo cargo cuyo ejercicio de funciones públicas pueda implicar un beneficio cualquiera para quien lo desempeña.

Dicho beneficio no se requiere que sea en dinero, ni menos aún en forma de sueldo, como lo dá a entender la sentencia. Si fuera tan ingenuo el mandato del legislador, como lo supone el intérprete mayoritario, nadie se quedaría sin obedecerlo y no cumplirlo, a través del frecuente recurso de la renuncia a las asignaciones o del desempeño *ad-honorem*.

La terminante prohibición del artículo 171-10 es más de fondo y radical. Tiene por objeto preservar a los cabildos, organismos claves de nuestro sistema administrativo y de nuestra incipiente democracia local, de la zona de intereses creados que rodea a no pocas empresas municipales. Por eso el ordenamiento jurídico prohibe a los concejales que se autoelijan para cualquier empleo o canonjía. No quiere que incurran en autorepartición de poderes y favores, de ahí que no se limite a hablar de destino remunerado sino "lucrativo" justamente para tener una más amplia extensión. El legislador quizá no desconocía que hay quienes tendrían interés inclusive en pagar, por tener acceso a esas fuentes de poder que son las juntas directivas de servicios.

El mismo Código de Régimen Político y Municipal se encargó de explicar cuáles eran los cargos no lucrativos o remunerados, tal como lo dice en su artículo 246, cuando dijo: "los destinos remunerados son, por regla general, de voluntaria aceptación; y los onerosos, obligatorios, salvo los casos exceptuados especialmente".

De manera que los concejos no pueden otorgar a sus miembros sino cargos obligatorios y onerosos, es decir, aquellos que no impliquen beneficio personal para los concejales. Aquellos que no constituyan concentración de poder. Aquellos que no impliquen provecho o utilidad para quienes lo ejercen. Así se deduce del texto de las dos normas citadas, que deben interpretarse armónicamente, toda vez que pertenecen al mismo estatuto.

Eduardo Suescún Monroy.

CONCEJOS MUNICIPALES.— JUNTAS ADMINISTRADORAS.— Los Concejos Municipales tienen facultad constitucional y legal para nombrar sus representantes en las juntas administradoras de las empresas de servicios públicos, cuando en el acto de su creación o en los estatutos se ha establecido que formen parte de dichas juntas administradoras representantes o voceros del respectivo Concejo Municipal pero dichos representantes o voceros no pueden ser los mismos concejales o suplentes.

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero **Bernardo Ortiz Amaya.**

Referencia: Expediente No. 11.054.
Actor: **Mélida Yepes Alzate.**

ELECTORAL.

Como lo expresé, desde el comienzo del debate suscitado por la ponencia que se convirtió en sentencia por decisión de la mayoría, comparto la rectificación jurisprudencial referente a que son los Concejos Municipales quienes tienen facultad legal y constitucional para nombrar sus representantes en las juntas administradoras de las empresas de servicios públicos, cuando en el acto de su creación o en los estatutos se ha establecido que formen parte de dichas juntas administradoras representantes o voceros del respectivo Concejo Municipal.

Pero me aparto radicalmente de la segunda parte de la sentencia que sostiene que dichos representantes y voceros pueden ser los mismos concejales o sus suplentes, contrariando abiertamente el artículo 171 numeral 10 del Código de Régimen Político y Municipal.

Dicha violación es evidente por cuanto que debe entenderse por principio que los miembros de las juntas administradoras de empresas municipales reciben en una u otra forma remuneración o lucro por la actuación en las respectivas sesiones y ese carácter de servicio remunerado no se pierde por el hecho de que circunstancialmente se establezca su gratuidad o no se reciba remuneración por el interesado ya que una y otra circunstancia puede cambiarse en cualquier momento.

Pero además, como intérpretes de la ley, debemos entender que la norma que se considera violada se dictó en el año de 1913 mediante la Ley 4a. cuando los entes municipales eran muy pequeños y no habían obtenido el desarrollo que actualmente tienen y por lo tanto, la atención de los servicios podía hacerse personal y directamente por cualquier funcionario o ciudadano designado al efecto; pero el espíritu de la norma debe proyectarse en la actualidad para quien preste ese servicio ya en forma colectiva y por razón del crecimiento y desarrollo de los entes municipales que han exigido la creación de organismos especializados que garanticen el buen servicio público.

Ese espíritu consiste en eliminar la posibilidad de que las entidades políticas o sus componentes utilicen la capacidad que puedan tener de favorecer determinados sectores o perjudicarlos con la prestación o el recorte de los servicios, como medio de presión para coartar la libertad ciudadana en procura de favorecerse y mantener su predominio político en el lugar; y así como en el año 1913 esa posibilidad se concebía para uno o dos ciudadanos; hoy, en el año 1983 esa posibilidad subsiste para todo un equipo de trabajo que lo constituye las juntas administradoras municipales, sus gerentes y demás funcionarios administrativos.

Es claro que al aplicar la norma actualizada para las circunstancias de hoy, como es el deber del intérprete, la violación del numeral 10 del artículo 171 de la Ley 4a. de 1913 es evidente al sostener que pueden ser miembros de las juntas de las entidades municipales administradoras de servicios públicos los propios concejales o sus suplentes.

Por las anteriores razones, que están inspiradas tan solo en un sano criterio de depuración de las costumbres político-administrativas del país, dejo consignada mi inconformidad con el criterio que informa la sentencia de la cual me aparto.

Bogotá, D.E., 16 de enero de 1984.

Bernardo Ortiz Amaya.

CONCEJOS MUNICIPALES.— JUNTAS ADMINISTRADORAS.— Los Concejos pueden nombrar a sus representantes en las Juntas; pero, éstos no pueden ser Concejales.

ACLARACION DE VOTO del Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia: Expediente No. 11.054. Electoral.
Actor: **Mélida Yepes Alzate.**
Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**

A pesar de que considero que la decisión mayoritaria está compendiada en la magnífica ponencia elaborada por el doctor Enrique Low Murtra, tengo algunos reparos frente a ella.

Estimo que la sentencia no responde los interrogantes que deja la jurisprudencia reiterada de la Corporación y que tiene como punto de partida el fallo del 14 de marzo de 1979, del cual fue ponente el doctor Humberto Mora Osejo.

La jurisprudencia que ahora se cambia estaba inspirada en el saneamiento de las costumbres públicas; ya que a través de esas juntas, los concejales partícipes hacían toda clase de tráfico y afianzaban el clientelismo. Con todo, la legislación patria (hecha por los mismos políticos interesados) parece dar a entender otra cosa. De allí que comparta la nueva orientación pero solo en cuanto los concejos puedan nombrar sus representantes en las juntas, pero no a los mismos concejales. La práctica del "auto nombramiento" ha sido desastrosa para el país y rompe el principio de la igualdad, ya que el concejal miembro de una junta logra a través de ella ventajas muchas veces indebidas y excesivas sobre los demás aspirantes que no gozan de esas prebendas.

En suma: Los concejos pueden nombrar a sus representantes en las juntas; pero, estos no pueden ser concejales.

El acuerdo creador de la junta que disponga tal cosa, sería inaplicable; inaplicabilidad que el juzgador puede disponer porque los ordenamientos seccionales no pueden tener mayor rango o fuerza que la misma ley; la que permite la "excepción" del artículo 215 de la Carta.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E. diciembre 6 de 1983.

CONCEJOS MUNICIPALES.— JUNTAS ADMINISTRADORAS.— Los Concejos Municipales pueden nombrar a sus representantes, pero tales representantes no pueden ser miembros del Concejo.

ACLARACION DE VOTO del doctor Roberto Suárez Franco.

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente: 11.054.
Bogotá, D.E., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

No obstante que comparto la nueva jurisprudencia que considera que los Concejos Municipales pueden nombrar a sus representantes, me aparto de ella en cuanto sostiene que tales representantes pueden ser miembros del Concejo. Tal concepción tiene como fundamento dos cuestiones bien definidas: en primer término, el formar parte de una junta implica desempeñar un cargo o un destino "susceptible" de ser remunerado lo que impide al concejal en ejercicio entrar a formar parte de tales juntas. Y no se diga que la renuncia a la remuneración o el no fijarle contraprestación económica convierte al cargo en no remunerado, por cuento una cosa es el cargo en si y otra quien lo desempeña quien puede, motu propio, renunciar a cualquier asignación. Yo considero como cargo no remunerado el que por disposición legal carece de remuneración, como es el de jurado de votación.

En segundo lugar, el permitir a los Concejales el acceso a las Juntas Directivas de establecimientos descentralizados puede conllevar a la concentración de poder, al tráfico de influencias y al clientelismo todo lo cual redundará de manera negativa en la eficiencia de la administración y en la recta moral pública.

No obstante, en el caso sub-júdice, al existir unos acuerdos emanados del Concejo Municipal, que contemplan de manera expresa que los concejales puedan ser miembros de juntas directivas, considero que debe estarse a tales ordenamientos mientras no sean declarados nulos por la autoridad competente.

En los términos anteriores dejo expuexto mi pensamiento sobre el particular.

Roberto Suárez Franco.

CONCEJOS MUNICIPALES.–JUNTAS ADMINISTRADORAS.— Los Concejos Municipales tienen facultad para designar sus representantes en las Juntas Administradoras de Servicios Públicos pero no pueden designar a sus miembros como representantes de tales juntas.

ACLARACION DE VOTO del Consejero Mario Enrique Pérez.

Referencia: Expediente No. 11.054.
Actor: **Mélida Yepez Alzate.**
Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**

Mi aclaración de voto a la sentencia de 29 de noviembre de 1983, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación dentro del proceso de naturaleza electoral No. 11.054, tiene su génesis en el hecho de que estoy parcialmente en desacuerdo con el mencionado fallo.

Comparto la sentencia en cuanto acepta la competencia de los Concejos Municipales para designar sus representantes en las Juntas Administradoras de Servicios Públicos, por las claras razones jurídicas que en tal sentido ella expone. Y al respecto agrego el siguiente motivo de índole práctica, que linda con la moral gubernativa: es más nociva la integración de esas juntas por los alcaldes, en atención a que en cada municipio obra una sola voluntad administrativa, lo que facilita más la concentración de poder o, en términos más francos, el imperio del caciquismo. En cambio, en la integración por los Cabildos hay pluralidad de voluntades y, consecuencialmente, la integración se torna en heterogénea o más representativa.

Pero obviamente discrepo de la ameritada sentencia en lo relacionado con que los Concejos puedan designar a sus miembros como representantes en las juntas en cuestión, pues esto equivale a una reprobable autoelección y a un circuito cerrado en el manejo de aquellas, que a su turno se traduce en una influencia directa de los concejales en el desarrollo de las juntas. Y, por lo general, esa influencia es política.

De la anterior manera dejo aclarado mi voto.

Respetuosamente,

Mario Enrique Pérez.

Bogotá, D.E., dieciocho (18) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Referencia: Expediente No. 11.054.
Cambio de jurisprudencia.
Actor: **Mélida Yepez Alzate.**
Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

He disentido de la mayoría que acogió los interesantes y documentados planteamientos formulados por el doctor Enrique Low Murtra, por las mismas razones que, en su aclaración de voto, expone el doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Nada tengo que agregar a lo dicho por el doctor Betancur, cuyo punto de vista, que es el de quienes no estuvimos en condiciones de prohijar la ponencia, está perfectamente resumido en estas palabras suyas:

"En suma: los concejos pueden nombrar a sus representantes en las juntas; pero, éstos no pueden ser concejales."

Así pues, adhiero a lo expresado por el doctor Carlos Betancur Jaramillo, como razón de mi disentimiento.

Atentamente,

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR.— Nombramientos en propiedad encargo y nombramiento provisional.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., enero veintitres (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez**

Referencia: Expediente No. 1051. Electoral.
Actor: **Asociación Diplomática y Consular de Colombia y otros.**

En ejercicio de lo que la parte demandante denomina "acción contencioso electoral pública", el ciudadano y abogado César Castro Perdomo, obrando como apoderado de la Asociación Diplomática y Consular de Colombia y en su propio nombre, solicitó ante el Consejo de Estado la nulidad del "nombramiento como provisional de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, hecho en la persona del doctor Rafael Uribe Iregui, por Decreto No. 2097 de 1983, (julio 26) originario del citado ministerio".

La demanda.

1. Como fundamento de hecho el libelo relaciona los siguientes:

"1o. El cargo de Subsecretario de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, es de Carrera Diplomática y Consular de la República y sin excepción alguna, deberá ser provisto por un funcionario inscrito en el escalafón de aquella carrera al tenor del artículo 4o. del Decreto Extraordinario No. 2017 de 1968.

"2o. Cuando se hizo el nombramiento como provisional al doctor Rafael Uribe Iregui en aquella subsecretaría y actualmente, existían y existen excelentes candidatos dentro del escalafón de la carrera diplomática y consular de la República, para dar cumplimiento al artículo 4o. del referido Decreto Extraordinario 2017 de 1968, que exige la calidad de estar escalafonado en aquella carrera.

"3o. Recientemente el Gobierno Nacional había nombrado al mismo doctor Rafael Uribe Iregui, como titular de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, por Decreto No. 888 de 1983 (marzo 23) originario de aquel ministerio.

"3o.A. Y más recientemente el Gobierno Nacional había nombrado como encargado de la misma Subsecretaría al doctor Rafael Uribe Iregui por Decreto No. 1106 de 1983 (abril 18).

"4o. Ultimamente ante el cumplimiento de los 3 meses como encargado, el Gobierno Nacional resolvió volver a nombrar al doctor Rafael Uribe Iregui como provisional en la misma Subsecretaría.

"5o. No obstante aquel arrepentimiento transitorio el Gobierno, quizás mal aconsejado, resolvió buscar la fórmula para llevar siempre a ese cargo al doctor Rafael Uribe Iregui, lo cual hizo nombrándolo como encargado de ese empleo y ahora como provisional de ese cargo público.

"6o. La Subsecretaría de Asuntos Administrativos del citado ministerio hasta hace poco tiempo estuvo a cargo de importantes funcionarios escalafonados en la Carrera Diplomática y Consular de la República como los doctores Alvaro Rocha Lalinde y doctora Ligia Londoño.

"7o. La demora en nombrar titular de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos por parte del Gobierno Nacional, quebranta el orden jurídico y con la actitud de encargar de ese empleo al doctor Rafael Uribe Iregui, se está haciendo fraude a la ley, esquivando la exigencia del artículo 4o. del Decreto Extraordinario No. 2017 de 1968, el cual dispone que sin excepción alguna, ese cargo debe ser provisto por un funcionario escalafonado en aquella Carrera Diplomática y Consular.

"8o. El nombramiento como provisional del doctor Rafael Uribe Iregui para la Subsecretaría de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores viola no sólo el artículo 4o. del Decreto Extraordinario No. 2017 de 1968, sino también el parágrafo del artículo 22 del Decreto Extraordinario No. 2400 de 1968, como se demostrará en el siguiente capítulo.

"9o. La Asociación Diplomática y Consular de Colombia, es una persona jurídica, reconocida por el Gobierno Nacional mediante Resolución No. 5265 del 28 de septiembre de 1981 del Ministerio de Justicia, con domicilio en Bogotá, D. E., y su representante legal es el doctor Enrique Arrieta Lara, mayor y vecino de Bogotá, quien me ha conferido poder especial para incoar a esta acción.

"10. El propósito de esta demanda es defender el orden jurídico, y brindarle la oportunidad al Gobierno Nacional para que ajuste sus actos a la Constitución y a la ley.

2. Como disposiciones violadas la demanda menciona los artículos 4o. del Decreto Extraordinario 2017 de 1963, 23 del Decreto Extraordinario 2400 del mismo año, 305 del Código de Régimen Político y Municipal y 5o. del Plebiscito Nacional de 1957.

3. El concepto de la violación de las normas señaladas como transgredidas lo presenta el actor, en síntesis así:

"En relación con el artículo 4o. del Decreto-Ley 2017 de 1968 expresa que mientras esta norma exige, sin excepción, la calidad de funcionario de Carrera Diplomática y Consular de la República para ejercer el cargo de Subsecretario de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, bien sea como titular o como encargado o provisional, en cambio el decreto acusado nombró provisionalmente para la citada Subsecretaría al doctor Rafael Uribe Iregui, sin pertenecer éste a la Carrera Diplomática y Consular, quebrantándose de esta manera dicha norma superior y el orden jurídico porque así se priva a los funcionarios escalafonados en esas carreras de ocupar el aludido empleo, haciéndose una excepción no permitida.

Sobre el artículo 23 del Decreto-Ley 2400 de 1968 dice que esta disposición autoriza que los empleos puedan ser encargados o nombrados provisionalmente cuando se trate de cargo de libre nombramiento y remoción, pero no de los que pertenezcan a la Carrera Administrativa ni a la Carrera Diplomática y Consular, que es lo que ha acontecido en el caso de autos. Dice también que se ha presentado la vacante definitiva del nombrado cargo, debida al traslado del titular, doctor Alvaro Rocha Lalinde, a otro empleo y el traslado de la doctora Ligia Londoño, ambos escalafonados en las referidas carreras, y que se ha prolongado el encargo más del tiempo permitido, esto aceptando en gracia de discusión que el encargo o el nombramiento provisional se extienda a los cargos de la Carrera Diplomática y Consular.

Con respecto al artículo 305 del C. R. P. y M. afirma que no obstante que él instituye como faltas absolutas las que provienen de renuncia admitida, excusa definitiva aceptada, muerte, destitución y declaración de vacancia y que prevé que cuando se presenta una vacante definitiva o falta absoluta de un empleado se deberá llenar inmediatamente, en el caso *sub-júdice* el nombramiento recaído en el doctor Uribe Iregui burla las anteriores previsiones porque el Gobierno Nacional no nombró como titular inmediatamente, existiendo candidatos aptos para el desempeño del cargo en referencia.

Finalmente, en lo concerniente con el artículo 5o. del Plebiscito de 1957, comenta:

"El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras la norma plebiscitaria le da un mandato imperativo al Gobierno Nacional para respetar la legislación sobre Carrera Administrativa, sobre Carrera Diplomática y Consular de la República, sobre el Estatuto de Personal de los funcionarios públicos, sin embargo, en este caso al desviarse el Gobierno en la aplicación del artículo 4o. del Decreto Extraordinario No. 2016 de 1966, y no aplicarlo, pretextando que lo va a hacer pronto y esto último tampoco se ha producido, en cambio, con el acto acusado no se respetó la voluntad del legislador extraordinario que ordena proveer aquel empleo de Subsecretario, en cualquier evento que se presente, con funcionarios escalafonados en la Carrera Diplomática y Consular".

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado emitió su concepto de fondo en el sentido de solicitar que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Opina el señor Agente del Ministerio Público que el artículo 4o. del Decreto 2017 de 1968 no fue violado por el decreto cuestionado porque aquel se refiere en su parágrafo al cargo de Subsecretario de Asuntos Administrativos y en cambio el último decreto nombró al doctor Uribe Iregui para un puesto diferente, como es el de asesor, código 1020, grado 02 de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Añade que como según lo certifica por esta Cartera en el documento que obra a folios 50 a 53 del expediente el cargo de Subsecretario de Asuntos Administrativos no existe dentro de la Planta de Personal de dicho ministerio, no es posible nombrar para ese empleo a ninguna persona, pertenezca o no a la Carrera Diplomática y Consular.

En cuanto a la violación del artículo 23 del Decreto 2400 de 1968 dice que ella no se presenta porque ninguna norma del Capítulo V, Título II, de este estatuto expresa la idea de que el encargado rija solamente para los empleos de libre nombramiento y remoción. "En cuanto al otro argumento —dice—, según el cual 'se ha prolongado el encargo por más tiempo del autorizado', basta anotar que siendo esta circunstancia una cuestión de hecho, posterior a la expedición del acto e independiente del mismo, o sea que no es una irregularidad propia del acto, mal puede pretenderse la nulidad del mismo.

Por último, el señor fiscal les niega importancia a las argumentaciones relativas a la infracción del artículo 305 del C.R.P. y M., en razón de que el doctor Uribe Iregui no fue encargado de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos sin pérdida de tiempo, porque este artículo no dispone que se debe proveer inmediatamente el cargo cuando se produce su vacancia definitiva. "Si se admite —afirma— la tesis del doctor Castro, se correría el riesgo de que fueran anulados los actos que se produzcan de ahora en adelante, ya que serían extemporáneos, por no haberse expedido inmediatamente se presentó la 'vacante' y ésta jamás podría ser corregida, situación que atenta contra el desarrollo 'normal del servicio público'."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestiones previas

1. Como ya se dijo, el doctor César Castro Perdomo obra como apoderado de la Asociación Diplomática y Consular de Colombia y en su propio nombre. De conformidad con el certificado que corre al folio 2 del plenario, a la primera le reconoció personería jurídica el Ministerio de Justicia —Oficina Jurídica— por medio de la Resolución No. 5265 de 1981 y su actual representante legal, como presidente, es el señor Enrique Arrieta Lara, la misma persona que le confirió poder al doctor Castro Perdomo. Está, pues, acreditada la pesonería sustantiva y adjetiva de la parte actora.

2. Con la copia autenticada del Decreto No. 2097 de 1983, que es el acto demandado, está demostrado que el Presidente de la República nombró provisionalmente al doctor Rafael Uribe Iregui como asesor, código 1020, grado 02 de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, cargo que entonces se encontraba vacante.

3. Igualmente aparece demostrado con el documento visible a los folios 50 a 53 del expediente, que fue remitido a esta Corporación con destino al proceso de la referencia y a petición de la misma por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, que el empleo de Subsecretario de Asuntos Administrativos de la citada cartera "no ha sido creado dentro de la Planta Interna del ministerio".

Análisis de los cargos formulados

El simple hecho de que la Planta Interna de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores no comprenda el cargo de Subsecretario de Asuntos Administrativos, es razón más que suficiente para denegar las peticiones de la demanda, pues de suyo la inexistencia de ese empleo no hace factible que se pueda nombrar para desempeñar a ninguna persona en particular, tenga o no la calidad de escalafonada en la Carrera Diplomática y Consular. Por lo mismo la lógica jurídica descarta que en las anteriores circunstancias se pueda producir la violación de alguna norma superior de derecho.

Como si fuera poco lo precedente, se agrega que el decreto cuestionado designó provisionalmente al doctor Rafael Uribe Iregui como "Asesor, codigo 1020, grado 02 de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores". Se trata de un nombramiento específico para este cargo y no para otro. Consiguientemente, al no haber sido designado el doctor Uribe Iregui para el supuesto empleo de Subsecretario de Asuntos Administrativos, están fuera de lugar los cargos formulados por la parte actora contra el decreto impugnado. Y corolario de lo anterior es que deban desecharse.

De otra parte y simplemente para abundar en razonamientos, se agrega:

Aunque el parágrafo del artículo 4o. del Decreto 2017 de 1968, orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, menciona el cargo de Subsecretario de Asuntos Administrativos y dice que éste "deberá ser designado, sin excepción, dentro del personal de la Carrera Diplomática y Consular y que deberá reunir los requisitos a que se refiere este artículo". Es obvio que la mencionada disposición se refiere a las designaciones que se hagan en propiedad y no a los casos de encargo o de nombramiento provisional, tal como acontece en el asunto *sub-lite*. Esta razón determina, con fuerza propia, que no se puede aceptar la transgresión de los artículos 23 del Decreto 2400 del mismo año y 305 del C. R. P. y M., en atención a que la primera disposición no especifica que la figura jurídica del encargo comprenda únicamente a los empleados de libre nombramiento y remoción, dado que donde la ley no distingue no le es permitido hacerlo al intérprete, y a que la segunda norma se ocupa precisamente de regular lo relativo a la declaración de vacancia, señalar los casos de faltas absolutas y a disponer que *"por regla general"* las faltas absolutas en empleados de elección popular se llenan con los suplentes, y en los demás, por nuevo nombramiento o elección. . ." (subraya la Sala). Desde luego el artículo 305, según la forma como está redactado, no quiere decir que no se puedan hacer designaciones provisionales o por encargo, pues —al contrario— se trata de situaciones jurídicas que autorizan los artículos 23 del Decreto 2400 y 305 del C. R. P. y M. Esta es la interpretación correcta de ambas normas.

De todo lo anterior se deduce que como la Administración no designó al doctor Rafael Uribe Iregui para el cargo a que se refiere la demanda y, además, a que para nombrarlo provisionalmente acomodó su conducta a los artículos 23 del Decreto 2400 de 1968 y 305 del C.R.P. y M., no violó tampoco el artículo 5o. del Plebiscito de 1957.

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 Fiscal colaborador,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sus sesión de fecha veinte (20) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

ELECTORALES.— INHABILIDADES.— El artículo 7o. Decreto Legislativo 1713 de 1960 abarca a todo el personal de funcionarios de las Contralorías pero atendiendo a su finalidad y a sus presupuestos, bien puede restringirse su alcance a aquellos funcionarios que directa o indirectamente ejercen control fiscal.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., febrero nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Referencia: Expediente No. 1018. Electoral.
Actor: **César Duque Villegas.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor fiscal segundo del Tribunal Administrativo del Caquetá, contra la sentencia de 20 de septiembre de 1983, proferida dentro del proceso electoral adelantado por el Procurador Regional, contra el acto de nombramiento del doctor Nelson Daniel Valencia Méndez, como Alcalde Especial de Florencia.

I. LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo*, en sentencia de 20 de septiembre de 1983, resolvió negativamente las pretensiones de la demanda. Son apartes de su motivación, las siguientes:

"Antes de entrar a decidir las pretensiones impetradas por el accionante, es del caso hacer algunas consideraciones las que estudiaremos en dos sentidos: uno orientado a determinar el origen legal o constitucional del cargo de Sub-contralor Departamental y el otro aspecto se referirá a la inhabilidad consagrada en el Decreto 1713 de 1968.

"El cargo de Sub-contralor Departamental.

"Los artículos 69, 187 y 190 de la Constitución Nacional señalan como organo encargado de la vigilancia de la gestión fiscal en el orden nacional y departamental a la Contraloría General de la República y a las Contralorías en cada división territorial.

"Estas normas consagran tanto los requisitos para poder ejercer el cargo de Contralor como su período y el órgano encargado de su designación o nombramiento; pero en estos preceptos no se hace mención expresa al cargo de Sub-contralor o contralor auxiliar para el orden nacional o regional.

"Sin embargo, tratándose de la Contraloría Departamental, se ha deducido a través de la jurisprudencia que, el numeral 8o. del artículo 187 de la Carta Política, al afirmar

que "le corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas: . . ."organizar la Contraloría Departamental y elegir contralor para un período de dos años", dejó libres algunas potestades propias del ámbito local sin expresa sujeción o reglamentos legales, razón por la cual tiene plena autonomía para que las asambleas organicen la contraloría, pudiendo ser de creación ordenanzal el cargo de Sub-contralor o contralor auxiliar, así mismo pueden señalar requisitos y funciones de sus propios funcionarios.

"Inhabilidades del Decreto 1713 de 1960"

"En materia de inhabilidades e incompatibilidades el artículo 62 de la Constitución nos dice en su inciso primero: "artículo 62, la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones: los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución— las condiciones de ascenso y jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público".

"Entendemos que de acuerdo a las conclusiones del primer aspecto planteado en el presente proveído y las expresiones contenidas en el artículo descrito, le corresponde a las Asambleas Departamentales señalar las calidades de los empleos no previstos en la Constitución Nacional, tal es el caso del Sub-contralor o contralores auxiliares; pero tratándose de inhabilidades e incompatibilidad de funciones para esta clase de empleados le corresponde a la ley hacerlo y a falta de esta a las corporaciones departamentales, esto es a las asambleas.

"Fue así como el Presidente de la República en ejercicio de las facultades legales y de las extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, profirió el Decreto 1713 de julio 18 de 1960, estableciendo en su artículo 7o. una incompatibilidad en los siguientes términos: '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, empresas públicas descentralizadas, no podrán ser nombrados, ni prestar sus servicios en ellas, sino después de un año de producido su retiro del organismo fiscalizador".

"Según esta disposición legal, todos los funcionarios de la Contraloría Nacional, los de las Contralorías Departamentales y Municipales después de su retiro estarían inhabilitados por el término de un año para desempeñar algún cargo o prestar sus servicios en los entes sobre los cuales hubiese ejercido el control fiscal.

"Frente a la prohibición contenida en la norma, cabe preguntar: ¿La inhabilidad contenida en el Decreto es aplicable a funcionarios distintos al Contralor Departamental, como sería el caso del Sub-contralor Departamental?

"La inhabilidad consagrada en la norma es aplicable a los funcionarios de la Contraloría Departamental que hayan ejercido el control fiscal ya sea porque constitucionalmente o legalmente se le ha atribuido como función la de ejercerlo o por delegación otorgada por el funcionario en quien radica tal función y tiene facultad legal para delegarla.

"Según los planteamientos hechos por el demandante en la contestación de la demanda sostiene que como Sub-contralor del Departamento jamás ejerció la actividad fiscalizadora, ya que en su calidad de Sub-contralor cumplió específicamente las funciones consagradas en el artículo 385 del C. fiscal del departamento las cuales enumera taxativamente.

Pues, el ejercicio de una función implica su realización o ejecución práctica y debe manifestarse a través de actos materiales que deberán aparecer objetivizados en actos o documentos escritos como debe darse necesariamente en las etapas del control fiscal ya se trate del control previo, perceptivo o posterior.

"En este orden de ideas, es preciso anotar que el artículo 385 del C. Fiscal del departamento estableció que el Contralor Departamental tendrá un colaborador inmediato en sus funciones fiscalizadoras o un Sub-contralor elegido por el término de dos años por la Asamblea Departamental. Las funciones están específicamente señaladas en la misma disposición y son las siguientes:

"1. Reemplazar al Contralor General en sus faltas temporales y absolutas mientras se designa en estas últimas a quien debe reemplazarlo.

"2. Llevar la representación de la Contraloría de acuerdo con las delegaciones que le otorgue el Contralor General.

"3. Informar al Contralor General sobre el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

"4. Las demás que le asigne el Contralor por medio de resolución especial".

"Se puede colegir del citado artículo que al Sub-contralor no se le atribuye ninguna función fiscalizadora, ya que solamente ella puede ser delegada por medio de resolución por parte del Contralor quien es el titular de la misma.

"Es su obligación reemplazar al contralor en sus faltas temporales y absolutas pero sin que esa obligación implique una delegación de la función fiscalizadora y la asunción automática de las mismas por el hecho de no estar ejerciendo el cargo su titular ya sea por falta transitoria o absoluta; en ninguna norma de las contenidas en el C. fiscal se establece explícitamente el ejercicio de las funciones fiscalizadoras.

"La inhabilidad del artículo 7o. del Decreto 1713 de 1980 en relación al cargo de Sub-contralor requiere para que se configure la comprobación del ejercicio del control fiscal sobre el ente o entes fiscalizadores, razón por la que la Asamblea Departamental a través de una ordenanza debió establecer si el Sub-contralor ejercía alguna función fiscalizadora o administrativa, y como no lo hizo no se puede aceptar como configurada la inhabilidad, por qué ello significaría reconocerle funciones fiscalizadoras que la ordenanza No. 5, C. fiscal, no le atribuyeron.

"El accionante en su escrito se limitó a señalar la época de ingreso como Sub-contralor del departamento, su posesión en el cargo como alcalde municipal sin entrar a demostrar el ejercicio de la función fiscalizadora por parte del doctor Nelson Daniel Valencia Méndez y así poder la Corporación declarar la nulidad de su nombramiento en ente fiscalizado, Alcaldía Municipal de la ciudad de Florencia, Caquetá. Ciertamente el doctor Valencia Méndez, desempeñó el cargo de Sub-contralor departamental y una vez presentada su renuncia entró a desempeñar el cargo de alcalde municipal, pero nunca ejerció función fiscalizadora alguna en la alcaldía.

"En consecuencia de lo anterior, la pretensión formulada por el señor Procurador Regional de esta ciudad no puede prosperar por los argumentos señalados (folios 141 a 145)".

Como se observa que el recurso ha sido tramitado conforme a la ley, sin que se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia de segundo grado.

II. EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Clara Forero de Castro, Fiscal Quinto de la Corporación, en concepto de fondo, expuso:

"El señor Procurador Regional de Florencia, invocando el artículo 9o. del Decreto 2898 de 1953 solicitó, en ejercicio de la acción pública electoral, la nulidad del Decreto 940 del 1o. de septiembre de 1982, mediante el cual el señor Gobernador del Caquetá, nombró al señor Nelson Daniel Valencia Méndez, Alcalde Especial de Florencia.

"Estima el señor Procurador Regional que dicho nombramiento infringe la prohibición contenida en el artículo 7o. del Decreto 1713 de 1960, por haber desempeñado el señor Nelson Daniel Valencia Méndez el cargo de Sub-contralor del departamento hasta el 9 de septiembre de 1982, y la Contraloría Departamental ejerce fiscalización sobre el Municipio de Florencia.

"El señor apoderado del señor Nelson Daniel Valencia Méndez, quien se hizo parte impugnadora dentro del proceso, se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda argumentando que, si bien es cierto su representado ocupó el cargo de Sub-contralor Departamental hasta la fecha indicada y la Contraloría Departamental ejerce control fiscal sobre el Municipio de Florencia, él personalmente no lo ejerció por no estar dentro de sus funciones.

"Señaló quiénes eran los funcionarios competentes para ello y solicitó la recepción de testimonios según los cuales, el Sub-contralor no tuvo nada que ver con la fiscalización de las cuentas del departamento ni reemplazó al contralor durante el tiempo en que permaneció en ese cargo.

"El Tribunal en la sentencia apelada, apartándose del concepto de su colaboradora fiscal y acogiendo los razonamientos expuestos por la parte impugnadora, negó las súplicas de la demanda.

"Esta fiscalía se identifica más bien con el criterio del Ministerio Público y por tanto comparte la tesis adoptada por el Tribunal.

"En efecto, siendo un hecho probado que el doctor Nelson Daniel Valencia Méndez, ejerció el cargo de Sub-contralor del departamento del Caquetá hasta el día 9 de septiembre de 1983, día anterior al de su posesión como Alcalde de Florencia, la decisión que se adopta depende de la interpretación que se haga del artículo 7o. del Decreto 1713 de 1960, norma que es del siguiente tenor:

"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 ellas, sino después de un año de producido su retiro del organismo fiscalizador.

"Esta, como todas las demás disposiciones que establecen inhabilidades, tiene una finalidad esencialmente moralizadora, tendiente a evitar, en el caso concreto de los funcionarios de las contralorías, que se presenten interferencias en el control fiscal de las entidades, por influencias que puedan ejercer las personas que desempeñaron cargos en estas dependencias, cuando de fiscalizadores pasan a ser fiscalizados.

El artículo 7o., cobija, en principio, a todos los funcionarios de las contralorías; pero como resultaría demasiado riguroso incluir en la prohibición a empleados subalternos,

desprovistos completamente de autoridad o poder decisorio, su ámbito se circunscribe a aquellos que directa o indirectamente ejerzan control fiscal.

"A juicio de la fiscalía, para que se presente el impedimento, no es necesario demostrar actos concretos de control, sino que hasta la posibilidad de ejercerlo, de acuerdo con la categoría del empleo.

"Siendo el Sub-contralor colaborador inmediato del Jefe de la entidad, llamado a reemplazarlo en sus ausencias temporales, es lógico que tenga la posibilidad de intervenir en las decisiones y que frente a los demás funcionarios tenga también autoridad sobre ellos.

"Se observa por ejemplo que el testigo señor Marley Enrique Gutiérrez, revisor delegado de la Contraloría ante el municipio de Florencia declara respecto a las funciones del Sub-contralor:

"Generalmente se dedicó a dictar cursos de incursión y centraba su actividad también en lo que podría denominarse una jefatura de personal". (folio 115).

"Para esta fiscalía, la inhabilidad establecida en el artículo 7o. del Decreto 1713 de 1960, comprende a todo el personal directivo de las contralorías, porque de no ser ello así, ésta quedaría restringida, en estricto sentido al Contralor, quien finalmente asume la dirección y la responsabilidad de los actos propios de la función fiscalizadora a cargo de la entidad, desvirtuándose completamente el espíritu de la norma.

"Por estas razones, dada la categoría del cargo que ocupaba el señor Nelson Daniel Valencia Méndez, no podía ser nombrado alcalde de Florencia antes de haber transcurrido un año después de producido su retiro del empleo de sub-contralor.

"En verdad no resulta conforme con la finalidad del artículo comentado, pasar inmediatamente a ser Jefe de la Administración Municipal, sometida al control fiscal de la Contraloría en donde anteriormente ejercía autoridad.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se revoque la sentencia apelada y en su lugar se despachen favorablemente las súplicas de la demanda" (folios 154 a 157).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Sobre el origen normativo de los requisitos para acceder al servicio público y de las previsiones sobre inhabilidades e incompatibilidades, dijo recientemente la Sala Plena de esta Corporación:

"1o. En principio, debe aceptarse que cuando el constituyente hace referencia a la ley, esta ha de tomarse en su sentido material o sustancial y no en el formal o mandato general y abstracto expedido por el Congreso, por lo que, por tal, puede tomarse no solo el mandato así expedido, sino el contenido en ordenanza, acuerdo, decreto o reglamento.

"2o. Pero, dados los términos empleados por el artículo 62 de la Carta: La ley determinará. . .*las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución*. . . y, en el mandato expreso: *'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 PODRAN EJERCERLA SINO DENTRO DE LAS NORMAS QUE EXPIDA EL CONGRESO*

PARA ESTABLECER Y REGULAR LAS CONDICIONES DE ACCESO AL SERVICIO PUBLICO. . .' no deja duda alguna que el constituyente quiso reservar a la ley, *'estricta sensu'*, al mandato *DEL CONGRESO*, en forma tan expresa y perentoria, que no resulta lícito a ningún intérprete tratar de consultar su espíritu para desconocer su texto claro y terminante". (Sala Plena, Sentencia septiembre 6 de 1983. Electoral, No. 1013, actor Ramón Mina. Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango).

B. Por lo anterior, el Decreto-Ley 1713 de 1960, proferido en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 19 de 1958, tiene toda la eficacia constitucional para regular las inhabilidades de que se ocupa.

C. En principio, como lo anota el concepto fiscal, el artículo 7o. del Decreto Legislativo No. 1713 de 1960, abarca a todo el personal de funcionarios de las Contralorías, pero atendiendo a su finalidad y a sus presupuestos, bien puede restringirse su alcance a aquellos funcionarios que directa o indirectamente ejerzan control fiscal.

No es, pues, necesario demostrar que efectivamente ejerció funciones de control en determinados casos, si no que basta demostrar que se encontraba en posibilidad de ejercer tales funciones fiscalizadoras.

Y, obviamente, el Sub-contralor, llamado a reemplazar, en sus faltas o ausencias, al contralor titular, y que como Sub-contralor era el Jefe de personal de la Contraloría, es decir, superior de cualquier otro funcionario que ejerciera realmente la función fiscalizadora en el municipio, está, sin duda alguna, comprendido en la previsión moralizadora del artículo 7o. del Decreto-Ley 1713 de 1960.

Y es que la posibilidad de ejercer la función fiscalizadora, latente, y presente, puede ser mayor presión que el ejercicio real de la misma. Poder ejercer tal función y no ejercerla, podría ser, en determinados casos, la más importante prestación entre funcionarios de la Contraloría y el Gobernador fiscalizado.

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, REVOCA, en todas sus partes la sentencia de 20 de septiembre de 1983, proferida en este negocio por el Tribunal Administrativo del Caqueta y, en su lugar, RESUELVE:

1. Declárase nulo el artículo 6o. del Decreto 940 de 1o. de septiembre de 1982 por el cual el gobernador del departamento del Caquetá nombró como alcalde especial del municipio de Florencia al señor Nelson Daniel Valencia Méndez.

2. Comuníquese al señor gobernador del departamento del Caquetá y la Procuraduría General de la Nación.

3. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

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

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente No. 1018.
Actor: **César Duque Villegas.**

De acuerdo con la decisión, me permito aclarar mi voto por no compartir la consideración que incova la sentencia de la Sala Plena del 6 de septiembre de 1983. Creo que dicha consideración no era necesaria y, por otra parte, de su contenido teórico me había separado como aparece en el salvamento de voto que entonces suscribí.

Eduardo Suescún Monroy.

ELECTORALES.— CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.— AUDITOR FISCAL.— Decreto 1707 de 1960 artículo 54. Decreto 731 de 1971. Artículo 48. Artículo 60 C.N. Normas a las que debe sujetarse el Contralor para su elección.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.—Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., abril veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación No. 1073. Electoral. Nulidad de la Resolución No. 9156 de 1983 (diciembre 9) expedida por el señor Contralor General de la República por medio de la cual designó auditor fiscal ante la CVC.
Demandante: **Corporación Autónoma Regional del Cauca —CVC—.**

La Corporación Autónoma Regional del Cauca —CVC— establecimiento público nacional, actuando por medio de apoderado, demandó la Resolución No. 9156 de diciembre 9 de 1983 expedida por el Contralor General de la República, por medio de la cual fue promovido y trasladado al cargo de auditor especial, nivel ejecutivo, ante la Corporación Autónoma Regional del Cauca —CVC— al señor José Hernando Arias Pineda.

La base de su argumentación radica en que el nombramiento de auditor de la CVC corresponde al Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de ternas que le pase el Contralor General de la República tal como se infiere del artículo 54 del Decreto-Ley 1707 de 1960 y del Decreto 737 de 1971 (artículo 48).

Durante el proceso se constituyeron como partes impugnadoras doño Blanca del Socorro Murgueitio, Diego Younes Moreno y Hernando Arias Pineda. Arguyen estos que los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional establecen la vigilancia fiscal en la Contraloría de la República, entidad que tiene también por norma constitucional la facultad de hacer los nombramientos de los empleos de su dependencia. Igualmente se arguye que la Ley 20 de 1975, artículo 3o. y 4o. y la Ley 151 de 1959 artículo 2o., establecen que el control fiscal de los establecimientos públicos corresponde a la Contraloría General de la República. Este control debe realizarlo el contralor a través de auditores designados por el propio contralor.

Consideran los impugnadores que las reglas del Decreto-Ley 1707 de 1960 y del Decreto 737 de 1971 se refieren a un control interno en la entidad, no al control fiscal propiamente. Además alguno de los impugnadores considera que tales disposiones son inconstitucionales porque es al contralor a quien corresponde designar los funcionarios de su dependencia y solicita que se apliquen sobre ellas la excepción de inconstitucionalidad del artículo 215 de la Carta.

Alegato de la actora:

En el momento de alegar la parte actora insistió en su punto de vista observando: a) que la atribución 5a. del artículo 60 de la Constitución no significa proveer "en forma directa" sino que puede bien hacerlo a través de la postulación de ternas. Así cita el diccionario jurídico de Cabanellas en las cuales el término proveer tiene varias acepciones: "abastecer, suministrar, resolver o despachar un negocio". En el caso de autos bien puede decirse que la facultad nominadora de ternas bien satisface el alcance de la norma constitucional.

Dice así el actor:

"La sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible la parte del artículo 60 del Decreto-Ley 924 de 1976 por medio del cual se sometía a aprobación presidencial el nombramiento de contralor auxiliar (noviembre 10 de 1977), pone de relieve cómo se trataba de una situación diametralmente contraria a la que regulan las normas desconocidas ahora por la Contraloría: en el caso del contralor auxiliar, la ley pretendía condicionar la validez del nombramiento a una "aprobación" (hecho posterior en el tiempo) de funcionario distinto (el Presidente de la República). En el caso que nos ocupa, el nombramiento mismo está condicionado, no solo por un consentimiento o aceptación previa, sino que solo puede hacerse cuando el señor contralor haya "provisto" la terna, seleccionando a alguien que indica necesaria o imprescindiblemente el titular de la contraloría.

"Porque se garantiza el origen del control en la autoridad que constitucionalmente lo ejerce, se salvaguarda en la norma cuya violación hemos alegado, la "razón de conveniencia y de moral política" que echa de menos la Corte en la sentencia mencionada.

"La atribución tardíamente alegada por los impugnadores, viene de la reforma constitucional de 1945 y desde entonces varias leyes, como lo señalamos en los hechos de la demanda, han previsto el nombramiento de auditores como lo hizo el Decreto 1707 de 1960 para la CVC, seguramente porque el legislador, que es sabio, no halló que el mecanismo fuese contrario al texto de la carta. En cambio, ni en la Ley 151 de 1959, ni en la Ley 20 de 1975, ni en los decretos leyes expedidos en virtud de las facultades que la misma otorgó al Gobierno, se encuentran disposiciones que contradigan lo establecido por el Decreto 1707 de 1960.

"En efecto, los artículos 2o. y 7o. de la Ley 151 de 1959 se limitan a señalar que el control corresponde a la Contraloría y que ésta debe expedir normas de vigilancia acordes con la naturaleza de los organismos fiscalizados. Y los artículos 3o. y 4o. de la Ley 20 de 1975 se refieren a sistemas de control similares para la administración central y para los establecimientos públicos. Los impugnadores se apoyan en esas normas, que nada tienen que ver con la designación de auditores.

En cambio, nótese cómo el artículo 3o. de la Ley 20 de 1975 dice que el control de todas estas dependencias se cumpla o ejerza "por los auditores fiscales o por funcionarios designados por el Contralor". Esa letra "o" aquí es disyuntiva y sugiere, evidente-

mente que puede haber funcionarios "designados" por el Contralor o auditores fiscales designados o no por el Contralor, siempre y cuando en este último caso se respete su derecho a "proveer" los empleos según la acepción que para dicho término hemos visto".

b) También alega el actor que los artículos 54 y 55 del Decreto-Ley 1707 de 1960 y 47 y 48 del Decreto 737 de 1971 son claros cuando hablan del Control Fiscal. No se refieren a control interno o administrativo como pretenden los impugnadores.

c) Finalmente también se opone a la pretendida excepción de inconstitucionalidad.

Concepto fiscal:

La señora Fiscal segunda ante esta Corporación sostiene:

"El auditor fiscal de la Corporación, según lo establece el artículo 54 del Decreto-Ley 1707 de 1960 es dependiente del Contralor General de la República y el personal subalterno de la Auditoría Fiscal es determindo por el Contralor General y nombrado por el Auditor Fiscal. La remuneración de todos los empleados y los demás gastos de esa dependencia son fijados por la Contraloría General de la República.

"No hay duda pues, que en este caso se trata de un funcionario de la Contraloría General que cumple parte de la función de esa entidad ante la Corporación Autónoma Regional del Cauca. La función de vigilancia allí donde se manejen fondos públicos, debe ser ejercida por la Contraloría y en la Corporación, establecimiento público del orden nacional, esta función debe ser ejercida por un funcionario de la Contraloría, pudiendo esta entidad hacer libremente el nombramiento, según se desprende de la Constitución Nacional y de la Ley 20 de 1975.

"Como bien lo afirman los impugnadores, la facultad del Contralor General de la República, de vigilancia y de proveer los empleos, es de origen constitucional y una disposición que establezca lo contrario resulta inconstitucional.

"Por otro lado y aparte de consideraciones de tipo jurídico, el control de vigilancia sobre la función fiscal que ejerce el auditor, debe ser desempeñada por alguien ajeno a la entidad donde tal función se ejerza, evitándose así una posible dependencia nacida del nombramiento y de la subordinación, que en un momento dado pueda incidir en las determinaciones propias de la función de vigilancia y control. Resulta pues, más sano que el auditor sea nombrado por el Contralor General, que por la misma Corporación.

"Por todo lo anterior, la Resolución No. 9156 de diciembre 9 de 1983, debe mantenerse".

Decisión:

Tal como lo observa la señora fiscal el Decreto 1707 de 1960 habla de la designación del auditor fiscal, funcionario que ejerce el control fiscal. No se trata de un control interno. Se transcribe la norma.

"Decreto 1707, artículo 54: 'La Corporación tendrá un auditor fiscal dependiente del Contralor General de la República *que será elegido por el Consejo Directivo de la Corporación* de terna que al efecto pase al Contralor.

"El personal subalterno de la Auditoría Fiscal será determinado por el Contralor General de la República y nombrado por el Auditor Fiscal.

" 'La remuneración del personal y demás gastos de la Auditoría fiscal, serán fijados por el Contralor General de la República y cubiertos por la Corporación.

" 'Para la vigilancia de la gestión fiscal, la Contraloría General de la República adoptará sistemas apropiados a la naturaleza de la Corporación, respetando su autonomía administrativa y consultando para facilitar su funcionamiento y el cumplimiento de sus finalidades, su carácter de organismo descentralizado encargado de aplicar la técnica y los sistemas modernos para la administración de empresas de servicio público' ".

Igualmente dice el Decreto 731 de 1971:

"Decreto 731 de 1971, artículo 48: 'La Corporación tendrá un auditor fiscal, dependiente del Contralor General de la República, *que será elegido por el Consejo Directivo de la Corporación*, de terna que al efecto pase el contralor.

" 'La planta de personal de la Auditoría fiscal será determinada por el Contralor General de la República, y el personal nombrado por el Auditor Fiscal.

" 'La remuneración del personal y demás gastos de la Auditoría Fiscal, serán fijados por el Contralor General de la República y cubiertos por la Corporación. . .' ".

El texto de tales normas es claro en el sentido de que se trata del control fiscal no de un auditor interno y que es funcionario dependiente de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, es claro que el artículo 60 de la Constitución Nacional establece que el contralor debe "proveer los empleos de su dependencia que haya creado la ley" lo cual tiene tres alcances: a) que el empleo haya sido creado por la ley, b) que esta función del Contralor es subordinada a la ley y c) que la *provisión* del empleo se hace por el Contralor.

Para la Sala es claro que el régimen legal del Decreto 1707 de 1960 y el Reglamentario 731 de 1971 son obligatorios y no encuentra la Sala que sea el caso de aplicar una excepción de inconstitucionalidad en este caso. Proveer un empleo bien puede ser en forma directa o mediante la presentación de ternas que prepara el que tiene la función nominadora. En el caso de autos en sentir de la Sala la provisión del empleo fue contraria a la ley, pues el señor Contralor General de la República no podía nombrar como auditor al señor Arias Pineda. Debió pasar una lista de tres candidatos para que de ella se seleccionara uno según el criterio del Consejo Directivo de la CVC.

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. Decrétase la nulidad del artículo 1o. de la Resolución No. 9156 del 9 de diciembre de 1983.

2o. Declárase nulo, en consecuencia, el nombramiento del señor José Hernando Arias Pineda como Auditor ante la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca —CVC—.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

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

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

CONCEJEROS MUNICIPALES.— RENUNCIA.— El artículo 3o. de la Ley 5a. de 1929 expresamente dispone que las "Renuncias presentadas por los Concejeros Principales o suplentes para seguir desempeñando tal cargo, y aceptados por el funcionario a quien corresponde, no exime de la inhabilidad establecida por esta ley". (Ver artículo 171 No. 10 C.R.P. y M.).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., mayo dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Expediente No. 1079.

Actor: **Luis Antero Niño Eslava. Apelación de la sentencia de marzo 12 de 1984. Tribunal del Cesar. Nulidad elección Personero Municipal de Codazzi. Electoral.**

El Tribunal Administrativo del Cesar por sentencia del 12 de marzo de 1984 declaró la nulidad de la elección de la señora María Inmaculada Ovalle López como Personero del Municipio Agustín Codazzi, hecha por el Concejo Municipal de esa localidad el 29 de noviembre de 1983 para el período comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1984.

Esa decisión fue tomada en consideración a las peticiones formuladas por el señor Luis Antero Niño Eslava al comprobar que mediante ese acto administrativo se violó lo dispuesto en el numeral 10 del atículo 171 de la Ley 4a. de 1913, en concordancia con lo previsto en los artículos 2o. y 3o. de la Ley 5a. de 1929.

La interesada fue notificada personalmente en su debida oportunidad pero solo vino a hacerse parte en el proceso después de dictada la sentencia de primer grado y por medio de apoderado debidamente constituido interpuso recurso de apelación contra la mencionada providencia.

El apoderado de la señora Ovalle solicita que se revoque la sentencia en referencia y al efecto hace las siguientes consideraciones:

"NORMA VIOLADA. Fundamenta el demandante su petición en el hecho de que la elección recaída en la señora MARIA INMACULADA OVALLE LOPEZ, como Personera del Municipio de Agustín Codazzi, fue violatoria de la prohibición consagrada en el numeral 10 del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal que expone: 'Artículo 171 es prohibido a los Concejos:

"1o.
"2o.
"3o.
"4o.
"5o.
"6o.
"7o.
"8o.
"9o.
"10. Nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, ni a los parientes de éstos dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, ni a los deudores del Fisco".

"Como quiera que esta fundamentación fue plenamente acogida por el Honorable Magistrado Ponente y en virtud de ella se decretó la nulidad de la elección de Personería recaida sobre mi mandante, mediante la providencia impetrada en apelación, interpongo el recurso propuesto para que en la segunda instancia que se surtirá ante el Honorable Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativo, se revoque el proveido impugnado por cuanto al momento de la elección efectuada por el Honorable Concejo Municipal de Agustín Codazzi, los días 29 y 30 de noviembre de 1983, mi representada había presentado renuncia definitiva de su cargo de Concejal, mediante cartas dirigidas en tal sentido al señor Presidente y demás miembros del Concejo Municipal de Agustín Codazzi y al señor Gobernador del Departamento del Cesar, como puede establecerse de las fotocopias auténticas de dichas cartas que allego a este escrito.

"Examinemos ahora sí la renuncia a que hemos hecho referencia presentada formalmente por la señora María Inmaculada Ovalle López de su cargo de Concejal tiene o no algún soporte legal.

"El Capítulo 5o., Título 8o. del Código de Régimen Político y Municipal señala: LICENCIAS, RENUNCIAS, EXCUSAS, FALTAS TEMPORALES Y ABSOLUTAS. . . . artículo 303 respecto a los empleados ante quienes se debe solicitar licencia o presentar las *renuncias* se observarán las siguientes reglas:

"1o.
"2o.
"3o.
"4o.
"5o.
"6o. Los miembros de los Concejos se excusarán definitivamente ante el Gobernador y solicitarán licencias ante el alcalde. . ."

"Esta norma citada despeja toda duda en cuanto a la viabilidad y procedencia que tiene la renuncia definitiva de un miembro del Concejo Municipal para hacer dejación de su cargo y hecho ésto es lógico que esa calidad de tal se extingue.

"Lo anterior nos da pie para afirmar y sostener que no se incurrió en la prohibición causal de nulidad alegada por cuanto la señora MARIA INMACULADA OVALLE LOPEZ llenó el requisito que la ley exige para retirarse del cargo de Concejal en forma definitiva como se prueba con la fotocopia auténtica de su misiva dirigida al señor Gobernador del Departamento el día 28 de noviembre de 1983, la cual adjunto a este escrito en la que la recurrente comunicó al señor Gobernador del Departamento su renuncia a la Curul del Concejo del Municipio Agustín Codazzi.

"Como consecuencia de lo anterior fue juramentado por el Presidente de la Corporación Edilicia del Municipio de Agustín Codazzi al suplente señor ESTENOGENES A. BENJUMEA CORDOBA, quien fuera elegido como Concejal también para el mismo período.

"Allego igualmente fotocopia auténtica del Acta No. 24 de noviembre 29 de 1983 en donde aparece como Concejal en funciones debidamente posesionado el señor BENJUMEA ESTENOGENES numeral 11, hoja No. 2 del acta citada.

"En el documento anteriormente citado hay constancia de que en ningún momento la señora MARIA INMACULADA OVALLE LOPEZ actuó como Concejal en las sesiones en que se procedió a su elección como Personero Municipal, puesto que para ese entonces ya había perdido su calidad de tal en virtud de la renuncia definitiva que de ese cargo presentó ante el señor Gobernador del Departamento.

"PRUEBAS. Para que se consideren y estimen en su valor legal acompaño con este escrito los siguientes:

"a) Copia auténtica del presupuesto anual ordinario del Municipio Agustín Codazzi para la vigencia fiscal de 1984 con constancia o certificación expedida por el señor Tesorero Municipal de que cuyo presupuesto se estimó en la suma de CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS VEINTITRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS ($51.640.523.66).

b) Copia auténtica del Acta No. 24-4 de noviembre 29 de 1983 en donde se inserta entre otras cosas el acto de la elección cuya nulidad se decretó.

c) Copia auténtica de la carta de renuncia a que he hecho referencia presentada por mi mandante ante el señor Gobernador del Departamento."

Por su parte el Tribunal para declarar la nulidad del acto de elección del Personero expuso lo siguiente:

"Aparece demostrado en este proceso que el Concejo Municipal de Codazzi, en sesión del 29 de noviembre de 1983, eligió a la señora Ovalle López personera municipal, para el período comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1984. Sobre el particular obra en el expediente copia auténtica del acta número 24-4 de 1983, correspondiente a la sesión del Concejo en que se hizo la elección, como el acta número 25-5 del mismo año que aprobó la anterior (folios 8 a 15).

"La señora María Inmaculada Ovalle López tomó posesión del cargo de personero municipal de Codazzi, el día 2 de enero de 1984, según acta que aparece a folio 41 del expediente.

"De conformidad con la certificación que se lee a folio 17 del expediente, expedida por la Secretaría del Concejo Municipal de Codazzi, la señora Ovalle López asistió a las sesiones ordinarias del Concejo hasta el día 22 de noviembre de 1983.

"Por último, encuéntrase en el expediente también el documento público del señor Registrador Municipal del Estado Civil, donde se consigna qué ciudadanos fueron elegidos concejales para el período 1982 a 1984, y entre ellos está la señora María Inmaculada Ovalle López, como principal, folio 19.

"Lo narrado hasta aquí demuestra en forma palpable que el Concejo Municipal de Codazzi al seleccionar el 29 de noviembre de 1983 a la señora María Inmaculada Ovalle López como Personera Municipal, estaba nombrando a uno de sus miembros, puesto que la señora Ovalle López ostentaba y aún ostenta la calidad de Concejal principal por el partido conservador para el período 1982 a 1984.

"Se concluye fácilmente que el Concejo Municipal de Codazzi violó ostensiblemente el artículo 171, numeral 10 del Código de Régimen Político y Municipal, al elegir a la señora Ovalle López para el cargo de Personera, cuando venía ejerciendo las funciones de Concejal. La prohibición del artículo 171, numeral 10, del Código de Régimen Político y Municipal, entraña una norma moral y de innegable conveniencia pública que al ser aplicada sienta saludable procedente".

Tramitado el negocio en esta instancia sin que se observe irregularidad alguna y examinado el expediente se comprueba que evidentemente la señora María Ovalle López había sido elegida Concejal del Municipio de Codazzi para el período comprendido entre 1982 y 1984 función que desempeñó hasta la víspera de la elección de Personero de ese municipio.

El recurrente para desvirtuar la existencia de la inhabilidad prevista en el numeral 10 del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal presentó junto con el memorial de apelación fotocopias autenticadas de unas cartas suscritas por la interesada el 28 de noviembre de 1983 y dirigida al Gobernador del Departamento del Cesar y al Presidente y demás miembros del Concejo Municipal de Codazzi, por medio de las cuales presenta renuncia del cargo de Concejal y autoriza a su suplente para actuar en su reemplazo.

Además de haber sido presentada dicha prueba después de clausurado el debate en la primera instancia, lo que impide considerarla como tal, cabe observar que el artículo 3o. de la Ley 5a. de 1929 expresamente dispone que las "renuncias presentadas por los Concejeros Principales o Suplentes para seguir desempeñando tal cargo, y aceptadas por el funcionario a quien corresponde, no exime de la inhabilidad establecida por esta ley"; por otra parte no consta que dicha renuncia haya sido aceptada.

Como de acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente la señora Ovalle se posesionó y desempeñó el cargo de Concejal para el que fue elegida, el impedimento para ser designada como personero es evidente por vulnerar la prohibición establecida a los Concejos por el numeral 10 del artículo 171 de la Ley 4a. de 1913.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 18 de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, no asistió a Sala.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL.— ELECCION DE SECRETARIO GENERAL.—COMISIONES INTERNAS.— Una cosa es elegir a unas personas para que cumplan en una Corporación determinadas funciones, como la de Presidente o Secretario, y otra es que esas personas hagan parte además de una comisión. SECRETARIO DE LA ASAMBLEA.— Es funcionario administrativo, nombrado por la Corporación y encargado de llevar libro de actas y los demás que determinen las ordenanzas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., junio doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 1080. Electoral.
Actor: **José Alfredo Escobar Araújo.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Administrativo del Magdalena contra la sentencia dictada, el 6 de febrero de 1984, por dicha Corporación, en la cual se declaró inhibida para pronunciarse respecto de la petición de la demanda que había presentado, en ejercicio de la acción electoral y actuando en su propio nombre, el señor José Alfredo Escobar Araújo.

En su demanda el actor pidió al Tribunal Administrativo del Magdalena que hiciera la siguiente declaración:

"QUE ES NULO EL ACTO DE ELECCION, como Secretario General de la Asamblea Departamental del Magdalena, recaído en el señor Ramón Palacio Iguarán, efectuado por la misma asamblea el día 1o. de octubre de 1982, en la sesión inaugural".

Como hechos de la demanda se señalaron los siguientes:

"1o. El día 1o. de octubre de 1982, en su sesión de instalación, se reunió la Asamblea Departamental del Magdalena y eligió como Secretario General de la misma al señor Ramón Palacio Iguarán.

"2o. Tal acto administrativo de elección consta en el Acta No. 1 (uno) de la sesión correspondiente al 1o. de octubre de 1982, xeroxcopia autenticada de la cual acompaño al presente escrito.

"3o. Tal como lo dispone la Ordenanza No. 25 de noviembre 28 de 1972, actual reglamento vigente de la Asamblea del Magdalena, en su artículo tercero, se constituyó una Junta Preparatoria que violó los mismos reglamentos, que es también una ordenanza, cuya sanción (sic) ocasiona sanción de nulidad" (folios 1 y 2).

Como disposiciones infringidas se indican los artículos 3o., 5o., 17, 18 y 19 de la Ordenanza No. 25 del 28 de noviembre de 1972, emanada de la misma Asamblea, la cual contiene el "reglamento para el régimen interno" de la misma Corporación. El actor considera que también fueron quebrantados los artículos 192 de la Constitución Nacional, 1o. y 2o. de la Ley 111 de 1913, 91 y 97, numeral 34, 108 y 111 del Código de Régimen Político y Municipal, 132 de la Ley 85 de 1916, 63 y 192 de la Ley 167 de 1941.

Al desarrollar el concepto de la violación, el demandante se refiere, en primer lugar, a las disposiciones de la citada ordenanza según las cuales los diputados que concurran se reunirán en Junta Preparatoria, sobre lo cual, una vez comprobado el quórum, se informará al Gobernador del departamento, por medio de una comisión; este funcionario, por sí o por medio de uno de sus secretarios, declarará instalada la Asamblea. Si no concurriere el Gobernador ni ninguno de sus secretarios, declarará instalada la Asamblea el Presidente de la Junta Preparatoria. Luego, entre otras cosas, dice el actor:

"Pues bien, el día 1o. de octubre de 1982 no se instaló legalmente la Asamblea Departamental del Magdalena, pues si bien es cierto que se constituyó una Junta Preparatoria, que se cumplió con los numerales (sic) 1 (uno), no es menos cierto que violó el numeral 3 (tres) del artículo tercero de la citada ordenanza. Y esto es claro por cuanto no se le comunicó al señor Gobernador, después de verificación del quórum, que la Asamblea se encontraba constituida en Junta Preparatoria. Por esta razón, el Gobernador, ni ninguno de sus secretarios, declaró instalada la Asamblea en sesiones extraordinarias, que es el caso materia de este memorial. Pero además el reglamento ordena que cuando no concurrieren ninguno de los citados funcionarios, el Presidente de la Junta Preparatoria debe hacer la declaración de instalación, lo que tampoco se hizo. Como consta en el acta autenticada de la sesión de instalación, la Junta Prepara-

toria elaboró el orden del día e inmediatamente procedió a la elección de sus dignatarios y a la del Secretario General, lo que constituye una violación ostensible de los reglamentos de la Asamblea del Magdalena.

"El artículo 5o. de la aludida Ordenanza No. 25 de noviembre 28 de 1972 dispone que: 'Instalada la Asamblea, se procederá a la elección de Presidente, de acuerdo con lo que en este capítulo se establece, el cual regirá respecto de todas las elecciones que tenga que hacer la Asamblea'. Como la Honorable Asamblea Departamental no se instaló legalmente, es nula la elección no sólo del Secretario General, sino también de todos los dignatarios" (folios 2 a 3).

Intervino como impugnador en la primera instancia el señor Ramón Palacio Iguarán, por intermedio de apoderado, quien en el escrito correspondiente se expresó en los siguientes términos:

"Es, precisamente, el demandante quien se encarga de enervar la acción propuesta por él mismo, cuando cita el artículo 192 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 182 de la Ley 85 de 1936, para concluir que dichas disposiciones 'establecen que las comisiones para el orden interno de una Corporación, en lo relativo a su elección, deben ser declaradas nulas por la misma Corporación que la hace'.

"Desde luego, la conclusión es correcta en abstracto, pero no en el caso concreto, por cuanto el artículo 47 de la Ordenanza No. 25 del 28 de noviembre de 1972, sobre el Reglamento para el Régimen Interno de la Asamblea del Magdalena, ordena lo siguiente: 'La Comisión de la Mesa se compone del Presidente, los Vicepresidentes y los Secretarios de la Asamblea. . .'.

"Es obvio, entonces, que si el Secretario de la Asamblea, señor Ramón Palacio Iguarán, forma parte de la Comisión de la Mesa, por ministerio de la disposición antes transcrita, la competencia para declarar la nulidad que se impetra, no radica en el Honorable Tribunal Administrativo de Santa Marta, sino en la propia Asamblea Departamental, y por lo tanto, en el presente caso, se configura una incompetencia de jurisdicción.

En consecuencia, no hay tal violación de la Ordenanza No. 25 del 28 de noviembre de 1972 (Reglamento Interno), así como tampoco puede haber violación del artículo 97, regla 34 del C. P. y M., por cuanto la competencia está fijada en la propia Corporación y no en el Tribunal Administrativo.

"En otros términos, si no existiera el artículo 47 de la Ordenanza No. 25 del 28 de noviembre de 1972 (Reglamento Interno), la cual se supone conoce suficientemente el Honorable Diputado Escobar Araújo, es obvio que sería variable la acción propuesta, por lo menos, en cuanto a la competencia para resolver.

"En cuanto a la supuesta violación del artículo 192 de la C. N., por parte de la Asamblea Departamental, aún admitiendo que ello fuere cierto, y que esa violación genere nulidad, y conste que no está exigido en nulidad, es claro que la demanda incoada, no puede prosperar, por carecer el Honorable Tribunal de competencia e incurrirá en abuso y desviación de sus funciones. Y, este evento o riesgo se pierde en el inmenso mundo de las hipótesis estiradas e infinitas.

"Tampoco estimo que se violaron la Ley 111 de 1913, artículos 1o. y 2o., en consecuencia con el artículo 108 del C. de R. P. y M., porque esos "detalles de procedimiento", deben alegarse ante la Asamblea y no ante el Tribunal Administrativo. Y, así sucesivamente son inanes las consideraciones de la demanda sobre semejantes o iguales

circunstancias, porque mientras no se resuelva el problema de competencia, cualesquiera consideraciones de fondo, son impertinentes.

"Desde luego, la providencia del Honorable Consejo de Estado de fecha 13 de agosto de 1963, según extracto tomado del extracto que hace Ortega Torres en su Obra "Código Contencioso Administrativo", páginas 33 y 331, se refiere a los concejales municipales, y por consiguiente, no puede transplantarse a las Asambleas Departamentales, y mucho menos con interpolación interesada, y lo que es peor, cuando existe la Ordenanza No. 25 de 28 de noviembre de 1972" (folios 25 y 26).

El Tribunal Administrativo del Magdalena se declaró inhibido con el siguiente argumento:

"El demandante entre las normas que considera violadas en su libelo de demanda, cita las del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo, y 182 de la Ley 85 de 1916, afirmando que éstas 'establecen que las comisiones para el orden interno de una Corporación, en lo relativo a su elección, deben ser declaradas nulas por la misma Corporación que la hace. Por ello, sería de competencia de la Asamblea la declaratoria de nulidad de la elección de la Comisión de la Mesa. No se puede predicar lo mismo en cuanto al Secretario General de la Asamblea, pues éste es un funcionario de orden administrativo, nombrado por la Corporación y encargado de llevar el libro de Actas y las demás que determinen las ordenanzas, ya que este funcionario no forma parte de la Mesa directiva. Al efecto, el auto de 13 de agosto de 1963, T. LXVII, número 403-404, página 514, corrobora la verdad de mi dicho'.

"De la transcripción anterior se desprende que el actor reconoce y acepta la competencia de la Honorable Asamblea para conocer de lo relativo a la declaratoria de nulidad de las elecciones de miembros de la Comisión de la Mesa, para el orden interno de la Corporación, pero excluyendo de dicha comisión al Secretario General de la Asamblea.

"Pero en sentido opuesto a la negación anterior de que el Secretario General de la Asamblea no es miembro de la Comisión de la Mesa, encontramos la norma del artículo 47 de la Ordenanza No. 25 de noviembre 28 de 1972, invocada por la parte impugnadora, que afirma en forma terminante e indubitativa, que: 'La Comisión de la Mesa se compone del Presidente, los Vicepresidentes y *los Secretarios de la Asamblea*, y tienen las siguientes atribuciones. . .' (Subraya la Sala).

"La parte pertinente transcrita de la última norma ordenanzal citada, deja plenamente establecido que el Secretario General de la Asamblea sí es miembro de la Comisión de la Mesa, no de la Directiva, y como tal, no le corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda de nulidad, ya que ella es potestativa de la Honorable Asamblea del Departamento del Magdalena de conformidad con lo estatuido en el parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo y la norma del artículo 182 de la Ley 85 de 1916, en consecuencia con el mandamiento del artículo 47 de la Ordenanza No. 25 de noviembre 28 de 1972, expedida por la Honorable Asamblea del Magdalena". (Folios 38 y 39).

En la segunda instancia a que dio lugar la apelación interpuesta, el apoderado del demandante solicitó al Consejo de Estado revocara la sentencia recurrida y accediera a las súplicas de la demanda.

Estima el señor apoderado que de conformidad con el artículo 191 de la Ley 167 de 1941 corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer del negocio y al respecto dice:

"El Tribunal se detiene en el artículo 192 de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo) que atribuye igualmente competencia a la jurisdicción contenciosa para conocer de la elección o nombramiento de juntas de carácter nacional, departamental o municipal, que presumen una decisión plural y simultánea respecto de varios candidatos y más específicamente el Tribunal Administrativo del Magdalena considera aplicable el parágrafo del citado artículo 192, según el cual 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. Y luego aprecia de manera simple y superficial que como el secretario general de la asamblea hace parte de la Comisión de la Mesa, es a la Asamblea a quien corresponde decidir el asunto.

"La verdad, como consta en actas y documentos, es que la Asamblea del Magdalena, con violación expresa de la ley, procedió a elegir Secretario General de la Asamblea y cumplido el acto declaró electo el señor Ramón Palacio Iguarán. No estaba, entonces, como equivocadamente lo dice la sentencia recurrida, eligiendo una comisión para el orden interno de la corporación. El Secretario General es un funcionario administrativo, con atribuciones de tal, con sueldo, gastos de representación y prestaciones sociales como cualquier empleado público.

"Comisiones para el orden interno serían las de disciplina y justicia interior, las que sancionan con amonestaciones a los diputados y señalan otras del mismo carácter para los otros funcionarios, establecen normas para el régimen de trabajo, jornada laboral, uniforme que deben usar los empleados, control para la entrada y salida de los mismos, señalamiento de oficinas, etc.

"Confundir las comisiones para el orden interno con las demás comisiones reglamentarias es error inexcusable, crasa y lamentable equivocación, tanto más cuanto que las Asambleas no eligen específicamente Comisión de la Mesa sino, separadamente, a su Presidente y Vicepresidente que luego, con el Secretario General, en algunos casos se reunen e integran la comisión de la mesa, básicamente para elaborar el orden del día y para la designación de los funcionarios auxiliares de la Secretaría General. De igual manera acontece en las Cámaras Legislativas y en el Congreso Nacional. El Consejo de Estado ha decidido demandas sobre elección o nombramiento de Secretario General y respecto de la elección de las comisiones constitucionales permanentes del Congreso, lo que demuestra de manera ostensible que la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia clara, precisa e inequívoca para conocer de tales demandas.

"Finalmente, Honorable Consejero, debo afirmar de manera categórica que la Comisión de la Mesa de las Asambleas, como las del Congreso, no están definidas en la ley ni en las ordenanzas como de orden interno, que concretamente son aquellas de justicia interior, cuya elección presume una decisión plural y simultánea respecto de varios candidatos, en votación secreta y con aplicación del cuociente electoral" (folios 48 a 50).

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado se expresó de la siguiente manera en el escrito que obra del folio 53 al 56 del expediente:

"Ha llegado a esta Fiscalía para efectos de surtirse la notificación del auto de 8 de los corrientes, por medio del cual se reconoce personería al doctor Hugo Escobar Sierra, como apoderado del actor en la segunda instancia.

"Como quiera que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1 de 1984, no se corre traslado al Ministerio Público para emitir concepto, aprovechando la oportunidad que se presenta y con el ánimo de colaborar con el Honorable Consejero Sustanciador, este despacho se permite hacer las siguientes argumentaciones sobre el recurso en estudio.

"El Tribunal Administrativo del Magdalena profirió un fallo inhibitorio fundamentándose en incompetencia para conocer de dicho proceso de conformidad 'con lo estatuido en el parágrafo del artículo 192 del C. A. A. y la norma del artículo 182 de la Ley 85 de 1916, en concordancia con el mandamiento del artículo 47 de la Ordenanza No. 25 de noviembre 18 de 1972, expedida por la Honorable Asamblea del Magdalena'.

"Equívoca la apreciación el a-quo, porque en primer lugar la elección que se acusa no se refiere a comisiones de orden interno de la Corporación (Asamblea), sino por el contrario a la de un empleado de la Asamblea Departamental como es el Secretario General y, por consiguiente, la norma aplicable es el artículo 191 de la Ley 167 de 1941, que a la letra dice:

" 'Los Tribunales Administrativos 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 intendencia o comisaría' (Subraya la Fiscalía).

"En consecuencia, y de conformidad con la norma transcrita, el Tribunal Administrativo del Magdalena sí era competente para conocer de la acción que se incoó por el actor, razón por la cual ha de solicitar la revocatoria del fallo recurrido y, en su lugar, entrar al fondo de la litis.

"El cargo que imputa el actor contra el acto de elección del Secretario General de la Asamblea Departamental del Magdalena, en resumen se concreta a la infracción contra la Ordenanza No. 25 de 28 de noviembre de 1972, por medio de la cual se reglamenta el régimen de su trabajo.

"En efecto el Capítulo I de dicha Ordenanza trata de la Junta Preparatoria, y en su artículo 3o. establece:

"La Junta Preparatoria, constituida con el Presidente y Secretario, procederá:

" '1o. A verificar si hay quórum, que lo constituye la mayoría absoluta de los miembros que componen la Corporación, para lo cual el Secretario llamará lista de cuya elección se tuviere noticia oficial, según el resultado electoral que haya antes comunicado la Registraduría Nacional del Estado Civil o entidad que haga sus veces;

" '2o. Si no hubiere quórum, a dictar las medidas legales para llamar a los ausentes;

" '3o. A poner en conocimiento del señor Gobernador, luego que hubiere quórum, que la Asamblea se halla constituida en Junta Preparatoria, por medio de una Comisión de Diputados designada al efecto por la Presidencia.

" 'El Gobernador, por sí o por medio de uno de sus secretarios, declarará instalada la Asamblea en sesiones ordinarias o extraordinarias, según el caso.

" 'Si ninguno de los funcionarios expresados concurriere, hará la declaratoria de instalación el presidente de la Junta Preparatoria'.

"Pues bien, no consta en el Acta No. 1 de la Sesión Inaugural (folios 7 a 20) celebrada el día 1o. de octubre de 1982, que se hubiera dado cumplimiento al ordinal 3o. del artículo de la Ordenanza No. 25 de 1972, regla obligatoria para la Duma, con lo cual se daba por instalada la asamblea, razón por la cual se infringió el ordinal 3o. del artículo aludido y en consecuencia debe prosperar el cargo.

"Ahora bien, como consecuencia de la no instalación de la Asamblea conforme al Reglamento, la elección del Secretario General de la Asamblea, que es la impetración hecha en la demanda, es nula y así se solicita del Honorable Consejero Proponente lo declare en el fallo de fondo que ha de proferir".

"Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Debe la Sala estudiar, como cuestión previa, si el Tribunal Administrativo del Magdalena y el Consejo de Estado tienen jurisdicción en el presente caso, pues según el demandante y el señor Fiscal de esta Corporación ella existe y de acuerdo con el criterio del impugnador y del Tribunal, el asunto, conforme al artículo 182 de la Ley 85 de 1916 y el parágrafo del artículo 192 del hoy subrogado Código Contencioso Administrativo, es de competencia de la misma Asamblea Departamental que hizo la elección.

La Sala comparte el criterio del señor Fiscal: no se ha demandado la elección de una comisión de orden interno de la Asamblea Departamental del Magdalena sino de un empleado de dicha Corporación. No se puede confundir la elección de un funcionario de una Asamblea, como es su Secretario General, con la elección de una comisión para el orden interno de la misma.

Dicha comisión, no importa quiénes sean sus integrantes y las funciones que en otros aspectos les correspondan, se constituye para fines de carácter estrictamente interno, como es mantener o controlar el orden dentro de la respectiva Corporación; está encargada de cuestiones atinentes a la organización y al funcionamiento interno de ella, como el régimen de trabajo, el disciplinario, etc.

Precisa hacer otra distinción: Una cosa es elegir a unas personas para que cumplan en una corporación determinadas funciones, como la de Presidente o Secretario, y otra cosa es que esas personas hagan parte, además, de una comisión. Así como un diputado no pierde su carácter de tal por el hecho de formar parte en una comisión de la respectiva corporación, el Secretario de ella no pierde esa calidad porque entra a integrar la Comisión de la Mesa. Su calidad y su función fundamentales son las de Secretario de la Asamblea. Así fue elegido y para cumplir, con ese carácter, los deberes propios de su empleo, inclusive los correspondientes a su anexa condición de miembro de la Comisión de Mesa.

El Presidente, Vicepresidente y los Secretarios de la Asamblea son elegidos como tales. La elección de cada cual es válida o nula como Presidente, Vicepresidente o Secretario. Como tal se demanda su elección y como tal puede ser anuladas, no como miembro de la Comisión de la Mesa.

No cambia la situación por el hecho de que la elección como Presidente, Vicepresidente y Secretario General implique la de miembros de dicha comisión.

Las disposiciones citadas del derogado Código Contencioso Administrativo, aplicables al caso *sub-júdice*, diferencian claramente la elección o nombramiento de empleados o funcionarios de Asambleas Departamentales y Concejos Municipales de la elección de "comisiones para el orden interno de una corporación", denominación genérica que no se refiere exclusivamente a las corporaciones mencionadas antes sino a cualesquiera otras.

Así, el artículo 191 establece que "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. . . " Esta disposición comprende la elección o nombramiento de funcionarios o empleados de asambleas y concejos. En cambio, el parágrafo del artículo 192 se refiere únicamente a la elección de *comisiones* para el orden interno de cualquier corporación pública.

La tesis sostenida en providencia del 13 de agosto de 1963 por la Sala Plena del Consejo de Estado respecto del Secretario de los Concejos Municipales es válida para el de las Asambleas Departamentales: también se trata de "un funcionario administrativo, nombrado por la Corporación y encargado de llevar libro de actas y los demás que determinan las ordenanzas. . . o que ordene el presidente". Aun más, el Secretario de una Asamblea no tiene funciones de orden interno exclusivamente, pues es órgano de comunicación externa y firma las ordenanzas que rigen en todo el departamento. En el caso del Secretario General de la Asamblea del Magdalena, que puede ser reemplazado en sus faltas temporales o accidentales, en primer lugar, por el Secretario Auxiliar (artículo 31 de la Ordenanza No. 25 de 1972), otras diposiciones del mismo acto administrativo le señalan funciones que exceden las que corresponden a una comisión de orden interno: "firmar las ordenanzas o resoluciones que se expidan", lo mismo que los documentos a que se refiere el ordinal 11 del artículo 22 del reglamento, "redactar y firmar las demás cartas oficiales, cuando no esté dispuesto otra cosa; acusar recibo de todos los documentos que hayan entrado a la Secretaria" (artículos 22 —ordinal 3o.— y 29 —ordinales 5o., 8o. y 10 del Reglamento).

Por otra parte, una norma de carácter subalterno, como es una ordenanza, no podía, declarando al Secretario General miembro de la Comisión de la Mesa o de una "comisión para el orden interno", excluirlo de la aplicación de una norma legal, como es el artículo 191 del Código Contencioso Administrativo, sustraer su elección del control jurisprudencia de lo contencioso administrativo, para someter al primero a una disposición que no se refiere a él y atribuir la decisión sobre la validez de la segunda a una competencia que no corresponde.

Dentro de este orden de ideas, precisa observar que el señor Ramón Palacios Iguarán fue elegido como Secretario General de la Asamblea y no como miembro de ninguna comisión. No contradice la anterior afirmación la circunstancia de que la Ordenanza antes mencionada le dé también el carácter de miembro de la Comisión de la Mesa, lo cual no desvirtúa su calidad de empleado de la Asamblea (artículos 25, 26, 29 y 47). Es, pues, un empleado administrativo, integre o no la Comisión de la Mesa o cualquier otra.

Por consiguiente, la elección del señor Ramón Palacio Iguarán hecha por los miembros de la Asamblea Departamental del Magdalena, el 1o. de octubre de 1982, está sujeta al control jurisdiccional que se ejerce sobre los actos administrativos, por disponerlo así el artículo 191 de la Ley 167 de 1941. Es de los "empleados o funcionarios propiamente dichos" a que se refiere el inciso del artículo 192 cuando establece: "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 anteriores", entre las cuales están las del artículo 191 del mismo estatuto. Hoy esa cuestión está regulada por los artículos 131 —numeral 3o.— y 132 —numeral 4o.— del Decreto 1 de 1984, especialmente el último, que somete al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las elecciones o nombramientos hechos por las asambleas departamentales.

Tenía entonces jurisdicción, como la tiene el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo del Magdalena para conocer de este proceso y fallar sobre las peticiones de la demanda que le fue presentada con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la elección del señor Ramón Palacio Iguarán como Secretario General de la Asamblea de dicho departamento. Por lo tanto, no podía declararse inhibido sino que debió hacer el correspondiente pronunciamiento sobre lo que es materia de la controversia. Se habrá de revocar entonces el fallo del *a-quo* para proferir decisión de fondo, previo examen de la cuestión controvertida.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado conceptúa que en la elección del señor Ramón Palacio Iguarán se violó el ordinal 3o. del artículo 3o. de la Ordenanza No. 25 de 1972 y que, en consecuencia, debe prosperar el cargo, lo que implica la declaración de nulidad impetrada por el actor.

Un somero examen de los hechos, mediante la lectura del acta correspondiente a la sesión inaugural de la Asamblea Departamental del Magdalena, verificada el 1o. de octubre de 1982, y de las normas ordenanzales, legales y constitucionales que cita el actor en su libelo, lleva forzosamente a la conclusión de que la elección del Secretario General realizada en esa fecha infringe ostensiblemente tales disposiciones.

En efecto, dispone el artículo 108 del Código de Régimen Político y Municipal que "los detalles de procedimiento en las asambleas serán señalados por sus reglamentos", conforme al artículo 1o. de la Ley 111 de 1913, "corresponde a las Asambleas Departamentales expedir los reglamentos que sirvan de norma para el curso de sus trabajos" y según el artículo 91 del Código antes citado, "las ordenanzas determinarán los detalles" del procedimiento para la instalación de las asambleas, con base en la regla que él mismo establece en el sentido de que se proceda de manera análoga a como se actúa para la instalación del Congreso, "con las variaciones que exija la naturaleza de aquellas corporaciones". Por otra parte, los artículos 192 de la Constitución Nacional y 111 del Código de Régimen Político y Municipal establecen que las ordenanzas son obligatorias mientras no sean anuladas por la correspondiente autoridad del orden jurisdiccional.

El "Reglamento para el Régimen Interno de la Asamblea del Magdalena", contenido en la Ordenanza No. 25 de 1972, regula, entre otras materias, lo relativo a la instalación de dicha corporación y a la elección de Presidente, Vicepresidentes y Secretarios. Según el citado Reglamento, cuyas disposiciones tienen fuerza obligatoria, es decir, son de forzoso cumplimiento, de conformidad con la Constitución y la ley, para que proceda la elección de secretarios, entre ellos el general, se deben realizar previamente las siguientes actuaciones: 1) Se reúnen los diputados en el sitio y a la hora indicados, constituidos en Junta Preparatoria, teniendo como Presidente al que corresponda por orden alfabético (artículos 1o. y 2o.); 2) Se verifica el quórum (artículo 3o., ordinal 1o.); 3) Si hay quórum, se pone en conocimiento del Gobernador que la Asamblea se halla constituida en Junta Preparatoria, por medio de una comisión de diputados (artículo 3o., ordinal 3o.); 4) El Gobernador, por sí o por medio de uno de sus secretarios instala la Asamblea (artículos 3o., ordinal 3o.); 5) *Instalada la Asamblea*, se procede a la elección de Presidente (artículo 5o.); 6) Elegido el Presidente, éste prestará juramento y lo tomará a los demás diputados presentes (artículo 16); 7) Prestados los juramentos del Presidente y demás diputados, se elegirán los Vicepresidentes Primero y Segundo (artículo 17). De acuerdo con el artículo 3o. del mencionado Reglamento, si no concurriere a hacer la instalación de la Asamblea el Gobernador ni algún secretario suyo, la declaración correspondiente la hará el Presidente de la Junta Preparatoria, caso en el cual deberá ponerse este hecho en conocimiento de dicho funcionario (artículo 19).

Sólo en cuanto se hubieren cumplido las anteriores actuaciones, se procederá a elegir secretarios (artículo 17).

¿Cómo procedió la Asamblea del Magdalena, según Acta No. 1 del 1o. de octubre de 1982? (folios 7 a 20).

1) Se reunieron los diputados en Junta Preparatoria, que presidió el señor Manuel Antonio Alvarez Caballero; 2) Se llamó a lista y se verificó que había quórum, por lo cual se declaró abiertamente la sesión; 3) Se leyó el orden del día y en desarrollo del mismo, la presidencia anunció que iba a procederse a la elección de Mesa Directiva; 4) Se eligió Presidente, quien prestó juramento y lo tomó a los demás diputados; 5) se eligió Primer Vicepresidente y luego Segundo Vicepresidente; 6) Se eligió Secretario General, quien prestó el juramento de rigor; 7) Se tomó juramento a unos diputados suplentes; 8) Se designó una comisión para que informara a la Gobernadora del Departamento — "que la Asamblea se encontraba constituida *en Junta Preparatoria* (folio 9. Subraya la Sala); 9) Previo receso, llegada la Gobernadora, se reanudó la sesión; 10) La Gobernadora hizo uso de la palabra y declaró "*Solemnemente inauguradas* las sesiones de la Honorable Asamblea" (folio 10.Subraya la Sala).

De suerte que la elección del Secretario General, como sucedió en el caso del Presidente y de los Vicepresidente, se hizo por la Junta Preparatoria, o sea, antes de la instalación de la Asamblea, con evidente violación de las disposiciones reglamentarias, legales y constitucionales que se han citado en esta sentencia.

Es notoria la ilegalidad del acto acusado, por lo cual habrá de declararse su nulidad, previa revocación de la sentencia 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 del señor Fiscal,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 6 de febrero de 1984, y, en su lugr, se dispone:

Declárase la nulidad del acto de elección del señor Ramón Palacio Iguarán, como Secretario General de la Asamblea Departamental del Magdalena, efectuado el 1o. de octubre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de junio de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

COMISIONES DE MESAS DIRECTIVAS Y COMISIONES PERMANENTES Y REGLAMENTARIAS DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS.— La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer sobre las elecciones que allí se realicen. Reiteración jurisprudencial.

NOTA: El mismo tema fue consignado en las siguientes sentencias:

1. Sentencia de junio 8 de 1973. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 33. Actor: Manuel Urueta. (No. Sistemático Relatoría 0210-73).

2. Sentencia de Febrero 5 de 1974. Sala Plena. Consejero Ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. (Anales de 1975. Primer Semestre. Página 431).

3. Sentencia de octubre 28 de 1981. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. (No. Sistemático Relatoría 2306-81).

4. Sentencia de diciembre 2 de 1981. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. (No. sistemático Relatoría 2909-81).

5. Sentencia de julio 2 de 1979. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente 499. (Anales de 1979. Segundo Semestre. página 613).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., junio catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**

Referencia: Electoral 1082.
Actor: **Libardo Rodríguez Rodríguez.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 17 de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso electoral adelantado por el apelante contra el acto de elección de Comisiones Reglamentarias del Concejo Municipal de Bucaramanga de 7 de noviembre de 1983.

I. LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* se declaró inhibido para proferir sentencia de mérito, por las siguientes consideraciones:

"1o. Tal como lo expresa nuestra colaboradora Fiscal en el excelente estudio es cierto que el artículo 172 de la Constitución Nacional establece el sistema del cuociente electoral en las elecciones de dos o más individuos que efectúan las corporaciones públicas con 'el fin de asegurar la representación proporcional de los partidos' o de las vertientes de opinión que en dichas corporaciones tengan representación; esta es una verdad de puño que surge de la más simple y desprevenida lectura de la citada norma; en ese sentido el análisis es inobjetable. Cabe sí, examinar si esta Corporación, el Tribunal Administrativo de Santander, tiene el poder legal, la competencia, para conocer y decidir las controversias que, como en el caso que nos ocupa, genera la interpretación y la aplicación del citado artículo 172 de la Constitución Nacional,

cuando las corporaciones públicas proceden a elegir o designar bien sea los miembros de la mesa Directiva o de las demás comisiones permanentes o accidentales, que sean necesarias para evacuar las labores que les son propias. Estas comisiones, para el caso del Concejo Municipal de Bucaramanga, están constituidas con criterio de especialidad según se desprende de las normas traídas al expediente (Acuerdo No. 17 de 1983, folios 17 y siguientes) y su finalidad no es otra diferente a la de estudiar los proyectos de acuerdo y las materias inherentes a su especialidad y preparar los informes que deben ser sometidos a debate en las sesiones plenarias del Cabildo para que en ellas sean aprobados, improbados o modificados según la soberana decisión de la opinión mayoritaria presente en el Concejo. Sin necesidad de demasiadas lucubraciones se entiende que tales comisiones sólo tienen que ver con el sistema de trabajo y el orden interno del Concejo.

"Lo anterior nos viene a indicar que por expresa disposición legal las controversias que surjan con ocasión de la elección de estas comisiones, le corresponde decidirlas, dilucidarlas, a la Corporación que hace la elección. Otro no puede ser el sentido literal ni el espíritu del parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo que sustrae de las reglas generales de competencia esta clase de controversias, al decir que, 'conforme al artículo 162 de la Ley 85 de 1916, cuando la elección *se refiere a comisiones para el orden interno de la corporación*, la declaración de nulidad corresponde a la misma corporación que la hace' (subraya fuera del texto). A su vez el artículo 182 de la Ley 85 de 1916 dice que 'cuando la elección se refiera a comisiones de la misma corporación para su orden interno, *es la misma corporación quien puede declarar la nulidad*'. Ante un mandato tan claro y perentorio que sustrae dicha clase de controversias del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, este Tribunal no puede menos que proferir una decisión inhibitoria por carecer expresamente de competencia para efectuar un pronunciamiento de mérito; es más, si se hubiera acatado el principio de la economía procesal, la demanda debía haber sido rechazada por incompetencia del Tribunal. Si se obra en el sentido de conocer de fondo la controversia planteada, este Tribunal violaría la ley y usurparía una competencia que, para el caso *sub júdice*, la ley expresamente ha deferido al Concejo Municipal de Bucaramanga.

"2. Conviene recordar que de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Nacional en nuestro sistema jurídico rige el principio de las competencias regladas que bien pueden estar distribuidas entre los diversos órganos que conforman el Estado, mediante el sistema de enumeración legislativa o por cláusula general. Según el principio enunciado los funcionarios, las entidades y corporaciones sólo pueden ejercer válidamente las funciones que le están expresamente atribuidas; en esa forma se tutela la seguridad jurídica, elemento necesario para mantener y proteger la legalidad de las actuaciones públicas y para dar certeza al ciudadano en sus relaciones con el Estado.

"El Honorable Consejo de Estado, ha dicho sobre este particular lo siguiente: 'Según los artículos 20 y 63 de la Constitución, los empleados y las entidades públicas sólo pueden hacer lo que les está atribuido expresamente, por enumeración específica o cláusula general de competencia. Se trata de un principio cardinal del Derecho Público colombiano que permite someter a control la actividad de los funcionarios administrativos sobre la base de otro que le es correlativo; la competencia debe ser expresa, no explícita ni deducida por extensión o analogía; el funcionario o el ente administrativo debe tener la competencia expresa e inequívoca como requisito para que haya límite y control jurídicos del poder' (J y D. T. VIII, No. 69, mayo de 1979). Se pretende, pues, mediante la aplicación del principio ya mencionado, evitar la arbitrariedad y dar al ciudadano, los elementos de juicio indispensables para discernir acerca de la juridicidad de los actos estatales y ocurrir con presteza y facilidad ante los órganos encargados de su control cuando sean o se presumen violatorios del principio de legalidad.

"Ahora bien, la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se sustrae al principio de las competencias regladas, sus facultades están fijadas mediante el sistema de la cláusula general al tenor del artículo 20 del Decreto 528 de 1964 (hoy artículo 32 del Decreto 1 de 1984) con el señalamiento de precisas excepciones como son las reseñas en los artículos 73 y 192, parágrafo del Antiguo Código Contencioso Administrativo. Estas excepciones están orientadas, en primer caso, a dar firmeza a algunas actuaciones típicamente administrativas y sustraerlas de la controversia jurisdiccional) y, en el segundo caso, no obstante que se trata de actos de carácter electoral, que al decir del Honorable Consejo de Estado 'Es la materia más delicada del orden democrático como que constituye la base de su funcionamiento del que depende la fe que merezca' (Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia 8 de junio de 1975, ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro); no obstante su carácter electoral —se repite— las controversias de este tipo se han sustraido expresamente del conocimiento de la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo y se han asignado a la respectiva corporación 'cuando la elección se refiera a comisiones para el orden interno', por cuanto dichas comisiones tienen origen, generalmente, en acuerdos y equilibrios políticos que por la misma razón pueden variar según los intereses que resulten mayoritarios en el seno de la respectiva corporación.

"En cuanto a saber si la Mesa Directiva y las comisiones para el funcionamiento interno de un Concejo Municipal tienen o no ese carácter, ha dicho el Honorable Consejo de Estado: '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 que, de conformidad con el parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo, y con el artículo 182 de la Ley 185 de 1916, es a la misma entidad a la que le corresponde declarar las nulidades presentadas' (Consejo de Estado, Sala Plena, auto de agosto 13 de 1963, ponente: doctor Alfonso Meluk). En consecuencia, la Sala incidental debe proferir un fallo inhibitorio por carecer de competencia para decidir sobre este asunto.

"La anterior consideración se apoya, sin pretender ignorar las enseñanzas expuestas, respecto de las mesas directivas de las Cámaras y de las Asambleas en los pronunciamientos efectuados por el Honorable Consejo de Estado con ponencia del doctor Mario Enrique Pérez (Consejo de Estado, sentencia 17 de diciembre de 1980). Se acoge y comparte la jurisprudencia tradicional que sobre este aspecto ha sostenido la alta Corporación jurisdiccional, y, por lo mismo es pertinente mantener la interpretación que sirvió de base a este Tribunal para inadmitir, con el voto favorable del doctor Ismael Enrique Arciniegas Baedecker, la demanda incoada por el doctor Feisal Mustafá Barbosa, contra un acto de idéntica naturaleza al que es objeto de estudio, el cual había sido proferido por el Concejo Municipal de Floridablanca. En esa oportunidad, sin que hubiese disparidad de criterios ni aclaración de voto, dijo el Tribunal:

'. . .Enseña el artículo 20 del Decreto Ley 528 de 1964 que 'la jurisdicción Contencioso Administrativa 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 motivos de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2o. y 3o. del artículo 73 de la Ley 167 de 1941. En principio tenemos que todas 'las actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho' de la administración pública están sometidas al control de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

'Nuestro sistema de derecho es esquivo a las actuaciones discrecionales que por su origen o naturaleza escapan al control de los organismos jurisdiccionales de la República y cuya misión primordial es la tutela del orden jurídico y de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos. Sin embargo, la capacidad, la competencia de la

jurisdicción para conocer de los actos de la administración en todos sus niveles proviene de la Constitución y de la ley y tiene en ella sus limitaciones; la jurisdicción también es reglada y, por tanto, sólo puede extender su acción dentro de los precisos marcos jurídicos. 'En este orden de ideas se tiene que el artículo 184, ordinal 1o. del Código Contencioso Administrativo, sustrae de la competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa aquellos asuntos que por su naturaleza 'o por disposición de la ley' su conocimiento 'corresponde al funcionamiento o corporación distinta del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos'. En estos casos las actuaciones que lleve a cabo la Jurisdicción Contencioso Administrativa están afectadas de nulidad al tenor del artículo 113, ordinal 1o. del Código Contencioso Administrativo.

'3. La demanda cuya admisión se estudia es contra un acto electoral efectuado por el Concejo Municipal de Floridablanca por el cual se eligieron las comisiones internas de esta corporación administrativa y al primer vicepresidente de la misma. Dada la naturaleza de estos actos de elección o nombramiento, la ley ha querido sustraerlos del conocimiento de esta jurisdicción como se desprende del entendimiento del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo; en efecto esta norma dice: 'la elección o nombramiento de juntas de carácter nacional, departamental, municipal o de una intendencia o comisaría, o de personas que deben 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 anteriores. Parágrafo. Sin embargo, conforme al artículo 182 de la Ley 85 de 1916, cuando la elección se refiere a comisiones para el orden interno de una corporación, la declaración de nulidad corresponde a la misma corporación que la hace'.

'A su vez, el artículo 182 de la Ley 85 de 1916, citado por la norma antes transcrita, establece que 'cuando la elección se refiere a comisiones de la misma corporación para su orden interno, es la misma corporación quien puede declarar la nulidad'. Las anteriores normas nos indican, sin lugar a dudas que la impugnación de esta clase de elecciones o nombramientos dada su naturaleza y por disposición de la ley debe surtirse ante la misma Corporación que los efectuó; en este caso, ante el Concejo Municipal de Floridablanca, para que dicho Cabildo, si lo considera viable, declare la nulidad respectiva, tal como lo estipula el parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.

'4. De lo expuesto podría surgir alguna duda respecto a la viabilidad de la acción en cuanto se trata de elección del primer vicepresidente del Concejo y, por tanto, conviene analizar así sea someramente, este aspecto de la demanda. Sobre este particular el Honorable Consejo de Estado ha sostenido en reiterada jurisprudencia siguiendo la interpretación dada por el tratadista Tulio Enrique Tascón, lo que a continuación se transcribe: 'Siendo el Presidente, primer Vicepresidente y segundo Vicepresidente, los integrantes de la Comisión de la Mesa Directiva del Concejo, a los cuales se refiere la demanda de nulidad de la elección, 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 alguna que, de conformidad con las disposiciones transcritas, es a la misma entidad a la que le corresponde declarar las nulidades presentadas' (Anales LXVII, páginas 514, 403, 404).

"Este Tribunal acoge la tesis doctrinal del Honorable Consejo de Estado por encontrar que la misma concuerda con el espíritu y el tenor literal de la norma que le sirve de fundamento y por tal razón, tampoco habrá de acoger el conocimiento de la demanda en cuanto a la misma va dirigida contra el Vicepresidente del Cabildo' (auto 1o. de diciembre de 1980, expediente No. 3132 de 1980).

"El Honorable Consejo de Estado en jurisprudencias de fechas casi concomitantes a la de la Ley 167 de 1941, sobre el punto debatido, dijo:

'El parágrafo de este artículo dice que, conforme al artículo 1982 de la Ley 85 de 1916, cuando las elecciones se refieren a comisiones para el orden interno de una corporación, por ejemplo de un jurado electoral, la declaración de nulidad corresponde a la misma corporación que las hace. La elección de dignatarios de las corporaciones electorales no es asunto que compete decidir a los Tribunales Contencioso Administrativos, sino a la propia corporación que hace el nombramiento, puesto que los dignatarios constituyen la primera y más importante de las comisiones' (auto 18 de junio de 1942), citado por Carlos H. Pareja, C.A. pág 270). 'La elección de Presidente del Cabildo es de orden interno a éste, y por lo tanto no puede acusarse ante los jueces contencioso administrativos, conforme al parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo', sentencia 25 de julio de 1946), citada por Carlos H. Pareja, C.A. página 270).

"Mediante la aplicación de la norma contenida en el artículo 182 de la Ley 85 de 1916 se busca permitir el libre juego de la opinión mayoritaria en las corporaciones públicas e impedir que la Jurisdicción Contencioso Administrativa se convierta en una especie de instancia política para definir los desacuerdos que se presenten entre las diferentes vertientes al conformar las comisiones internas; se quiere así evitar que la Jurisdicción Contencioso Administrativa pierda peso y credibilidad ante la opinión pública al entrar a decidir situaciones meramente partidistas que deben resolver sus propios actores, esto es, los grupos políticos a través de los acuerdos y alianzas usuales en nuestro sistema democrático respetuoso del estado de derecho. Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Sala incidental profiera un pronunciamiento inhibitorio" (folios 43 a 53).

Hubo salvamento de voto del Magistrado Ismael Enrique Arciniegas Baedecker, en los siguientes términos:

"Considero que las Comisiones Permanentes creadas por el Acuerdo No. 17 de 23 de agosto de 1983 (Reglamento del Concejo Municipal de Bucaramanga), no son Comisiones de simple orden interno cuya elección o integración esté exenta del control de la jurisdicción contencioso administrativa, siguiendo el fallo de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado de 8 de junio de 1973 que, en lo pertinente dice:

'En cuanto hace a las competencias o actividades de las corporaciones de elección popular u otras análogas parece que pertenecerían al orden interno aquellas que sólo influyen en el funcionamiento íntimo de tales entidades y que por tanto no pueden tener efecto fuera de ellas que es tanto como decir que no afectan ni pueden afectar la conducta de otras corporaciones o de otros órdenes u órganos del poder público o de los habitantes del territorio. Serían comisiones para el orden interno, aquellas que se designan para obtener la información que ha de utilizarse luego con cualquier fin, como las encargadas de visitar las dependencias oficiales para averiguar si funcionan correctamente o viajar a ciudades para recibir datos de sus moradores o las que han de organizar los restaurantes y casino de la cámara o velar para que no entren intrusos'.

"En consecuencia, las Comisiones de carácter permanente creadas por el Acuerdo No. 17 de 1983, no pueden, por ningún motivo calificarse de simple orden interno si se tiene en cuenta las funciones importantísimas que les corresponde cumplir, lo que se demuestra palmariamente con la sola lectura de las funciones que corresponde a cada una de ellas, funciones estampadas en el Acuerdo citado en líneas anteriores". (folio 54).

II. EL RECURSO

El actor, al sustentar el recurso de apelación, expone:

"Al respecto, puede decirse claramente que el fallo, adoptado con la colaboración de un conjuez, se fundamenta en una interpretación literal del parágrafo del artículo 192 del anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) y del artículo 182 de la Ley 85 de 1916, los cuales establecían que 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.

"Para considerar que las Comisiones Reglamentarias de un Concejo Municipal son 'Comisiones para el orden interno', el fallo se fundamenta en un auto de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, de fecha agosto 13 de 1963, ponente: doctor Alfonso Meluk, en el cual se adoptó esa posición" (Anales, Tomo LXVI, números 403-404, página 514).

Aquí transcribe apartes de la sentencia de 8 de junio de 1973, Sala Plena, Expediente No. 33:

"La idea sostenida en la sentencia anterior es claramente aplicable a la Comisión de la Mesa y a las Comisiones Permanentes de todas las corporaciones públicas, y ha sido reiterado por el Honorable Consejo de Estado, entre otras, en las siguientes providencias: auto de marzo 12 de 1979 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponencia del Consejero Mario Enrique Pérez, actor Gilberto Vieira y otros, sentencia del 2 de julio de 1979, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: doctor Mario Enrique Pérez V., actor: Gilberto Vieira y otros. Expediente No. 499.

"Igualmente, en los últimos días del Honorable Consejo de Estado ha conocido de una elección para modificar simplemente la composición de una comisión permanente del Congreso, lo cual implica la reiteración de que las comisiones permanentes de las corporaciones públicas no tienen el carácter de comisiones de 'orden interno' ". (sentencia del 4 de mayo de 1984, expediente 1082).

III CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. *La competencia*

a) Conviene aclarar que la sentencia apelada se fundamenta en un acto de agosto 13 de 1963 y aunque cita la sentencia de la Sala Plena de 8 de junio de 1973 y no de 1975 y transcribe tres renglones de la misma, no cita la parte pertinente de tal providencia.

b) La sentencia de la Sala Plena de 8 de junio de 1973, Expediente No. 33, actor Manuel S. Urueta, Consejero Ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro, dice:

"Aunque la resolución declara que se abstiene de elegir Mesa Directiva para el período que vence del 20 de julio de 1973 ratifica sin embargo a quienes venían desempeñando la función y en consecuencia les permite posesionarse y seguir ejerciendo el cargo. Si se aceptara que variar las formas y modificar los trámites legales es suficiente para que el acto de la designación de Mesa Directiva deje de ser electoral implicaría convenir en que los mandatos de la Constitución y de la ley pueden cumplirse sin los requisitos esenciales sólo por modificación de las formas y alteración de los trámites, que es tanto como violarlos, y cuya principal consecuencia sería sustraerlos del control jurisdiccional. Esta doctrina u otra semejante, meramente formalista, permitiría amparar las violaciones de la ley y aún de la Constitución con el singular

efecto de que ese procedimiento sustraería el acto del natural control jurisdiccional, es decir que será inaplicable el artículo 204 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto quedarían fuera de juicio las decisiones que se hagan con violación del sistema adoptado por la ley, que es todo lo contrario de lo que ésta precribe. Aunque tal materia sería objeto de más completo comentario en otra parte del fallo, por ahora el Consejo patrocina la opinión del demandante sobre exceso de poder por desviación de procedimiento.

"En el presente juicio, tanto el fiscal como dos de las ponencias anteriores aceptan la condición electoral del acto acusado y en los procesos en que se ha acogido la doctrina según la cual tales comisiones son del orden interno, no se ha discutido la calidad electoral de estos actos.

"Una de las notas dominantes que caracterizan la democracia consiste en que el poder público se forma por elección del pueblo mediante el voto directo y secreto de los ciudadanos o por el indirecto o de segundo grado. Pro la sola elección no es suficiente si no se la protege con mecanismos que aseguren la libertad del elector y lo defiendan de la violación y del engaño. El principal de tales mecanismos lo constituye el control jurisdiccional ejercido por magistrados independientes ante quienes pueda quejarse el que se considere agraviado.

"El sistema electoral democrático para que merezca ese nombre debe tener dos consecuencias principales: el imperio o gobierno de las mayorías y el exquisito respeto del derecho de las minorías. Nuestra Constitución y nuestras leyes así lo consagran y refrendan tanto para las elecciones de primer grado como las de segundo y también para los nombramientos, que es otra forma de elección, que podría llamarse de tercer grado.

"Cualquiera que sea la competencia y la jerarquía de las agencias y de los agentes del Estado, su elección o designación está sujeta a reglas precisas dirigidas a afianzar el orden democrático, sin que puedan faltar las propias del control jurisdiccional, encaminado a defender la doctrina política esencial que informa nuestro estatuto básico, doctrina que penetra toda su fisionomía y permite, al menos teóricamente, que nos ufanemos de ser una democracia.

Segundo. La competencia del Consejo.

Durante la discusión del primer proyecto y el Consejero Gustavo Salazar Tapiero después de relatar la historia americana y europea sobre el control jurisdiccional de los actos del poder público sintetizó su pensamiento así:

"Siendo la Constitución del Estado una regulación fundamental, esto es, un sistema de normas supremas y últimas que determinan la forma de gobierno, los derechos y deberes del mismo con respecto de los súbditos y las garantías de que gozan éstos, se concluye que todas las otras leyes, así como los actos del gobierno deben estar conformes con esa ley suprema.

"En Colombia, el constituyente le ha confiado a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado la guarda de la integridad de las reglas constitucionales y para que puedan cumplir su altísima misión los ha dotado de facultades especiales en virtud de las cuales pueden y deben invalidar todo acto que las contraríe.

"El sistema de control constitucional colombiano, completamente original, funciona así:

"1o. La Corte Suprema de Justicia debe decidir definitivamente la exequibilidad de los siguientes actos:

"a) Todo proyecto de ley que fuere objetado de inconstitucional por el Presidente de la República si las cámaras rechazan las objeciones. b) De todas las leyes y de los decretos dictado por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 78, ordinales 11 y 12 y 80 de la Constitución, cuando fueren acusadas de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. c) De los decretos legislativos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades especiales de estado de sitio y de emergencia de que tratan los artículos 121 y 122 de la Carta.

"3o. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, los funcionarios investidos de autoridad y jurisdicción deben aplicar de preferencia las disposiciones constitucionales.

"4o. A la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le corresponde conocer y decidir: a) De las acusaciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, distintos de los que le corresponde conocer a la Corte y de todas las resoluciones, actos, operaciones y tareas del orden nacional, departamental, municipal, intendencial o comisarial que dicten en desarrollo de sus atribuciones o cuando han sido expedidos en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere. b) De todas las acciones que tengan como finalidad asegurar la pureza del sufragio y la representación proporcional de los partidos en tratándose de elecciones populares o por una corporación pública.

"Todo este ordenamiento indica la voluntad del constituyente de mantener la supremacía de la Constitución y busca que los órganos del poder, como limitados que son, se mantengan dentro de su órbita. Además que todo acto de la legislación directa y delegada y de la administración que repugne a la ley suprema debe ser invalidado por la jurisdicción, que ha sido investida de una competencia que le da el carácter de autoridad colocada por encima de las ramas legislativa y ejecutiva, puesto que puede anular o dejar de aplicar toda norma que estime contraria a la Carta. A lo que debe agregarse la facultad de interpretación que tiene la judicatura respecto de la constitución y demás leyes, en términos tales que la convierte en órgano colegislador, ya que la ley no es sólo lo que quiso el Congreso sino también lo que resulta de ella después de pasar por la interpretación judicial.

"Ese control judicial tiene como finalidad última salvaguardiar los fueros de la libertad y de la justicia y se levanta sobre la democracia pero basado en ella como una muralla y como un dique para impedir que las normas constitucionales sean quebrantadas por las corporaciones públicas o por el Gobierno.

"De lo anterior resulta nítido que cuando quiera que la Constitución prescriba un derecho, una prerrogativa o una garantía, es deber de la jurisdicción entrar a estudiar y resolver si ha habido quebranto por acto alguno de los órganos del Estado, cuando quiera que alguien acuda en demanda, ya que no se concibe derecho o garantía que no tenga la correspondiente protección.

"Se ha pensado que el parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo podría ser inconstitucional si por aplicarlo se sustrajera de la jurisdicción alguna clase de actos electorales cumplidos por agentes del Estado, en ejercicio de sus funciones en cuanto las consecuencias de la elección pudieran trascender los límites que dividen el funcionamiento íntimo de tales corporaciones del amplio ámbito en donde se mueve el Estado como personero de la Nación y por tanto pudiera incidir sobre el mismo Estado y sobre los derechos y libertades de los habitantes de nuestro

territorio. De donde se concluye que la posible inexequibilidad del aludido parágrafo sólo surgirá si se acepta que comisiones tan importantes como la formada por presidente y vicepresidente de la Cámara, son del orden interno. Obsérvese que el inciso primero del artículo 192 consagra la regla general dominante y su parágrafo crea la excepción que, por serlo, debe interpretarse y aplicarse muy restrictivamente, con la máxima cautela, porque la electoral es la materia más delicada del orden democrático como que constituye la base de su funcionamiento del que depende la fe que merezca.

"Que la de la Mesa Directiva y las demás comisiones previstas en la Constitución tienen encargos que traspasan los límites del mero orden interno se deduce de las propias cláusulas constitucionales que determinan su existencia y exigen su funcionamiento. Parece que interno es aquello que no trasciende de límites previamente determinados como los de un recinto, un territorio, un país, o también, una corporación. Es decir que las consecuencias de lo que ocurre en ese *interior* no afectan las cosas o las personas que están fuera de él o sea en el *exterior*.

"Así se habla de orden interno por contraste con el orden externo y en cuanto a los negocios públicos se designa un ministro, entre nosotros llamado de gobierno, para dirigir el orden interno y otro ministro, el de relaciones exteriores, para dirigir el externo. En el ámbito de la policía esta noción se ha hecho muy clara para distinguir el orden público del orden privado y determinar de ese modo que a la policía compete velar por el primero pero le está prohibido inmiscuirse en el segundo.

"En cuanto hace a las competencias o actividades de las corporaciones de elección popular y otras análogas parece que pertenecerían al orden interno aquellas que sólo influyan en el funcionamiento íntimo de tales entidades y que por tanto no pueden tener efecto fuera de ellas, que es tanto como decir que no afectan ni puedan afectar la conducta de otras corporaciones o de otros órganos del poder público o de los habitantes del territorio. Serían comisiones para el orden interno o del orden interno, aquellas que se designan para obtener información que ha de utilizarse luego con cualquier fin, como las encargadas de visitar las dependencias oficiales para averiguar si funcionan correctamente o viajar a ciudades para recibir datos de sus moradores o las que han de organizar los restaurantes y casino de la cámara o velar para que no entren intrusos.

"Si el funcionamiento de las comisiones ha de influir fuera de las Cámaras, como por ejemplo en la aprobación de las leyes, no es evidente que son del orden interno, sino al contrario.

"Las comisiones llamadas permanentes, de las cámaras, son de creación constitucional como lo manda el artículo 77 así: Cada Cámara elegirá, para períodos no menores de dos años, comisiones permanentes que tramitarán el primer debate de los proyectos de ley.

"Salvo lo especialmente previsto la ley determinará el número de comisiones permanentes y el de sus miembros, lo mismo que las materias de cada una deberá ocuparse.

"El Senado de la República y la Cámara de Representantes podrán disponer que cualquiera de las comisiones permanentes sesione durante el período de receso con el fin de debatir los asuntos pendientes en la legislatura anterior, de realizar los estudios que la corporación respectiva determine o de preparar los proyectos que las cámaras les encomienden. El Gobierno podrá convocarlas para los mismos propósitos.

"Además de las comisiones constitucionales permanentes hay una llamada comisión especial, que es la del artículo 80 que está formada por un senador y un represen-

tante de cada departamento o dos representantes más de las intendencias y comisarías, todos elegidos por dichas corporaciones *en la proporción en que estén representando los partidos en las cámaras*. Esta comisión especial además designará tres senadores y tres representantes para que concurran con carácter informativo ante los organismos nacionales encargados de preparar los planes y programas.

"Según el artículo 76 corresponde al Congreso hacer las leyes y el artículo 81 manda que ningún proyecto será ley sin 'haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara, salvo lo expuesto en el artículo 80'. Que esta función no es trámite cualquiera está indicado ya por ser requisito indispensable para que la ley exista. No obstante, si el proyecto es negado en primer debate en la comisión puede ser considerado por la respectiva Cámara a solicitud de su autor, de un miembro de la comisión o del Gobierno y si lo decidido por la primera comisión permanente fuere improbado por mayoría absoluta de votos de la Cámara correspondiente' el proyecto pasa a otra comisión permanente para que decida sobre él en primer debate.

"Negar en primer debate un proyecto de ley es acto de *importancia decisoria* tan trascendente como aprobarlo, porque en uno u otro caso se resuelve sobre la suerte del proyecto. Se abre y se cierra la posibilidad de que haya una nueva ley.

"Según el artículo 103 son facultades de cada Cámara elegir el presidente y los vicepresidentes para períodos de un año a partir del 20 de julio, y según el artículo 74 los presidentes del Senado y de la Cámara son a su turno presidente y vicepresidente del Congreso. Además el artículo 83 ordena que las minorías tengan participación en las Mesas Directivas.

"Debe llamarse la atención acerca de que la designación tanto de las comisiones constitucionales permanentes como de la llamada comisión de la mesa o sea el presidente y los vicepresidentes, *debe hacerse por elección*, que es el verbo que usa el texto constitucional.

"Tanto los presidentes de las cámaras como los de las comisiones, deben dirigir las sesiones públicas de unas y otras y el presidente del Senado según el artículo 89, debe promulgar las leyes cuando el presidente no lo haga. Los proyectos aprobados por cada Cámara deben llevar la firma de los presidentes respectivos.

"Los presidentes de las Cámaras según el artículo 113 son los encargados de llamar a los suplentes para que por ausencia de los principales no se paralice el ejercicio de la función legislativa o de las otras funciones asignadas al Congreso o a cada una de sus cámaras.

"El primer debate de la ley sobre presupuesto se da por las correspondientes comisiones de cada Cámara reunidas en una sola conforme lo indica el artículo 208 y las comisiones de la mesa de las Cámaras según precepto del mismo artículo, son las encargadas de elaborar el presupuesto del Congreso que se incorpora al proyecto general de la nación sin modificación del Gobierno.

"De las reflexiones precedentes es lógico deducir que ni las llamadas comisiones de la mesa, formada por presidente y vicepresidente de cada Cámara ni las constitucionales permanentes son del orden interno, porque su actividad o el ejercicio de sus competencias tienen muchos efectos que inciden sobre el funcionamiento del Estado y la vida de los habitantes de la Nación. En primer término por la formación de las leyes.

"Es pertinente agregar que el artículo 189 del Código Administrativo aleja todo equívoco sobre la competencia del Consejo de Estado para conocer y fallar sobre actos

como el que se debate en este proceso. Reza así: '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'. Aquí también cabe destacar que esta competencia no es facultativa sino obligación cuyo cumplimiento no puede eludirse sin infringir el superior ordenamiento político cuyo fin reclama la tutela jurisdiccional de todos los actos electorales.

"Así mismo, si aún se insistiera sobre la posible existencia de comisiones 'del orden interno' bastaría repasar las normas de la Ley 17 de 1970 para despejar esta duda residual. Allí se confirma que quizás las únicas a las que podría darse tal íntima calidad son algunas de las llamadas accidentales como las que se designan 'para llevar mensajes orales o escritos a la otra Cámara, a funcionarios de otra rama del poder público o a personas o entidades de derecho público o privado' y las encargadas de 'representar a la Cámara en actos o certámenes oficiales o privados dentro del país. . .' como las que concurren a reuniones de entidades profesionales o a las honras fúnebres de quienes en vida se destacaron por sus méritos (artículos 14 y 15).

"Cabe anotar que en la elección de presidente y vicepresidente no procede el método del cuociente electoral, como lo cree el demandante, porque se trata de proveer tres encargos diferentes y por tanto, como lo ordena le ley, debe votarse por cada uno de los que deban elegirse aunque en la mesa directiva debe estar representada la minoría (artículo 83).

Tercero. La nulidad.

"El Estado existe para gobernar, entendido este verbo en su más amplia acepción o sea la de dirigir y conducir a la Nación hacia su destino natural que ha de concordar con el bien común o el interés general, cualquiera que sea el concepto que se tenga acerca de esas expresiones. Así, gobernar es ejercer el poder público que entre nosotros se supone derivado de la voluntad del pueblo. Para ordenar el ejercicio del poder se adopta la Constitución Política, en la que se distribuyen las competencias propias de ese poder, para indicar cómo, cuándo y quién puede ejercer aquella parte que se le ha atribuido. Tal distribución no es mera facultad para que se ejerza o no, sino deber ineludible que debe cumplirse tal como lo manda la Constitución. Lo anterior no empece lo excepcional de que a veces tales competencias son realmente 'facultativas' o sea que el deber puede ejercerse o no. Esta posibilidad, por excepcional, es siempre expresa en el texto de la Carta.

"Las elementales nociones precedentes se recuerdan para mostrar que cuando la Constitución emplea expresiones como 'son facultades' o 'compete' u otras similares, está señalando deberes, aunque no en todos los casos se haya previsto la pena por omitir su cumplimiento.

"Corporaciones como las cámaras, las asambleas o los concejos, para que puedan trabajar ordenadamente, requieren de la presencia de un director de debates y como tales corporaciones tienen el deber de funcionar y de ejercer las competencias que les son propias, se les ordena o faculta para que elijan presidente, vicepresidentes, secretarios, etc. En el artículo 103 se encuentran dos buenos ejemplos de estas competencias que en un caso son deberes y en otro son facultades. En el numeral primero se prescribe que la Cámara *'debe'* elegir el presidente y los vicepresidentes para períodos de un año a partir del 20 de julio; en el tercero se le encarga para contestar, o *abstenecerse de hacerlo*, a los mensajes del gobierno.

"Como ya se vio, la ley prescribe minuciosamente todos los requisitos a que debe someterse la elección de cada una de las personas que forman la comisión de la mesa y es obvio que cualquier acto por medio del cual se escojan, designen o elijan el presidente y los vicepresidentes, que no se sujete a tales minuciosos requisitos, constituye anormalidad que por contrariar la ordenación superior que a su turno es garantía de la estabilidad y buen funcionamiento de una de las ramas del poder público, se muestra como ejercicio insuficiente o desviado de la competencia y es, por tanto, nulo. Si la ley puede considerarse y declararse inexequible por pretermisión de cualquiera de los trámites o formalidades que la Constitución prescribe, con mayor razón los actos electorales de las cámaras son anulables cuando con el pretexto de cumplir su obligación constitucional se omiten las precisas formalidades que aseguran la idoneidad de obra tan trascendente.

"Por el acto acusado, con el pretexto de cumplir con el deber de elegir comisión de la mesa se prescindió de los trámites legales, y con otra apariencia formal, adoptada posiblemente para eludir el control de lo contencioso administrativo, se ejerció de modo irregular o desviado la competencia para elegir. No se nombraron escrutadores, no se votó escribiendo (sic) en una papeleta el nombre del individuo por quien se votaba, no se recogieron las papeletas contándolas (sic) en voz alta a medida que fueron cayendo en la urna, ni se contaron los votos ni se verificó su número, ni el secretario leyó los votos en voz alta poniendo (sic) las papeletas a la vista de los escrutadores, ni se apuntó en un pliego de papel los nombres de las personas que obtuvieron votos y al lado de cada nombre el número de votos que por él fueran saliendo, ni se estableció si hubo votos en blanco ni se leyó en voz alta los resultados de la votación. O sea que, con el pretexto de elegir, se violaron todas las garantías previstas para que la elección fuera pura y especialmente la muy importante de que la votación fuera secreta, que equivale a libre.

"Si la elección fue nula, obviamente el acto de posesión también lo fue aunque a pesar de la declaración de nulidad puedan seguir ejerciendo el encargo quienes estaban ejerciendolo. Ello no obsta para que la justicia falle sobre la nulidad y componga la doctrina correspondiente para que quienes están obligados a cumplir la ley no incurran en el futuro en la misma falta, así sea por razones meramente morales.

c) En sentencia de 5 de febrero de 1974, con ponencia del Consejero doctor, Gustavo Salazar Tapiero, dijo la Sala Plena:

"1o. 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 Pizarro. Hicieron salvedad de voto con muy responsables 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 tiene efectos que inciden sobre el funcionamiento del municipio y la vida de sus habitantes. Además, según el Acto Legislativo No. 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.

"2o. El secretario del Concejo no hace parte de la mesa directiva, que sólo la integra el presidente y vicepresidente. El secretario es empleado de la corporación cuyas funciones detalla el artículo 7o. del Decreto 49 de 1932 y por lo mismo su elección requiere los dos tercios de los votos de los asistentes, como lo prescribe el inciso 2o. del parágrafo del artículo 63 de la Constitución.

"Como según el acta de la sesión del Concejo de Acacías correspondiente al 1o. de noviembre de 1972, estaban presentes y votaron diez concejales y el secretario declarado electo sólo obtuvo seis votos, quiere decir que no obtuvo la mayoría requerida y se impone declarar la nulidad de su elección.

"3o. En el mismo fallo de 8 de junio de 1973 se afirmó sin salvedad alguna que en la elección de presidente y vicepresidente de las corporaciones públicas no tiene aplicación el sistema del cuociente electoral prescrito por el artículo 172 de la Constitución, porque se trata de dos cargos diferentes que se deben proveer en elecciones sucesivas votando por un solo nombre.

"De allí que no le asista razón al demandante en el ataque fundado en falta de aplicación de dicha norma por no haberse hecho la elección con aplicación de este procedimiento.

"4o. Todos los tratadistas de 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 el poder del Estado para realizar total o parcialmente un programa 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 o 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 de 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 reunen 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 efectiva 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 reunen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquelas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos. Solo 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, página 30 y siguientes, citado por Linares Quintana. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Tomo 7, página 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 aquellos 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 oranización y dirección que ésta exige. 2o. Que en ellos 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'. (Decreto Constitucional comparado 5a. edición, páginas 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 público y de justicia, no obstante sus extravíos y sus excesos.

"Solo 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 No. 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 cambiando 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. 1 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 sólo 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 por que 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 de caracteres destacados en que se exprese el nombre del partido político tradicional por el cual se vota y al tiempo del escrutinio sólo 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 1967).

"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, página 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 Geroges 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 aún 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 reinvindicaciones 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, página 122).

"En Inglaterra, que se presenta como nación en donde el régimen democrático representativo funciona con perfección, tanta 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 la revolución 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.

"En el caso que se examina se tiene que el Consejo de Acacías está integrado por cinco conservadores, cuatro de la Alianza Nacional Popular y un liberal, según lo informa el Registrador Nacional del Estado Civil en oficio número 1130 de 18 de enero

de 1974 en respuesta a la solicitud formulada por el consejero sustanciados dispuesta en auto para mejor proveer. Y de acuerdo con el acta de la sesión de instalación de 1o. de noviembre de 1972 la mesa directiva acusada quedó integrada por un concejal conservador como presidente y por el concejal liberal como vicepresidente, con la inconformidad de los concejales de la Anapo que estimaban que a ellos les correspondía la representación minoritaria y para tal efecto presentaron candidatos, pero en las dos votaciones el resultado les fue adverso ya que sólo obtuvieron cuatro votos, en tanto que los postulados por el partido mayoritario en la corporación, alcanzaron seis votos".

D. En sentencia de Sala Plena de julio 2 de 979, Expediente No. 499, Consejero Ponente: doctor Mario Enrique Pérez, se dijo:

"La Cámara de Representantes propuso como excepción la que denominó 'falta de jurisdicción o competencia' y alegó el mismo hecho como causal de nulidad, presentándolo como 'incompetencia de jurisdicción'.

"No es el caso de entrar a decidir en esta sentencia la 'excepción' invocada por la impugnadora, en atención a que lo que realmente se alegó fue una causal de nulidad, ya resuelta negativamente en el proceso, por medio del auto de 12 de marzo del año en curso.

"La Cámara deriva dicho medio de defensa del parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el artículo 182 de la Ley 85 de 1916, que está incorporado en el citado parágrafo y conforme al cual 'cuando la elección se refiera a comisiones de la misma corporación para su orden interno, es la misma corporación quien puede declarar la nulidad'.

"Como se expresó en la providencia que desechó la nulidad, las Comisiones Permanentes fueron creadas por el artículo 72 de la Carta son elegibles por cada Cámara para períodos no menores de dos años y se ocupan de tramitar en primer debate los proyectos de ley. Además, dicho precepto dispone 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 de este canon constitucional, la Ley 17 de 1970 que es el actual estatuto sobre la materia, por su artículo 5o. estableció que en cada una de las Cámaras deberán funcionar ocho comisiones constitucionales permanentes, y por medio de los artículos siguientes creó y determinó las funciones de las Comisiones de la Mesa, de Credenciales y de Justicia y de las Comisiones Accidentales, entre otras.

"El examen de las anteriores normas permite deducir que las comisiones constitucionales permanentes de ambas cámaras son diferentes de las otras comisiones, las denominadas de "orden interno", por su origen, período, manera de integración y atribuciones.

"Ahora bien, como lo demandado en este proceso es la nulidad de la elección de las Comisiones Permanentes hecha por la Cámara de Representantes el 1o. de agosto de 1978, mediante la aprobación de la proposición No. 18 de esa fecha, y como según lo explicado aquellas se diferencian y distinguen de las de simple 'orden interno', se concluye que el conocimiento de la presente acción corresponde a esa jurisdicción concretamente al Consejo de Estado, en virtud del inciso 1o., del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.

"De otra parte, la Sala considera que en el supuesto de que fuese fundada esta defensa, no habría sido una excepción, entendida como un hecho que se opone a lo sustancial de la acción, sino una carencia de competencia, que hubiera implicado una decisión inhibitoria".

E. En sentencia de octubre 23 de 1981, con Ponencia del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, dijo la Sala Plena:

"*Primero.* Las Mesas Directivas de los Concejos no son comisiones para su orden interno, ya que ellas —como lo dice el *a-quo* limitan no sólo a la organización del orden interno de la corporación, sino que su actividad y ejercicio de su competencia tiene efectos que inciden sobre el funcionamiento del municipio y la vida de sus habitantes. Y si bien es cierto que los elegidos poseen externa e internamente los mismos derechos de los restantes ediles, no lo es menos que sus obligaciones difieren en foma por demás notoria.

"Por lo demás el Consejo sostuvo hace muchos años lo que el señor legislador que salva el voto afirma, pero desde la sentencia de 5 de febrero de 1974 sostiene lo contrario.

"La índole especial que tienen esas mesas directivas, su representabilidad política y sus funciones muestran que no pueden asimilarse a aquellas juntas o comisiones que en el interior de la Corporación buscan organizar y disciplinar su trabajo administrativo".

F. En sentencia de diciembre 2 de 1981, con ponencia de la doctora Aydée Anzola Linares, dijo la Sala Plena:

"Sea lo primero observar que según da a entender el señor Fiscal Tercero de la Corporación, el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 2 de julio de 1979 fijó su criterio en el sentido de declarar que la justicia Contencioso Administrativa es competente para conocer de las demandas de nulidad contra todos los actos que contengan la designación de personas que hagan parte de comisiones permanentes como en el caso de autos.

"Al respecto es necesario observar que esta corporación ha venido distinguiendo entre aquellas comisiones de carácter interno y las que también tienen adscritas funciones de orden externo, como lo serían por ejemplo los integrantes de las Mesas Directivas de los Concejos Municipales que llevan nada menos que la representación del organismo ante los demás entes oficiales y ante el público en general. Con todo, piensa la Sala que lo expresado en el proceso No. 499 electoral de Gilberto Vieira, en el cual recayó la sentencia citada por el señor agente del Ministerio Público, en este proceso no es exactamente aplicable al caso de estudio por que allí se estudió concretamente la situación de las Comisiones Permanentes de la Cámara de Representantes y con apoyo en lo previsto en el artículo 72 de la Constitución Nacional, y en la Ley 17 de 1970 que desarrolló el contenido de dicho canon constitucional, en el sentido de que en las Cámaras deberán funcionar ocho Comisiones Constitucionales Permanentes se crearon y determinaron las funciones de las Comisiones de la Mesa, de Credenciales, de Justicia y Comisiones Accidentales, el Consejo de Estado llegó a la conclusión, en ese caso específico, 'que las Comisiones Constitucionales Permanentes de ambas Cámaras son diferentes de las otras Comisiones, las denominadas de 'orden interno', por su origen, período, manera de integración y atribuciones'.

"Con todo, no obstante que lo anterior no podría aplicarse a este caso, sin embargo, como se apuntó, la Comisión de la Mesa que los Concejos Municipales integran para que funcionen en forma permanente según lo expresado por la Corporación en casos similares y como sucedió en el caso del Concejo Municipal de Hobo, dadas las funciones a las cuales tiene que atender, debe ser considerada que fue establecida para atender no sólo cuestiones de orden interno, sino también externo, del organismo en cuestión. Por estas razones, la Justicia Contencioso Administrativa es competente para conocer de la nulidad de actos como el que ahora aparece enjuiciado. En consecuencia, el

examen de la controversia deberá comprender no sólo las causales de nulidad que se aducen contra el nombramiento de la Secretaría del Concejo Municipal de Hobo, sino la de su presidente y vicepresidente, respectivamente".

G. En sentencia de abril 29 de 1983, con ponencia del Consejero doctor Enrique Low Murtra, dijo la Sala Plena:

"Ha sido muy amplia la doctrina y jurisprudencia desarrolladas 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.

.....

"1. Según el Acto Legislativo No. 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 No. 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 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".

H. Como puede verse, la jurisprudencia de esta Corporación, en los últimos doce años, ha sido constante y reiterada en el sentido de que las *Comisiones de la Mesa Directiva y las Comisiones Permanentes y Reglamentarias* de las Corporaciones Públicas no son las de "orden interno" a que se refieren las normas legales tantas veces citadas para sustraer el control jurisdiccional de su elección a la jurisdicción contencioso administrativa.

I. Es, pues, competente esta jurisdicción para proferir decisión de fondo sobre la nulidad o validez de la elección de las Comisiones Reglamentarias del Concejo Municipal de Bucaramanga.

B. *La cuestión de fondo*

1. Dice la demanda inicial del litigio al enunciar los motivos de nulidad del acto demandado:

"1. El día 1o. de noviembre de 1983 el Concejo Municipal de Bucaramanga citó, mediante proposición presentada por el Concejal Alfredo Puyana Silva y aprobada, a elección de Comisiones Reglamentarias de dicha corporación para el día 7 de noviembre de 1983.

"2. El día señalado se procedió a la mencionada elección de las Comisiones establecidas en el Acuerdo No. 17 de 1983 (agosto 23) a saber: Comisión de Hacienda y Crédito Público; Comisión de Institutos Descentralizados y Fondos Municipales, Comisión de asuntos administrativos y Comisión de Obras Públicas y Servicios Públicos.

"3. Llegado el punto correspondiente del orden del día la presidencia del Concejo abrió la inscripción de planchas para la conformación de las cuatro comisiones con cuatro concejales principales y cuatro suplentes personales, cada una, (Acuerdo No. 17 de 1983, artículo 2o.).

"4. Al iniciarse el Acto de elección de integrantes de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, se inscribieron cinco planchas así:

	Principales	Suplentes
Plancha No. 1	Tiberio Villareal Ramos	Orlando Arciniegas
Plancha No. 2	Héctor Moreno Gálvis	Gerardo Camacho
Plancha No. 3	Enrique Barco Guerrero	Jairo Guillermo Escalante
Plancha No. 4	Jairo Aguilar Rengifo	Alberto Ordóñez Galindo
Plancha No. 5	Julio César Delgado	Ernesto Azuero

"Realizado el escrutinio por parte de los escrutadores elegidos por la presidencia, Honorables Concejales Jorge Ardila Duarte y Roberto Morales Ballesteros, se comprobó que se habían depositado diez y siete votos, mayor número al de concejales aptos para votar que son diez y seis (16) en total, razón por la cual la presidencia declaró nula la votación.

"5. Seguidamente la presidencia procedió a una nueva votación y realizado el escrutinio por los Concejales Jorge Ardila Duarte y Roberto Morales Ballesteros, escogidos para tal fin, se obtuvo el siguiente resultado:

Por la plancha No. 1 un total de 3 votos
Por la plancha No. 2 un total de 4 votos
Por la plancha No. 3 un total de 3 votos
Por la plancha No. 4 un total de 3 votos
Por la plancha No. 5 un total de 3 votos

"6. En esta segunda elección no se dio cumplimiento al artículo 23 del Acuerdo No. 12 de 1978 (mayo 8), el cual exige que 'cuando se procediere a una nueva elección, por resultar superior el número de votos al de sufragantes, cada votante debe firmar su voto y presentárselo al secretario antes de depositarlo en la urna.

"7. En razón del resultado, la Presidencia del Concejo declaró que la plancha número dos (2) obtenía conforme al cuociente electoral un representante a la Comisión de Hacienda y Crédito Público. Al definir los tres cargos restantes y habiendo en las listas cuádruple empate a tres votos, se suscitó controversia sobre la forma de dirimirlo, pues un grupo de concejales sostenía que se debía dar cabida a la analogía y aplicar el artículo 22 del reglamento interno que establece que 'si la votación contraida a dos personas resultare empatada, se decidirá a la suerte', mientras que otro sector de concejales solicitaba que el Concejo decidiera el empate por mayoría.

"8. Para dirimir la controversia, el Concejal Tiberio Villareal Ramos presentó una proposición solicitando que la presidencia procediera a integrar no sólo la Comisión de Hacienda y Crédito Público, sino también las tres restantes. Esta proposición fue aprobada por diez votos contra cinco y una abstención.

"9. La presidencia del Concejo después de un receso integró las comisiones así:

"Hacienda y Crédito Público"

Principal	Suplente
Héctor Moreno Galvis	Gerardo Camacho
Tiberio Villareal R.	Orlando Arciniegas
Enrique Barco G.	Jairo Guillermo Escalante
Roberto Morales B.	Alirio Serrano

"Servicios Públicos - Obras Públicas"

Ana Hernández de Bautista	Fernando Ariza F.
José Manuel Arias Carrizosa	Irene Ferreira de Ramírez
Cecilia Morantes de Gavassa	Juan Barragán
Virgilio Galvis R.	Julio César Delgado

"Institutos descentralizados - Fondos Municipales"

Reynaldo Rueda Castañeda	Jorge Ardila Duarte
Luis Alfredo Puyana Silva	Hugo Lobo Velasco
Jorge Serrano González	Jairo Prado Pico
Ernesto Azuero P.	Jairo Aguilar R.

"Asuntos Administrativos"

Mario Sorzano Jiménez	Yuli Roa
Alberto Ordóñez Galindo	Alejandro Gómez H.
Carlos Plata Castilla	María Lucrecia R. de Medina
Aníbal Navas	Cándido H. Aguilar

"Normas violadas

"Con ocasión de los hechos referidos se violaron las siguientes normas: artículo 172 de la Constitución Nacional, y artículos 16 y 23 del Acuerdo No. 17 de 1978, que contiene el Reglamento Interno del Concejo.

"Concepto de la violación

En los hechos que sustentan la demanda se incurrió en la directa y flagrante violación del artículo 172 de la Constitución Nacional, que establece:

"A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o *en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral' (Subraya la Sala).*

"Esta misma disposición es transcrita por el artículo 16 del Acuerdo No. 12 de 1978, que contiene el reglamento interno del Concejo.

"Con la sola lectura de las disposiciones citadas, se puede establecer que la mayoría transitoria de diez (10) concejales que aprobó la proposición autorizando a la presidencia para integrar las comisiones violó flagrantemente las normas transcritas de la Constitución Nacional y del Reglamento del Concejo.

"El sistema del cuociente electoral fue concebido precisamente para evitar las dictaduras de las aparentes o reales mayorías. No es concebible el ejercicio ilimitado del poder por parte de quien ostenta una facultad del amparo de coyunturas que otorgan las mayorías y aún menos concebible resulta que ese abuso inveterado se convierta en la transgresión de principios constitucionales traducidos en normas, que para quienes participamos de la idea de la democracia verdadera se conviertan en auténticas banderas del pensamiento y anhelo permanente de sumisión a ellas.

"El afán de cumplir los designios de ciertos jefes ha llevado a la actual Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga, también demandada de nulidad su elección, a no respetar la Constitución ni el reglamento, a pesar de las reiteradas y claras constancias que aparecen en el Acta advirtiendo los vicios legales de ese procedimiento.

"Por otra parte, el Reglamento Interno o Acuerdo No. 12 de 1978 en el artículo 23 señala: 'Cuando se procediera a una nueva elección, por resultar superior el número de votos al de sufragantes, cada votante deberá firmar su voto y presentarlo al secretario antes de depositarlo en la urna. Fue lo sucedido con la primera votación, en donde se escrutaron 17 votos, cuando lo posible eran 16. La presidencia en su afán de ignorar todo cuanto tenga que ver con la legalidad de los actos, ordenó practicar la segunda votación con el procedimiento ordinario, violando, en consecuencia, el procedimiento especial previsto por el Reglamento para cuando se trata del caso ocurrido en la votación inicial" (folios 1 a 6).

2. A folios 8 y siguientes del expediente, aparece el acta No. 46, sesión ordinaria del 7 de noviembre de 1983, y en ella se lee:

"Elección de comisiones

La presidencia, declara un receso para elaborar las correspondientes planchas de candidatos a las comisiones.

"Siendo las 9:05 p.m. la presidencia ordena reanudar la sesión.

"La presidencia, abre la inscripción de planchas de candidatos a la Comsión de Hacienda y Crédito Público, compuesta por cuatro (4) Honorables Concejales con sus Suplentes personales.

"Fueron inscritas las siguientes planchas:

Principal	Suplente
Plancha No. 1	
Tiberio Villareal Ramos	Orlando Arciniegas
Plancha No. 2	
Héctor Moreno Galvis	Gerardo Camacho
Plancha No. 3	
Enrique Barco Guerrero	Jairo Guillermo Escalante
Plancha No. 4	
Jairo Aguilar Rengifo	Alberto Ordóñez Galindo
Plancha No. 5	
Julio César Delgado	Ernesto Azuero

La presidencia nombra como escrutadores a los Honorables Concejales, Norberto Morales Ballesteros y Jorge Ardila Duarte.

"La Secretaría recoge uno a uno los votos para un total de dieciséis (16). Realizado el escrutinio se obtuvieron diecisiete (17) votos, razón por la cual la presidencia anuló la votación.

"La Secretaría procede nuevamente a recoger uno a uno los votos, obteniéndose un total de dieciséis (16) votos.

Los escrutadores verificaron el total de votos y se obtuvo la siguiente votación:

Plancha número uno — tres (3) votos
Plancha número dos — cuatro (4) votos
Plancha número tres — tres (3) votos
Plancha número cuatro — tres (3) votos
Plancha número cinco — tres (3) votos

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Enrique Barco Guerrero, dice que al representarse el empate en cuatro planchas, el Concejo en pleno debe decidir por cuanto el partido conservador tiene que estar representado en cada una de las comisiones y la única que los representa es la número tres: si la suerte es adversa, no va a tener el partido conservador representación allí. Señala que las dos que juegan a la suerte son las del partido liberal.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Humberto Aguilar, señala que al igual que lo afirmado por el Honorable Concejal Villareal, esta elección debería ser demandada, por cuanto no se cumplió el artículo 23. El artículo 22 dice que cuando hay empate lo decide la suerte, además que en ninguna parte dice que el partido conservador deba estar en todas las comisiones; lo que dice es que se debe hacer por cuociente, tal como se hizo.

"La presidencia ordena la lectura del artículo 15 del reglamento.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Héctor Moreno Galvis, aclara que es cuando se presente empate a dos personas, cuando decidirá la suerte, pero en este caso, el empate es a cuatro personas. Considera que si realmente se quiere hacer democracia, se debe someter a la ley de oro de la democracia de que la mayoría se somete a la minoría.

"En uso de la palabra del Honorable Concejal Tiberio Villareal Ramos, dice que quedan dos formas para resolver la situación y es la una (1) por mayoría, que la presidencia someta a elección por mayoría los tres miembros restantes, teniendo en cuenta darle participación al partido conservador como partido minoritario en el Cabildo; la otra sería, que ya elegido uno, de nuevo se someta a la elección de los tres nombres que quedan pendientes y se va descabezando hasta que quede uno que no esté dentro de los cuatro.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Cándido Humberto Aguilar, dice que en ninguna parte se establece que se pueda votar dos veces si la elección no es nula y en este momento no lo es. Si se somete a que la mayoría decida los restantes miembros, cada Concejal estaría emitiendo dos (2) votos y cuando es por cuociente electoral eso no se puede hacer.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Norberto Morales Ballesteros, dice que la fórmula de la mayoría es sabia, pues saldría elegido el representante del Conserva-

tismo que tiene tres votos, saldría elegido un segundo concejal de la coalisión liberal oficialista y saldría elegido un miembro del Nuevo Liberalismo, luego no se va a atropellar el derecho de nadie.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Carlos Plata Castilla, dice que le parece que hay algo de historia en el reciente pasado cuando se eligieron las últimas comisiones del Concejo, cuando quedaban empatadas las otras distintas de las cuociente, se sacaban a la suerte y solicita que no se quiebre esa tradición en el sistema de elección.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Alberto Ordóñez Galindo, señala que cuando no hay modo de reolver un problema como éste, se debe aplicar la analogía, que aquí se debe hacer con una cosa semejante y no disímil; el caso concreto es que cuando hay empate entre dos se decide por la suerte y como no hay otro punto análogo, se debe tomar por analogía de que cuando el empate es de más de dos se decide por la suerte, pues si se vota de otra manera, la elección es nula.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Ernesto Azuero Paillie, solicita a la Secretaría verificar si los votos están firmados por cada uno de los Concejales.

"La Secretaría señala que no todos los votos están firmados, pues de los cuatro primeros revisados sólo dos lo están.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Ernesto Azuero Paillie, da lectura al artículo 23 del reglamento interno y solicita que se declare nula la votación.

"En uso de la palabra la Honorable Concejal Cecilia Morantes de Gavassa, dice que se está buscando un empantanamiento intencional a todos los actos del Concejo y parece que nos hemos empeñado en un sabotaje para no dejar funcionar ni marchar el Concejo. Un caso como el presente no lo había visto y lo que pasa es que se han prestado a juegos sucios que no había visto; primero fue poner un voto de demás y ahora hacer cinco listas, sabiendo que no son sino cuatro los cupos. Señala que se debe tener en cuenta el artículo 15 del reglamento.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Tiberio Villareal Ramos, señala que se hizo una mayoría en el Concejo, para que cada uno de los grupos saque un representante y el nuevo partido no puede sacar más de un miembro en todas las comisiones. Solicita a la presidencia que se vote por mayoría y los que no estén de acuerdo que demanden, que el año entrante cuando estén entregando el período, estará saliendo el fallo del Tribunal. Aquí no podemos enfrentarnos a quién tiene la razón, sino que el Concejo es para producir hechos. Señala que todos los actos que produzcan las comisiones elegidas legal o ilegalmente, son actos válidos.

"En uso de la palabra, el Honorable Concejal Héctor Moreno Galvis, dice que es la regla más aconsejable el que se aplique la democracia, de la que tanto acusan de violarla los Concejales del Nuevo Liberalismo. El reglamento no se puede aplicar caprichosamente, pues la norma del artículo 22 es taxativa y enumerativa y cree que no puede aplicársela en este caso.

"PROPOSICION. QUE SE DECIDA EL PROBLEMA DE CUADRUPLE EMPATE POR ANALOGIA, QUE ES EL SISTEMA QUE DEBE APLICARSE DE ACUERDO CON LA HERMENEUTICA. Suscrita por el Honorable Concejal Alberto Ordóñez Galindo. Puesta en discusión.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Cándido Humberto Aguilar, dice que no se halla vinculado a ninguno de los dos sectores enfrentados y que no acepta por

ningún motivo que los tres votos que tuvo la plancha por la que él votó, no valgan igual a los demás de las otras planchas. Señala que no se vino a torpedear el Concejo y que en ninguna parte aparece que se tiene que dar representación al partido conservador; dice que se votará por el sistema del cuociente y si el partido conservador no se tiene la culpa.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Ernesto Azuero, dice que el artículo 23 del reglamento interno es claro y se debe aplicar en este momento.

"Proposición. Anúlase la elección anterior y procédase por la presidencia a integrar las comisiones legales de la corporación y designadas, sométanse los nombramientos a su aprobación por la plenaria del cabildo, suscrita por el Honorable Concejal Tiberio Villareal Ramos. En discusión la proposición.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Tiberio Villareal Ramos, dice que si se es mayoría es para producir hechos y si quieren irse pueden irse y se sometan a los resultados de la mayoría.

"En uso de la palabra la Honorable Concejal Cecilia Morantes Gavassa, solicita verbalmente que se declare la suficiente ilustración. Sometida a votación la proposición verbal, fue aprobada.

"Continúa la discusión de la proposición presentada por el Honorable Consejero Tiberio Villareal Ramos, cerrada, fue aprobada.

"El Honorable Concejal Cándido Humberto Aguilar, solicitó se verificara la votación, obteniéndose diez votos por la afirmativa y seis votos por la negativa.

"Siendo las 9:55 minutos de la noche, la presidencia declaró un receso de diez minutos para integrar las comisiones.

"Siendo las 10:07 minutos de la noche, la presidencia reanudó la sesión.

"En uso de la palabra el Honorable Concejal Cándido Humberto Aguilar, dice que votó negativamente la proposición, porque cosas tan aberrantes como esa de pasar por encima todas las normas, solamente aprovechando una mayoría, deben ser rechazadas. La posición que ha mantenido en el Concejo, muchas veces se la han derrotado, pero no ha dejado ninguna constancia porque acepta la mayoría, pero no puede aceptar una decisión como la que se acabó de presentar, porque la considera violatoria de todas las normas. No comparte el criterio de que demanden y de aprobar necedades y caprichos, ni comparte que cuando se tienen intereses personales se manejen de otra. Señala que el proyecto del reglamento se aprobó a las carreras y sin discusión y hoy se están viendo los resultados. Señala que así sea como suplente, tiene una responsabilidad con la ciudad y no se puede prestar para que aquí se presenten proyectos beneficiosos para la ciudad y para la administración y luego se demanden por la forma ilegal como se constituyeron las comisiones. No acepta que el manejo que se le ha dado al partido y las posiciones que se han tomado como liberales, las pueda compartir. Manifiesta que con dirigients que atropellan las normas y que atropellan una institución como el Concejo de Bucaramanga, el partido liberal no podrá volver a surgir mientras no surjan nuevas fuerzas, capaces de combatir lo que están haciendo ciertos dirigientes. Anuncia que no acepta formar parte de ninguna comisión, hasta tanto no sean legalmente elegidas.

"La presidencia, señala que las comisiones quedan constituidas de la siguiente forma:

"Hacienda y Crédito Público"

Principales	Suplentes
Héctor Moreno Gálvis	Gerardo Camacho
Tiberio Villareal R.	Orlando Arciniegas
Enrique Barco C.	Jairo Guillermo Escalante
Norberto Morales B.	Alirio Serrano

"Servicios Públicos - Obras Públicas"

Ana Hernández de Bautista	Fernando Ariza M.
José Manuel Arias Carrizosa	Irene Ferreira de Ramírez
Cecilia Morantes de Gavassa	Juan Barragán
Virgilio Galvis R.	Julio César Delgado S.

"Institutos Descentralizados - Fondos Municipales"

Reynaldo Rueda Castañeda	Jorge Ardila Duarte
Luis Alfredo Puyana	Hugo Lobo Velasco
Jorge Sedano González	Mario Prada Pico
Ernesto Azuero P.	Jairo Aguilar R.

"Asuntos Administrativos"

Mario Sorzano Jiménez	Yuly Roa
Alberto Ordóñez Galindo	Alejandro Gómez M.
Carlos Plata Castilla	María Lucrecia R. de Medina
Aníbal Navas	Cándido H. Aguilar

"La presidencia, somete a votación la ratificación de los anteriores nombramientos, siendo aprobada por diez votos afirmativos, cinco votos negativos y una abstención (folios 11 vto. siguientes).

"3. A folio 16 del expediente obra copia auténtica de los artículos pertinentes del Acuerdo 12 de mayo 8 de 1978 del Concejo Municipal de Bucaramanga sobre 'Reglamento Interno del Concejo' y que dicen:

'Artículo 14. Corresponde al Concejo la elección de dignatarios, de las Comisiones Permanentes, de los empleados municipales que determinen las leyes, ordenanzas y acuerdos y de las juntas municipales.

'Artículo 15. A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos, 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 los votos válidos, por el número de puestos por proveer, mas 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.

'Artículo 22. Si la votación contraida a dos personas resultare empatada, decidirá la suerte.

'Artículo 23. Cuando se procediere a una elección, por resultar superior el número de votos al de sufragantes cada votante deberá firmar su voto y presentarlo al secretario antes de depositarlo en la urna'.

'4o. Todo lo anterior demuestra palmariamente que en la designación de las Comisiones Reglamentarias del Concejo Municipal de Bucaramanga, se violaron varias normas expresas: a) El artículo 23 del Acuerdo Municipal transcrito, pues dado el exceso de sufragantes se precisaba una nueva votación con voto firmado y presentado al Secretario de la Corporación; b) El artículo 22 que exige que el empate se decida a la suerte y no mediante delegación en la presidencia de la Corporación, de una función electoral que, por su propia naturaleza, es indelegable y c) El 172 de la Constitución Política, pues se aplicó un sistema distinto al del cuociente electoral. Cualquiera de tales violaciones de ley sustantiva es suficiente para decretar la nulidad del acto electoral demandado".

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, REVOCA, en todas sus partes, la sentencia apelada y, en su lugar,

RESUELVE:

"Primero. ES NULA la elección de las Comisiones Reglamentarias de "Hacienda y Crédito Público", de "Servicios Públicos y Obras Públicas" de "Institutos descentralizados y Fondos Municipales" y de "Asuntos Administrativos", realizada por el Concejo Municipal de Bucaramanga el día siete de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, de que se ha hecho mérito en esta providencia.

"Segundo. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Eduardo Suescún Monroy, Presidente de Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

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

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

Capítulo único
Apelaciones

IMPUESTO DE RENTA.— DEDUCCION POR PERDIDAS.— CLASES DE PERDIDAS.— COSTO FINANCIERO.— Relacionado con la necesidad de adquirir capital de trabajo, produce un gasto por lo tanto deducible.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., enero veinte (20) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación No. 8930. Apelación de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuestos de renta por el año de 1975.
Demandante: **Mac Ltda. Inalba & Cía. S.C.A.**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en el juicio de la referencia y ordenó revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad Mac Ltda. Inalba & Cía S.C.A, con NIT. No. 90.304.403 por el año gravable de 1975. La sentencia del Tribunal fue apelada por el fiscal ante esa corporación.

Antecedentes

El punto central de la contienda radica en la deducción por pérdidas que dice la actora haber tenido en la venta de bonos y acciones, pérdida que asciende aun monto por valor de $ 1.209.920 y que fue rechazada por la Administración. La sociedad actora acudió ante el tribunal administrativo del Valle del Cauca y solicitó que se revise la operación administrativa compuesta por los siguientes actos administrativos: a) liquidación de revisión 1150 de 29 de marzo de 1978 emanada de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali; b) Resolución 448 del 3 de mayo de 1979 proferida por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali y Resolución R-01489-H del 2 de junio de 1980 notificada en forma legal.

El apoderado de la actora alega en su demanda que los actos administrativos impugnados violan el artículo 62 del Decreto 2053 de 1974 por indebida aplicación. En efecto, la administración consideró que la actora no había demostrado la fuerza mayor, pero, en sentir del memorialista las pérdidas sufridas por la empresa son operacionales y no de capital, razón por la cual no era necesario acreditar la ocurrencia de la fuerza mayor. Dice el actor que si bien el objeto social no es la venta de acciones y bonos, estas rentas debieron realizarse para obtener el capital de trabajo que la empresa requería en el desarrollo normal de sus operaciones. Trae además algunas pruebas para acreditar la realidad de la pérdida, punto que también fue cuestionado por la administración.

Sentencia del Tribunal

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda aceptando deducir de la renta incialmente gravada el valor de la pérdida en bonos que la sociedad comprobó por $ 269.920 y manteniendo el rechazo de la pérdida en los bonos restantes y en las acciones, por no haber sido demostrada.

Por su parte el señor fiscal ante el tribunal se había pronunciado en sentido adverso a la pretensión porque el contribuyente no comprobó la fuerza mayor que exige el artículo 62 del Decreto 2053 de 1974. Por esta razón el señor fiscal ante el tribunal, descontento con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del tribunal.

Vista Fiscal

La señora fiscal sostiene lo siguiente:

"La Fiscalía coincide con el accionante en que la pérdida cuya deducción se solicita no es de las llamadas de capital, regladas por el artículo 62 del Decreto 2053 de 1974, toda vez que no se trata de la pérdida de bienes que formen parte del acto fijo de la sociedad, usados en la actividad productora de la renta; también concuerda con las Oficinas de Impuestos en que no constituye pérdida operacional porque ésta es la

proveniente del mayor valor de los costos en relación con los ingresos (artículo 8 del Decreto 2348 de 1974 y 84 Decreto 187 de 1975). Estima sin embargo pero sólo en relación con la pérdida en la venta de bonos, que ésta puede deducirse de la renta en consideración a que la diferencia entre el valor nominal del crédito obtenido por la sociedad y el dinero efectivamente recibido al convertir los bonos producto del préstamo, constituye una expensa necesaria para el desarrollo de la atividad productora de la renta pues se trata de un costo de financiación, normal en la modalidad de este tipo de créditos. No opinamos lo mismo en relación con la pérdida en la venta de acciones, pues no siendo ésta la actividad normal de la sociedad ni estando vinculada la transacción a la actividad productora de la renta, no puede tener el carácter de deducible.

"Por las anteriores razones y como quiera que evidentemente el accionante solamente comprobó la venta por menor valor de parte de los bonos adquiridos por razón del préstamo que le hizo la Corporación Financiera del Valle (folios 46 y 47), conceptúa la Fiscalía que únicamente se debe acceder al reconocimiento de la pérdida originada en la venta comprobada y en consecuencia, que debe CONFIRMARSE la sentencia apelada".

Consideraciones de la Sala:

La ley tributaria distingue varias clases de pérdidas:

1. En primer lugar existen las pérdidas operaciones, vale decir, las que resultan de la diferencia entre los ingresos y los costos de operación de la empresa. Por regla general, estas pérdidas pueden compensarse con rentas obtenidas por el mismo contribuyente en el mismo año o período gravable o aún trasladarse a otros períodos gravables. Observa la ley tributaria que las pérdidas en bienes del activo movible que se han reflejado en el juego de inventarios no son deducibles, precisamente para evitar una doble contabilización de las mismas partidas: primero al reflejar los costos en el juego de inventarios y luego al solicitar la pérdida como deducción.

2. En segundo lugar, existen las pérdidas de capital, es decir, las que ocurren sobre activos fijos. Estas pérdidas son deducibles cuando se demuestra la fuerza mayor.

El Decreto 187 de 1975 en sus artículos 83, 84 y 85 hace las distinciones del caso así:

"a) Según el artículo 83 cuando se trata de pérdidas de capital el contribuyente debe acompañar a la declaración de renta un anexo que contenga varias informaciones y la "prueba del hecho constitutivo de fuerza mayor.

"b) Según los artículos 84 y 85 las pérdidas de operación pueden deducirse de rentas de otra naturaleza, trasladarse a los socios de sociedades de personas o diferirse a otras vigencias, siempre que se cumplan los requisitos previos por tales disposiciones".

El Tribunal, al analizar el caso de autos, hizo las siguientes reflexiones:

"Se concluye, que se ha producido una pérdida dentro de las transacciones de la empresa, pues no admite catalogarse dentro de otra clase de ganancias o pérdidas y que en tal calidad entre a jugar dentro de la determinación de la pérdida o ganancia operacional realizada en la misma vigencia, de acuerdo a los principios de depuración de la renta sin que sea precisa la información de especiales requisitos.

"La nueva liquidación se practica aceptando la pérdida por $ 269.920 que obtuvo en venta de bonos a ASEGURADORA DEL VALLE S.A.".

Y en otra parte de la sentencia dice el *a-quo*:

"A folio 46 del cuaderno principal obra certificación expedida por ASEGURADORA DEL VALLE S.A. en donde consta que el 29 de septiembre de 1975 compraron a los señores MEJIA AMAYA LTDA. INALBA & CIA. S.C.A $ 1.400.000 en bonos de Garantía General de la Corporación Financiera del Valle S.A. al 80.72; a folio 47 del mismo cuaderno certifica la Corporación Financiera del Valle S.A. que el pagaré No. 4584 de 1975 por valor de $ 1.400.000 fue otorgado en septiembre 26 de 1975; así mismo el pagaré No. 4466 de 1975 por $ 2.000.000 fue otorgado en agosto 8 de 1975, ambos a favor de MEJIA AMAYA LTDA. INALBA & CIA. S.C.A. Entonces, se encuentra comprobado que los Bonos de Garantía cuyo costo de adquisición fue de $ 1.400.000 se vendieron a Aseguradora del Valle S.A. por valor de $ 1.130.080, arrojando una pérdida de $ 269.920. En cuanto a los bonos comprados por valor de $ 2.000.000 y vendidos por la suma de $ 1.760.000 al Banco de Bogotá, no hay prueba alguna dentro del informativo".

La Sala se identifica con los argumentos del *a-quo* y de la señora fiscal en el sentido de aceptar que se trataba de un costo financiero que va a jugar en el rendimiento real de la empresa actora. El hecho no debe considerarse como generador de pérdidas operacionales sino como una expensa necesaria, un costo financiero, relacionado con la necesidad de adquirir capital de trabajo y el gasto así causado, es por lo tanto, deducible. La Sala no entra a estudiar los aspectos que fueron desfavorables a la actora, pues ésta no apeló en cuanto la sentencia del tribunal le negó parte de sus pretensiones.

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, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA.— ACTOS DE LIQUIDACION DE IMPUESTOS.— RECURSO DE REPOSICION.— INTERPOSICION DEL RECURSO ANTE UNA RECAUDACION.— Artículo 25 Decreto 2821 de 1974.— Interpretación.— IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE GANANCIAS OCASIONALES.— BASE IMPONIBLE.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., enero veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación No. 8609. Apelación de la sentencia del Tribunal del Magdalena sobre impuestos de renta por el año de 1975.
Demandante: **Lutfallah Elías Zakhour.**

El Tribunal administrativo del Magdalena denegó las súplicas de la demanda en el juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo del señor LUTFALLAH ELIAS ZAKHOUR por el año gravable de 1975. La sentencia del tribunal ha sido apelada por el apoderado judicial.

Antecedentes

Contra la liquidación de revisión número 1223 del 4 de septiembre de 1978 el contribuyente interpuso su recurso gubernativo el día 13 de diciembre de ese mismo año ante la recaudación del Plato (Magdalena). El recurso fue remitido por la oficina de impuestos a la Administración de Santa Marta donde fue recibido el 2 de febrero de 1979. La Sección de Análisis y Crítica de la Administración de Impuestos de Santa Marta consideró que el recurso había sido extemporáneo aplicando el artículo 25 del Decreto 2821 de 1974 y por ello desechó el estudio de las cuestiones de fondo señaladas por el contribuyente en su recurso pues entendió que la fecha de presentación del recurso era la de recepción por la oficina de Santa Marta y no en el Municipio de Plato.

Demanda y Sentencia del Tribunal

Actuando por medio de apoderado judicial el contribuyente interpuso demanda de revisión de impuestos ante el tribunal administrativo del Magdalena, la cual fue resuelta en forma desfavorable a las pretensiones de la demanda por cuanto el tribunal interpretó que la fecha de presentación del recurso es la de llegada del recurso a la administración.

Apelación y concepto fiscal

Interpuso el actor recurso de apelación contra la sentencia del tribunal. Surtido el traslado a la señora fiscal sexto ante esta Corporación conceptúa lo siguiente:

"Dice el artículo 19 del Decreto 2821 de 1974: 'Contra los actos de liquidación de impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse DENTRO DE LOS CUATRO MESES SIGUIENTES A SU NOTIFICACION. De este recurso conocerá la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales que hubiere practicado la liquidación'. El artículo 25 del Decreto 2821 de 1974, dispone que cuando el signatario esté en lugar distinto podrá remitirlo junto con la constancia de presentación personal ante funcionario competente, caso en el cual se considerará presentado a su recibo en la administración de su destino. La norma en cuestión tiene aplicación con relación al término que tiene la administración para resolver el recurso, el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, pues bien puede ocurrir que el contribuyente presente personalmente el memorial en lugar distinto y no lo envíe a la Administración que practicó la liquidación sino una vez fenecido dicho término, razón por la cual se dispuso en la norma que la presentación sólo se surte al recibo del memorial en la administración.

"Pero respecto a la presentación de interposición de recursos ante una recaudación, ha sostenido la jurisprudencia que debe entenderse interpuesto el día en que se presentó ante tal oficina y no el día en que es recibido por la oficina principal pues el recaudador es parte de la administración misma y opera no solamente para el manejo administrativo sino para la presentación de recursos.

"En estas condiciones, la Fiscalía considera que procede el cargo de violación planteado contra el artículo 19 del Decreto 2821 de 1974 y para restablecer el derecho vulnerado al contribuyente debe procederse a estudiar el recurso interpuesto en su oportunidad, en esta instancia, revocándose la sentencia apelada.

"El punto de fondo planteado en la demanda, hace relación a que se desconocieron costos por mejoras en un inmueble vendido en la vigencia fiscal y que la utilidad se gravó doblemente como renta y como ganancia ocasional. El demandante está de acuerdo en que la utilidad constituye ganancia ocasional.

"Analizada la liquidación 1223 de 4 de septiembre de 1978 practicada al contribuyente por la vigencia fiscal de 1978, se observa que el único rechazo que se efectúo en relación con los factores declarados, fue la suma de $ 110.000 correspondiente a mejoras por falta de pruebas de las mismas, que fueron involucradas dentro del costo de un inmueble vendido en 1975 (folio 40 de antecedentes). En consecuencia se entra a examinar si la suma en mención entró a jugar dentro de la determinación de la renta líquida gravable así:

El contribuyente determinó como renta líquida gravable la suma de: $ (renglón 121)	45.650
La Administración determinó como renta líquida gravable	155.560
Diferencia	110.000

"Es en consecuencia incuestionable que se sumó el valor desestimado por mejoras a la renta líquida gravable del contribuyente razón por la cual es procedente revisar la liquidación y detraer esta suma que legalmente no ha debido jugar dentro del factor RENTA como lo dijo el contribuyente. En sentir de la fiscalía prospera el cargo.

"GANANCIA OCASIONAL. De conformidad con lo que aparece en fotocopia de la escritura No. 1055 de la Notaría Tercera del Círculo de Barranquilla, hay prueba de que en la vigencia fiscal de 1975 el contribuyente enajenó el inmueble de la calle 94 No. 490-15 de la ciudad de Barranquilla (folio 47 a 53 del cuaderno de antecedentes).

"Este inmueble aparece denunciado en la vigencia fiscal de 1974 como lote y construcción por la suma de $ 275.000 tiene un costo ajustado en 1975 de $ 110.000, que según el declarante provienen de mejoras efectuadas en la misma vigencia fiscal. El precio de venta según el documento fue la suma de $ 400.000 y los vendedores tenían la posesión del mismo desde el 28 de junio de 1971, de suerte que la ganancia obtenida en la venta constituye ganancia ocasional al tenor de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 2053 de 1974, porque se trata de la venta de un bien que ha hecho parte del activo del contribuyente por un término mayor de dos años.

"El costo del bien inmueble vendido podía legalmente incrementarse proporcionalmente a la fracción del 8% anual desde el primero de enero hasta la fecha de la venta, es decir hasta el 2 de junio de 1975, pero este factor no lo tuvo en cuenta el demandante al determinar la ganancia ocasional razón por la cual perdió el derecho (artículo 52 del Decreto 2247 de 1974).

"En estas condiciones queda por analizar si con ocasión de los recursos, demostró las mejoras denunciadas.

"Encontramos al folio 11 del cuaderno de antecedentes certificación expedida por TITO GOMEZ DE LA HOZ, sobre la venta de materiales de construcción por la suma de $ 110.000; dentro de la etapa probatoria del juicio el supuesto vendedor en declaración ratificó lo dicho en el certificado pero nada dijo en relación a si había declarado o

no la venta dentro de su denuncio fiscal. El artículo 58 del Decreto 1651 establece que la idoneidad de los medios de prueba en materia tributaria depende en primer término de las exigencias que para establecer determinados hechos consagren claramente las leyes sobre impuestos o las generales en cuanto no se opongan a las normas especiales y de la mayor o menor precisión, claridad y conexión con el hecho que se trata de probar y del valor de convencimiento que puedan atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"En tratándose de mejoras sobre inmuebles, el artículo 35 del Decreto 187 de 1975, a efectos de determinar el costo de los activos inmovilizados, establece que en la declaración se deberán discriminar:

"a) Los activos inmovilizados por el valor de adquisición;

"b) El valor de las adiciones efectuadas, y

"c) El incremento solicitado.

Así mismo con relación a bienes inmuebles la relación deberá indicar el valor de adquisición, LAS CONSTRUCCIONES Y MEJORAS, el correspondiente a contribuciones por valorización y el de las reparaciones locativas no deducidas.

"Analizados los elementos probatorios aducidos como pruebas para establecer las mejoras realizadas sobre el inmueble vendido, se observa por la Fiscalía, que la venta de materiales para construcción, no indica por sí misma que se llevaron a efecto para realizar las mejoras sobre el inmueble de Barranquilla, ni el contribuyente indicó en su declaración en qué consistieron dichas mejoras, razón por la cual los hechos probados dentro del juicio, no son idóneos para lo que se quiere demostrar. La Fiscalía considera que al no indicarse en la declaración en qué consistieron las mejoras sobre el inmueble vendido, la prueba de tales mejoras debía haberse aportado en forma plena como lo ordena el artículo 63 y 65 del Decreto 1651 de 1961.

"Por lo expuesto la Fiscalía considera que debe revocarse la sentencia apelada, detrayendo de la renta líquida gravable la suma desestimada por mejoras y confirmar por lo demás el valor de impuesto de ganancia ocasional determinado sobre la venta del activo fijo".

Decisión:

La Sala acoge en un todo el análisis realizado por la señora agente del Ministerio Público.

1. La Administración de Impuestos Nacionales rechazó el estudio de fondo de los cargos en forma injusta. Ha dicho esta Sala que el recurso que se interpone ante una oficina recaudadora debe entenderse interpuesto el día de la presentación del memorial a esta oficina y no el día en que es recibido por la oficina principal en la capital del Departamento o en otra ciudad grande del mismo departamento. Ello es así porque la Administración de Impuestos está integrada con las recaudaciones de su jurisdicción como una gran unidad operativa; una interpretación distinta sería injusta y discriminatoria con los contribuyentes que residen en zonas apartadas.

2. En relación con los puntos de fondo tiene razón la señora fiscal: La Administración en forma inexplicable tasó dos veces los mismos hechos: primero al añadirle a la renta gravable del actor las mejoras que solicitaba como deducción sobre la utilidad obtenida por la enajenación de un inmueble de su propiedad y luego volvió a tasar ese mismo monto en el cálculo de las ganancias ocasionales que fueron también gravadas.

La señora fiscal tiene toda la razón en su vista de fondo cuando estudia los hechos objeto de análisis:

a) Es necesario separar cuidadosamente los hechos impunibles que generan el impuesto básico de renta de aquellos que generan el impuesto complementario de ganancias ocasionales. La utilidad que tiene un contribuyente por la venta de un activo inmovilizado que ha poseído por dos o más años es un hecho generador de ganancia ocasional y no de renta. No puede gravarse como renta y mucho menos gravarse dos veces: primero como renta y luego como ganancia ocasional.

b) Ubicados ya en el campo del impuesto complementario de ganancias ocasionales cabe hablar de su base imponible. Es base imponible de ese impuesto la diferencia entre el precio de venta del activo enajenado y su costo fiscal. En ese costo fiscal deben considerarse las mejoras que haya realizado el propietario y los ajustes legales al valor monetario que hayan sido solicitados por el contribuyente en su patrimonio. En el caso de autos es claro que el contribuyente tiene derecho a sustraer de la base imponible las mejoras que había realizado sobre el inmueble pero no puede aprovecharse del ajuste monetario del valor del inmueble pues no lo utilizó a tiempo en anteriores declaraciones de renta.

c) Las normas de la ley tributaria que reglan estos aspectos del tributo son las siguientes:

1. El artículo 102 del Decreto 2053 de 1974 define los hechos generadores del impuesto de ganancias ocasionales no sometidos al régimen común del impuesto básico de renta.

2. El artículo 26 del mismo Decreto 2053 de 1974 incorpora en la definición de los costos de los activos enajenados las "construcciones y mejoras que se demuestren en las declaraciones de renta y patrimonio".

3. Los artículos 51 y 52 del Decreto 2247 de 1974 autorizan los ajustes del valor monetario de los activos inmovilizados, pero si el contribuyente no "hubiere utilizado este derecho en un año dado, no lo podrá acumular por años posteriores", vale decir, "pierde el derecho" de hacer el ajuste posteriormente.

d. Aplicando estos principios, al caso de autos se tiene:

1. El contribuyente probó plenamente las mejoras en el inmueble tal como bien lo analiza la fiscal y como puede aún observarse con la declaración del señor TITO GOMEZ DE LA HOZ visible al folio 28 del expediente y con las declaraciones del señor Alcidez Díaz y del señor Edmundo Mulford. Estas pruebas tienen serios antecedentes en la vía gubernativa. El señor Tito Gómez de la Hoz con C. C. No. 1.745.563 de Plato certifica los gastos (folio 11, cuaderno antecedentes administrativos) y el contribuyente actor los incorpora en su denuncio rentístico.

2. El contribuyente enajenó en 1975 una casa por $ 400.000 tal como se prueba con la copia de la escritura visible al folio 49 del cuaderno de antecedentes administrativos. Esta casa la había construido el propio señor Zakhour sobre un lote adquirido en 1971.

3. Cabe determinar la ganancia ocasional con los siguientes guarismos:

A. Valor de la venta	$ 400.000
B. Costo Fiscal:	
1. Valor del inmueble declarado en 1974	$ 275.735
2. Mejoras en 1975	$ 110.000
	$ 385.735
C. Ganancia ocasional	$ 14.265

Así las cosas debe practicarse una nueva liquidación.

LUFTFALLAH ELIAS ZAKHOUR

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS
AÑO GRAVABLE DE 1975

NIT. 81.700.776

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Renta	$ 103.220	$ 18.496
Menos descuentos tributarios		5.900
NETO:		$ 12.596
Ganancia ocasional	$ 14.265	2.853
Patrimonio (no varía)	$ 241.602	1.005
NETO A PAGAR		$ 16.454

Anota la Sala que las tarifas aplicables en esta liquidación son las siguientes para el año gravable de 1975.

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. Revócase la sentencia apelada.

2. Revísase la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1975 a cargo del contribuyente LUFTFALLAH ELIAS ZAKHOUR con NIT. 81.700.776.

3. Fíjase en DIECISEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS ($ 16.454) el valor del impuesto de renta y complementarios a cargo del contribuyente Lutfallah Elías Zakhour por el año de 1975.

4. El contribuyente pagará al tesoro público la diferencia entre lo que aquí fija y lo que por la misma vigencia fiscal haya cancelado más los intereses legales a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— PASIVOS PATRIMONIALES Y PASIVOS EN MATERIA DE COMPARACION PATRIMONIAL.— Diferencias.— COMPARACION PATRIMONIAL.—

IMPUESTOS.— PRUEBAS.— Debe haber un principio de prueba en el trámite administrativo para que la prueba sea admisible en la jurisdicción.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., febrero diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 8891. Apelación de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1975.
Demandante: **González Mutis & Cía.**

El Tribunal administrativo de Santander acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio impetrado por el apoderado de González Mutis & Cía., para obtener la revisión de la operación administrativa que le fijó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1975. La sentencia del tribunal fue apelada por el apoderado judicial de la sociedad actora, recurso que la Sala procede a desatar previas las siguientes consideraciones:

Antecedentes:

La administración practicó la liquidación de revisión siguiendo el sistema especial de comparación de patrimonios, estableciendo una renta capitalizada durante el año de 1975 por la suma de $ 3.660.917 como consecuencia del rechazo de un pasivo por cuanto la actora no cumplió los requisitos del artículo 24 del Decreto 2053 de 1974.

El contribuyente interpuso el recurso gubernativo de reconsideración allegando prueba del pasivo de $ 3.173.118 a favor de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, así como el NIT de ésta y de los acreedores José Antonio Vera e Hipólito Portilla.

La oficina de recursos tributarios de Bucaramanga aceptó el pasivo a favor de la Compañía Grancolombiana de Ahorro y Vivienda y, en lo demás, mantuvo el régimen de comparación de patrimonios. Surtida la consulta a la Dirección de Impuestos Nacionales, la providencia de primera instancia fue revocada y la liquidación de revisión fue confirmada.

Demanda:

La sociedad, actuando por medio de apoderado, acudió a la jurisdicción y solicitó que se revisara la operación administrativa de liquidación del impuesto y pidió, como consecuencia de la acción de revisión que se confirme la liquidación privada practicada y presentada oportuna y legalmente por la sociedad contribuyente. Como normas violadas citó las siguientes: Decreto-Ley 1651 de 1961, artículos 65, 72 y 79; Ley 52 de 1977 artículos 33, 42 y 68; Decreto Reglamentario 825 de 1978 artículos 22 y 23; Decreto 2053 de 1974, artículos 44, 45, 55 y 124; Decreto 331 de 1876, artículo 8o., Decreto 187 de 1975, artículo 116; Decreto 2375 de 1974, artículo 4o.

Sentencia del Tribunal:

El tribunal administrativo de Santander consideró que la certificación expedida por GRANAHORRAR, allegada al interponerse el recurso de reconsideración es plena

prueba de la existencia del pasivo y que, además, la contribuyente, en la vía contenciosa presentó los pagarés suscritos en favor de la entidad y las escrituras de hipoteca. Por esta razón aceptó el pasivo por $ 3.173.118.

No aceptó el tribunal los pasivos restantes porque consideró que se omitieron los requisitos del artículo 24 del Decreto 2053 de 1974. Consideró que las otras pruebas aportadas no eran satisfactorias y en buena parte eran pruebas nuevas que no debían aceptarse ante esta jurisdicción al tenor del artículo 278 del Código Contencioso Administrativo.

Concepto fiscal:

Se transcribe a continuación el concepto de la señora fiscal sexto ante esta Corporación, que la Sala acoge en su integridad;

"Se contrae la inconformidad del accionante, al hecho de habérsele liquidado el impuesto de renta mediante el sistema especial de comparación de patrimonios, en virtud de que en la vía gubernativa no fue aceptado el pasivo declarado por el contribuyente, con motivo de la ausencia de los elementos probatorios que acreditaran sus afirmaciones.

"Las deudas declaradas son las siguientes:

$ 3.173.118.36 a cargo de GRANAHORRAR
$ 444.000.00 a favor de Hipólito Portilla
$ 50.000.00 a favor de José Antonio Vera.

"Ahora bien, la presunción de veracidad de la declaración invocada por el contribuyente, procede en el caso de pasivos, cuando se hayan solicitado con el lleno de los requisitos exigidos por la ley. Como ello no fue así, puede afirmarse que los funcionarios de impuestos se encontraban plenamente facultados para exigir los documentos tendientes a la comprobación de las sumas declaradas como tales. Se aprecia del estudio de los antecedentes administrativos que efectivamente el contribuyente presentó con el recurso de reconsideración, prueba idónea de la existencia del pasivo a favor de GRANAHORRAR (folio 23 del cuaderno de antecedentes administrativos), motivo por el cual no comparte la Fiscalía la providencia que puso fin a la vía gubernativa, en cuanto afirma que el documento idóneo para demostrar la existencia de tal pasivo es el título valor y no el certificado expedido por la entidad a cuyo favor se constituyó la deuda, pues si tal presupuesto se aceptara se estaría desconociendo, como en efecto lo hizo el funcionario, la disposición contenida en el artículo 3o. del Decreto 331 de 1976, en relación con las certificaciones que expiden las corporaciones de ahorro y vivienda para efectos de la declaración de renta.

"Respecto de los restantes pasivos, o sea los declarados a favor de HIPOLITO PORTILLA Y JOSE ANTONIO VERA, estima la Fiscalía que si bien es cierto en la vía gubernativa no fueron comprobados, ante la jurisdicción se presentaron los elementos de juicio suficientes para acreditar su existencia.

"En efecto, en relación con el crédito denunciado a favor de HIPOLITO PORTILLA, NIT 90.200.462 (según información suministrada en el memorial del recurso) encontramos al folio 74, copia autenticada de la declaración de renta de HIPOLITO PORTILLA Y CIA COLECTIVA NIT 90.200.462, por el mismo año gravable, presentada con anterioridad a los requerimientos hechos al accionante, en donde se informa sobre un crédito a cargo de éste por valor de $ 300.000. Al folio 61 y siguientes, aparece certificación notarial sobre la cesión del mismo crédito ocurrida en fecha posterior al

31 de diciembre de 1975. Y al folio 82 certificado expedido por contador público que da fe de que el monto de la deuda por capital e intereses a favor de HIPOLITO PORTILLA NIT 90.200.462, ascendió a 31 de diciembre de 1975, a $ 444.000.

"En cuanto al crédito a nombre de JOSE ANTONIO VERA, encontramos que a folio 82 también el contador público certifica sobre su existencia a 31 de diciembre de 1975, por la suma de $ 50.000.

"Estas pruebas en sentir de la Fiscalía pueden ser consideradas por la jurisdicción, si tenemos en cuenta que el contribuyente había denunciado los pasivos en su declaración y este documento tiene valor probatorio por ministerio de la ley, aun cuando precario en los casos en que se omiten requisitos, y por lo tanto podía completarse o mejorarse durante el juicio.

"En mérito de lo expuesto la Fiscalía conceptúa que se debe revocar la sentencia de primera instancia y proceder a liquidar la renta por el sistema ordinario".

Decisión:

La Sala acoge el concepto de la señora fiscal. Una es la norma que regula los pasivos patrimoniales para efectos de la determinación del patrimonio del contribuyente y de los valores de los aportes patrimoniales de los socios de una sociedad. Otra la situación de los pasivos en materia de comparación patrimonial: aquí la legislación es amplia al permitir que el contribuyente pruebe cualquier explicación que considere justa y real para explicar los aumentos patrimoniales. El patrimonio gravable a 31 de diciembre de cada año se compara con el patrimonio gravable a 31 de diciembre del año anterior. Si el aumento patrimonial es superior a la renta gravable, al contribuyente se le acepta que pruebe, que explique su situación patrimonial; se le aceptan todas las pruebas que lleven al conocimiento de que la explicación es satisfactoria. Muchas veces esa explicación no sirve sino para tal fin: para garantizar plenamente que el aumento patrimonial es real y que no se oculta detrás de él una renta no declarada o un enriquecimiento no justificado con la renta gravable declarada.

En el caso de autos los pasivos están plenamente demostrados como bien lo analiza la señora fiscal. No vale el argumento formalista de desechar la prueba que no se aportó en la vía gubernativa, pues lo que dice el artículo 278 es que debe haber un principio de prueba en el trámite administrativo para que la prueba sea admisible en la jurisdicción. A juicio de la Sala tal principio de prueba existe, como bien lo analiza la señora agente del Ministerio Público. En todo caso si duda hubiera cabría aplicar el sabio principio del artículo 31 de la Ley 52 de 1977: "la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberá tener siempre por norma que 'la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación'. El hecho es que vista la prueba visible en el expediente, tanto administrativo como jurisdiccional, la contribuyente acreditó, si se quiere *ad nauseam*, la realidad de los pasivos. Mal haría la jurisdicción en taparse los ojos ante evidencia probatoria tan contundente.

Cabe pues practicar una nueva liquidación, la cual corresponde en un todo a la liquidación privada de la actora.

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 primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

2. Revócase el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

Declárase en firme la liquidación privada presentada por la sociedad "GONZALEZ MUTIS & CIA." en relación con el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1975.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— PRUEBA CONTABLE.— La contabilidad en materia tributaria hace fe siempre y cuando cumpla un requisito esencial, el respaldo de comprobantes externos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., marzo nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Radicación 7001. Apelación de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuestos de renta por el año de 1973.
Demandante: **Gilberto Arturo Vallejo Ospina.**

El apoderado judicial del contribuyente Gilberto Arturo Vallejo Ospina interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 5 de marzo de 1980, dictada por el tribunal administrativo del Valle, providencia que denegó las súplicas de la demanda en el juicio de revisión de impuestos de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo del señor Gilberto Arturo Vallejo Ospina por el año gravable de 1973.

Antecedentes:

El señor Vallejo Ospina presentó su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1973 en la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá el día 14 de mayo de 1974. Poco después la administración ordenó visita contable la que motivó la práctica de la liquidación de revisión 101877 de 4 de febrero de 1976. Impugnado este acto administrativo mediante memorial presentado el 3 de junio de 1976, el recurso fue resuelto primero por la Resolución 42 del 17 de enero de 1978 y luego por la Resolución 2101 de 3 de mayo de 1978, dictada la primera por la Sección de Recursos Tributarios

de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá y la segunda por la Dirección General de Impuestos Nacionales. En la vía gubernativa se aceptaron parcialmente las pretensiones del contribuyente.

Acudió el actor ante esta jurisdicción y solicitó que se revise la operación administrativa de liquidación del tributo. Entre las normas citadas como violadas enumera las siguientes: el artículo 1o. del Decreto 437 de 1961 y el numeral 1o. del artículo 34 del mismo decreto.

Sobre la primera norma considera el demandante que no se tuvo en cuenta la prueba que existía en el expediente ni la aportada por el contribuyente con ocasión del recurso gubernativo, a pesar de que los funcionarios administrativos aceptan la contabilización de los sobreprecios sólo que no estaban suficientemente demostrados por no hallarse el documento soporte.

Sobre la segunda norma observa el demandante que esta disposición es amplia al consagrar los métodos de determinación de los costos, norma que permite aceptar todas las erogaciones en que incurra el contribuyente.

Fallo del Tribunal:

El tribunal denegó las súplicas de la demanda y sostuvo:

"Al revisar detenidamente el acta de visita realizada por los señores auditores se observa que dichos funcionarios rechazaron los costos solicitados por concepto de sobreprecios cancelados, por cuanto a pesar de estar contabilizados no se encontraban comprobados, es así, que a folio 93 del C. de A. aparece la relación completa que resultó del estudio hecho por los citados auditores dando constancia sobre la fecha, nombre, valor y número de los comprobantes internos, sin indicar la existencia del respaldo externo.

"Con motivo del traslado del acta para los respectivos descargos, el contribuyente hace un análisis de la costumbre comercial en esta clase de transacciones y explica que 'por sustracción de materia no queda comprobante externo que abarque el total de la operación' (folio 107 C.A.) pero que sí existe el cheque girado el cual respalda la operación contabilizada, argumentos que los visitadores en el análisis efectuado, folios 165 y siguientes, no aceptan de conformidad con el artículo 78 del Decreto 1651 de 1961.

"Con ocasión del recurso de reposición instaurado contra la liquidación de revisión que conjuga la actuación de los auditores, el contribuyente insiste en el punto expuesto referente al sobreprecio y dice que en los comprobantes internos respectivos en la mayoría de los casos o en uno adicional se encuentran las copias de los cheques mediante los cuales se cancela la prima de colocación de la mercancía, petición no tenida en cuenta en la primera ni segunda instancia.

"Ahora en la jurisdicción se sostiene el punto tratado con los argumentos dichos en la primera parte de la providencia y sobre ellos se pronuncia el tribunal.

"Es fundamental tener en cuenta que los costos rechazados obedecen a una costumbre comercial cuyo uso no fue discutido en la vía gubernativa ni en esta oportunidad tampoco se hace, puesto que el motivo del desconocimiento obedeció a la falta de comprobación externa.

"Es verdad que el artículo 34 del Decreto 437 de 1961 es suficientemente claro cuando dice cómo se determinan los costos de los activos movibles, sin embargo, debido

a la íntima e importante relación entre la contabilidad y la legislación fiscal, si jurídicamente es procedente un costo y en la contabilidad no se encuentra debidamente respaldado, es viable su rechazo. En el caso pertinente es este el aspecto a tratar; el demandante habla de documentos que obran en el expediente y que no fueron tenidos en cuenta, afirmación que no se ajusta a la realidad puesto que el Tribunal no encuentra evidencia que tales cheques hubieran sido aportados en la vía administrativa. Se anota, que en esta clase de operaciones se pueden aceptar esos documentos como respaldo de la contabilización, pero no obran en los informativos ni tampoco hace alusión a ellos el certificado allegado con la demanda, el cual no llena los requisitos legales para tenerse como plena prueba para el caso concreto que se analiza, toda vez que tratándose de una transacción relacionada con terceros, era indispensable comprobar que los sobreprecios pagados y contabilizados como mayor costo de mercancías se encontraban soportados por comprobantes externos, es decir que tampoco en esta etapa jurisdiccional se comprobó el debido respaldo de los asientos contables, situación que no permite el reconocimiento de las súplicas de la demanda".

Apelación:

Tanto el fiscal como el apoderado del actor interpusieron recurso de apelación contra la sentencia del tribunal. El primero ocnsideró que "si la operación efectuada y confesada por el contribuyente constituye una sana práctica contable, como textualmente lo acepta la administración, imperioso es sostener que la administración tenía la obligación de reconocer los costos denunciados por aquél. Máxime que estaban debidamente contabilizados y se habían allegado los comprobantes externos, como son los cheques con los cuales se cancelaron los mayores valores de la mercancía". Por su parte el apoderado del actor sostiene que la prueba contable es plena y que debe aceptarse al tenor de la Ley 145 de 1960.

Vista Fiscal:

El señor fiscal sostiene que la sentencia del tribunal debe confirmarse. Considera que no se da el silencio administrativo positivo y reitera los argumentos del tribunal sobre el hecho de no existir sobreprecios en las compras del contribuyente.

Consideraciones de la Sala:

Como el punto del silencio administrativo positivo no fue presentado con la demanda la Sala se limitará a analizar lo relativo a los sobreprecios en las compras del contribuyente. El elemento central de esta contienda se basa en dos aspectos probatorios: a) si tales sobreprecios están contabilizados, y b) si tienen los debidos soportes internos y externos.

El certificado visible a folios 15 y siguientes del cuaderno principal y suscrito por contador titulado acredita la contabilización del sobreprecio en el libro de Caja Diario. Acredita igualmente que tales contabilizaciones están respaldadas por comprobantes internos. Falta sin embargo la referencia a los comprobantes externos, razón por la cual la Sala no puede aceptar esta prueba, pues bien dice el artículo 78 del Decreto 1651 de 1961 que los asientos contables valen cuando están respaldados por comprobantes internos y externos. Es cierto que en varias partes del alegato del actor y aún del señor fiscal ante el tribunal se habla de los cheques con que se pagaron tales sobreprecios, pero éstos no aparecen en el expediente ni en copia auténtica ni en original, ni tampoco se han acompañado las facturas pues el propio contribuyente reconoce que tales facturas no existen. En los cuadernos de antecedentes administrativos se acompañan pruebas que tocan con otros aspectos del tributo, (en particular facturas de ventas) pero en lo relativo a sobreprecios el contribuyente no ha demostrado su aserto ni ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos.

Ha sido clara la doctrina del Consejo cuando se refiere a la prueba contable: la contabilidad en materia tributaria hace fe siempre y cuando cumpla un requisito esencial; el respaldo de comprobantes externos. Clara es la diferencia doctrinaria del comprobante interno y del externo y también es claro que sin la presencia de este último puede considerarse que el gasto o deducción está indebidamente comprobado.

Estas razones llevan a la Sala a confirmar la actuación del tribunal acogiendo en esencia sus puntos de vista.

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.

Los consejeros: **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— LIBROS DE CONTABILIDAD.— No ha exigido la ley que lleven contabilidad los socios de sociedades colectivas por sus participaciones pues es claro que la tarea de la sociedad es distinta a la del socio y que la sociedad tiene su propia personería, así exista solidaridad en las responsabilidades respecto de terceros de la sociedad y del socio.— EMPRESA DE TRANSPORTES Y PROPIETARIOS DE VEHICULOS.— La obligación de llevar la contabilidad es de la Empresa y no del propietario de la Empresa.— DUDAS A FAVOR DEL CONTRIBUYENTE.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., marzo veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 9122. Apelación de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1974.
Demandante: **Luis Asisclo González Rubio.**

Se decide el recurso de apelación contra la sentencia del tribunal administrativo de Santander en el juicio de la referencia.

El punto central y único de la contienda radica en la aplicación al actor, señor González Rubio, de una sanción por no llevar libros de contabilidad. A juicio de la administración el señor González Rubio debía llevar libros de contabilidad; al no hacerlo le aplicó la sanción pertinente. A juicio del demandante el señor González Rubio no es comerciante y por ello no está obligado a llevar libros de contabilidad. El tribunal consideró que el actor sí estaba obligado a llevar tales libros porque sí es comerciante, razón por la cual denegó las súplicas de la demanda.

La Sala al estudiar el asunto dividirá el análisis en cuatro aspectos:

1o. Las consideraciones de hecho
2o. Las consideraciones de derecho
3o. El concepto fiscal
4o. Las conclusiones

Consideraciones de hecho:

El señor Luis A. González Rubio es propietario de varios vehículos de transporte automotor registrados en la empresa "COPETRAN". A folios 12 y siguientes del cuaderno de antecedentes administrativos se tiene que entre la empresa COPETRAN y el señor González Rubio existen contratos de Asociación mediante los cuales el contratista (González) entrega en administración a la Cooperativa (COPETRAN) los busos de transporte de su propiedad. Esta por su parte entrega al propietario el 8% del producido bruto, pondrá en servicio el vehículo, suministrará el combustible, designará el conductor, recaudará el producto mensual del vehículo. . . en fin realiza el manejo de la operación comercial del transporte.

Ciertamente que el contrato contiene una cláusula de solidaridad entre el contratista y la cooperativa en el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales originadas por la actividad del transporte.

Aspectos jurídicos:

La ley tributaria remite a la ley comercial la obligación de llevar libros de contabilidad. El Código de Comercio por su parte impone la obligación de llevar la contabilidad a quienes tienen la calidad de comerciantes y éstas, a su vez, son "las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, por sí o por interpuesta persona" (artículo 10 del Código de Comercio).

Al hablar de actividades mercantiles el artículo 20 del Código de Comercio enuncia las empresas de transporte de personas o de cosas a título oneroso. . . Consideró el tribunal que al referirse a propietarios de vehículos de transporte afiliados a cooperativas se aplicaría también la condición de comerciante. Al efecto, anotó que cabía diferenciar entre los contratos con control efectivo del vehículo por la empresa y contratos de vinculación sin dicho resultado. En este segundo caso se mantiene la calidad de comerciante y por ello mismo surgen para él todas las obligaciones mercantiles. Por su lado, el actor insiste que no puede aplicársele al propietario de un vehículo afiliado a una empresa cooperativa la condición de comerciante pues él propiamente no ejerce actos de comercio.

He aquí lo más destacado de la sentencia del tribunal:

"Si bien es cierto que por lo común los contratos de vinculación o afiliación se pactan en forma tal que el propietario se exonera de responsabilidad por los riesgos del transporte, en los demás términos señalados en el artículo 991 del Código de Comercio,

no por ello desaparece el nexo económico determinante que existe entre la actividad transportadora final y el modo de vivir o profesión habitual del transportador propietario.

"(. . .) En consecuencia, el Tribunal considera que en los casos, como el presente, en que el contribuyente denuncia en su patrimonio la titularidad de automotores aplicados a la industria del transporte y que de ellos deriva la mayor parte de los ingresos, debe calificarse como comerciante y exigírsele el cumplimiento de las obligaciones inherentes a esa calidad, e imponérsele las sanciones que las leyes fiscales establecen por la pretermisión de las dichas obligaciones, muy especialmente las de orden contable.

"No obsta que el contribuyente no explote personalmente los vehículos, ni el tipo de vinculación contractual que convenga con las empresas transportadoras propiamente dichas, por que de todas maneras su modo de vivir está íntimamente ligado al transporte, que es una actividad mercantil típica, y si no llegare a caber su comportamiento en la hipótesis del numeral 11 del tan citado artículo 20, no escapará a la genérica del numeral 19 del mismo dispositivo legal (Expediente 2705 sobre revisión de impuestos por el año gravable de 1975, Joselín Niño).

"Las consideraciones expuestas conservan su vigencia para el caso *sub-lite*, por cuanto las normas jurídicas y las doctrinas que sirven de base a los razonamientos precedentes no han sufrido variación alguna; en consecuencia, la Sala comparte plenamente el criterio abonado por el Colaborador Fiscal en su concepto de fondo en el sentido de reconocer la calidad de comerciante del libelista y su respectivo corolario que se traduce en la denegación de las súplicas de la demanda".

Concepto fiscal:

Para la señora fiscal sexto del Consejo de Estado las razones del tribunal son válidas. Dijo así la señora fiscal:

"Dichos vehículos están vinculados a 'COPETRAN' mediante contratos de asociación, según los cuales: 'El propietario del vehículo será solidariamente responsable con la Cooperativa en el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales originadas por la actividad del transporte'; 'La Cooperativa se compromete a. . . efectuar con la intervención del Contratista las reparaciones, acondicionamiento y mejoras indispensables para el mismo objeto (mantener en servicio regular y continuo el vehículo) y a crear la reserva de depreciación del vehículo. . .'; 'La Cooperativa con el visto bueno del contratista designará el conductor encargado del manejo del vehículo. . .'; y 'La Cooperativa recaudará la totalidad de los productos del vehículo, y mensualmente rendirá cuenta detallada de ellos al Contratista, así como de los gastos de mantenimiento de aquél durante este lapso'.

"Como 'COPETRAN' de conformidad con el numeral 11 del artículo 20 del Código de Comercio, es una empresa mercantil y el señor GONZALEZ RUBIO no le concedió a esta Corporación el control efectivo de sus vehículos, sino que se vinculó a ella para administrar conjuntamente con la misma COPETRAN las operaciones de transporte, compartiendo sus obligaciones y responsabilidades, sin desprenderse de la actividad transportadora, es evidente que el señor LUIS ASISCLO GONZALEZ desarrolló en 1974 actividades mercantiles.

"De acuerdo a las rentas declaradas por el actor, éste ejerció profesionalmente en 1974 actividades mercantiles y este hecho lo constituyó en comerciante por mandato del artículo 10 del Código precitado, pues el ejercicio de la actividad transportadora

por parte del demandante según su declaración de renta y los contratos de asociación mencionados antes, no puede calificarse de ocasional, porque fue permanente y fuente principalísima de sus ingresos.

"Es más, conforme al artículo 991 del Código referido, el contribuyente no otorgó el control efectivo de sus vehículos y por el contrario se comprometió a responder solidariamente con COPETRAN 'del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales originadas por la actividad del transporte' y, por ende, quedó comprometido a responder por actividades mercantiles.

"En tales circunstancias, esta agencia fiscal considera que debe confirmarse la sentencia recurrida, la cual negó las súplicas de la demanda".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala se aparta de los respetables criterios de la señora fiscal y del tribunal. La actividad transportadora la ejerce en el caso de autos la Cooperativa. El propietario del vehículo recibe 8% de los ingresos brutos y aún cuando ejerce cierto control sobre las cuentas y cierta solidaridad por las obligaciones que adquiera la empresa, el hecho es que él delega todas las funciones de la operación del transporte a la empresa. Ella acoge las rutas, nombra y paga a los conductores, realiza el manejo cotidiano del transporte de personas y se guarda para sí y para la atención de los costos operacionales el 92% de los ingresos brutos.

A ello cabe añadir tres tipos de consideraciones:

1. Las normas que imponen obligaciones a los ciudadanos son de interpretación restrictiva. En principio los ciudadanos que no ocupan cargos en la administración pública sólo están obligados a aquellas cosas que la ley de manera expresa les ha señalado como deberes y obligaciones. No puede obligarse a alguien a que haga cosas que no le ha señalado la ley. El ciudadano no comerciante por ejemplo no está obligado a llevar libros de contabilidad, ni se le puede sancionar si no los lleva. El comerciante sí está obligado porque así lo dice la ley. Pero, el Código de Comercio al hablar de empresas mercantiles se limita a enunciar que la obligación es de la empresa y no del propietario de la empresa. La mercantil es la actividad del transporte no la propiedad de los vehículos. Gabino Pinzón, citado por el señor fiscal del tribunal, distingue con razón actos de comercio principales y actos de comercio meramente secundarios. Sólo los primeros se pueden ejercer profesionalmente y a juicio de la Sala, este profesionalismo no se deriva de la mera propiedad de los vehículos.

2. Si duda hubiera sobre el punto, debe siempre absolverse la duda en favor del contribuyente. No puede sancionarse severamente a un ciudadano por no llevar libros de contabilidad cuando no es claro que tenga esa obligación. Existiendo la duda debe absolverse.

3. Finalmente es de destacar el sentido finalístico de las normas. Para qué se exige que un ciudadano que se limita a recibir un porcentaje de los ingresos de la empresa cooperativa lleve libros de contabilidad si las operaciones mercantiles quedan absolutamente claras en la contabilidad de la empresa. No es necesario, por lo menos desde el punto de vista tributario, llevar una contabilidad de simples y elementales participaciones. No ha exigido la ley que lleven contabilidad los socios de sociedades colectivas por sus participaciones pues es claro que la tarea de la sociedad es distinta a la del socio y que la sociedad tiene su propia personería, así exista solidaridad en las responsabilidades respecto de terceros de la sociedad y del socio. No encuentra la Sala razón para discriminar en contra de las cooperativas.

Deben pues prosperar las súplicas de la demanda. Como la única discrepancia con la liquidación oficial es la que surge de la sanción por libros, cabe fijar en $ 18.824 (DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS) el impuesto a cargo del contribuyente.

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. Revócase la sentencia apelada.

2. Revísase la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo del señor LUIS ASISCLO GONZALEZ RUBIO con C.C. No. 2.044.024 por el año gravable de 1974.

3. Fíjase en DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS ($ 18.824) el impuesto de renta y complementarios a cargo del señor González Rubio por el año gravable de 1974.

4. El contribuyente pagará al Tesoro Público la diferencia entre lo que aquí se fija y lo que por el mismo año gravable haya cancelado, más los intereses legales a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA.— APORTES.— PARAFISCALES.— Es claro al tenor de los artículos 5o. y 6o. de la Ley 58 de 1963, artículo 2o. del Decreto 249 de 1957 y artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo que la obligación de cancelar aportes parafiscales a las Cajas de Compensación Familiar y al ISS, nace del carácter permanente de los trabajadores a ellas vinculados.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., abril trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 8764. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1974.
Demandante: **Manuel Antonio Cuéllar C.**

El tribunal administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo del señor Manuel Antonio Cuéllar por el año gravable de 1974. La sentencia del tribunal fue apelada por el apoderado judicial del actor, providencia que se decide en esta oportunidad previas las siguientes consideraciones:

Hechos:

Los resume el demandante así:

"Son hechos de la demanda:

"1o. El día 19 de mayo de 1975 el señor Manuel Antonio Cuéllar Calderón presentó la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1974.

"2o. El día 19 de noviembre de 1975, radicada con el No. 151097, dentro de la oportunidad legal adicionó la declaración de renta.

"3o. La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó la liquidación de revisión No. 503687 con fecha 17 de mayo de 1977, con el objeto de rechazar algunas deducciones y adicionar el patrimonio.

"4o. Dentro de la oportunidad legal el contribuyente interpuso el recurso pertinente.

"5o. La División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante Resolución No. A-000256 de fecha 2 de febrero de 1979 modificó la liquidación de revisión impugnada.

"6o. La Dirección de Impuestos Nacionales, por medio de la Resolución No. R-02842 H de fecha 20 de agosto de 1979, modificó la actuación de Recursos Tributarios, dando por terminada la vía gubernativa. El edicto que notificaba la Resolución fue desfijado el 22 de febrero de 1980".

Argumentos de derecho.

Considera el actor que la sección de liquidación violó el artículo 13 de la Ley 6a. de 1973 por no haber requerido al contribuyente en relación con los requisitos omitidos, especialmente en relación con los aportes patronales parafiscales a la seguridad social (SENA — Cajas de Compensación Familiar, etc). Considera el demandante que la omisión de este requerimiento es causal de nulidad. Subsidiariamente solicita el actor que se acepten las pruebas aportadas en la etapa de los recursos gubernativos según las cuales el actor no estaba obligado a realizar los aportes parafiscales a las Cajas de Compensación Familiar por tratarse de empleos transitorios en el sector agropecuario.

Fallo del Tribunal.

El tribunal denegó las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos:

"Simplemente se permite agregar en relación al punto pertinente de la nulidad de la liquidación de revisión de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 6a. de 1973, ya el Tribunal y el Honorable Consejo de Estado en varias oportunidades se han

pronunciado al respecto, en el sentido de que la falta del requerimiento, no es suficiente como para decretar la nulidad del acto impugnado, máxime cuando se ha tenido la oportunidad a través de los recursos de acreditar en legal forma los requisitos omitidos inicialmente.

"Y en cuanto al segundo tema de los rechazos por no aporte al SENA, establece el parágrafo segundo del artículo 10 del Decreto 1366 de 1967 que: 'para aceptar la deducción que solicitan por salarios los patronos obligados a pagar subsidio familiar y a hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), deberá acreditar que se estaba a Paz y Salvo por tales conceptos en el último día del ejercicio fiscal, y acompañar a la declaración de renta y patrimonio relación discriminada de los salarios denunciados al hacer los pagos o aportes'.

"Sin embargo, considera la Sala aclarar que el artículo 12 del Decreto 2821 de 1974, no se contrapone con el artículo 13 de la Ley 6a. de 1973, sino que por el contrario se armonizan y complementan.

"Y que en cuanto que el trabajador transitorio que regula el régimen de seguridad social prestado por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, no corresponde precisamente a la definición de 'trabajo ocasional, accidental o transitorio' definido por el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo pues aquel régimen contempla la situación de asalariados, no que laboren en actividades diferentes a las del patrono, sino en actividades del giro ordinario de éste pero de manera no permanente. Esta última circunstancia no aparece demostrada en autos, pues la certificación de la Federación Nacional de Algodoneros adjuntada por el actor contribuyente es general".

Concepto fiscal:

El señor fiscal tercero ante esta Corporación, en su concepto de fondo, estima lo siguiente:

"En relación con este punto de la demanda, observa la fiscalía que el tribunal no tuvo en cuenta que el período fiscal en discusión corresponde al año gravable de 1974, y en consecuencia ignoró también que el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974 derogó expresamente el Decreto 1366 de 1967. En tales condiciones es evidente que el artículo 10 del Decreto 1366 de 1967 no es aplicable al caso de autos.

"La litis se centra en la obligación que tenía el actor de presentar los certificados de paz y salvo con la Caja de Compensación Familiar e Instituto de los Seguros Sociales, para tener derecho a la deducción de salarios conforme a lo estatuido en parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974.

"Concordante con lo anterior la Ley 58 de 1963 en su artículo 5o. establece que todos los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados con un capital de $ 50.000 o superior, o que ocupen un número de trabajadores permanentes, no inferior a diez, cualquiera que sea el monto de su capital, el cual se calculará de acuerdo con lo fijado en los artículos 2o. y 3o. del Decreto 875 de 1961, destinarán una suma equivalente al 6% de su nómina mensual de salarios para subsidio familiar y 2% para el servicio Nacional de Aprendizaje SENA y el artículo 8o. del mismo estatuto dice: 'A partir de la vigencia de esta ley el subsidio familiar y los aportes especiales en ella decretados se pagarán a través de la Caja de Compensación Familiar. Se exceptúan las entidades de derecho público, los patronos de empresas agrícolas, ganaderas y mineras y las que venían pagando directamente en virtud de las autorizaciones consignadas en el Decreto 118 de 1957, así como las instituciones oficiales que sin estar afiliadas a la Caja, reconocen actualmente esa prestación social a sus trabajadores'.

"Por otra parte el artículo 132, del Código de Trabajo faculta al trabajador y al patrono '. . .para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por una unidad de tiempo, por otra o a destajo y por tarea. . .'.

"A su turno se entiende por Jornal, el salario estipulado por días y su período de pago no puede ser mayor de una semana.

"De la lectura de los artículos 132 y siguientes del Código del Trabajo, se deduce que los jornales cancelados por el señor Manuel Antonio Cuéllar a sus trabajadores constituye salario y en consecuencia estaba obligado a efectuar los correspondientes aportes tanto a las Cajas de Compensación Familiar como al Instituto de los Seguros Sociales (Decreto 433 de 1971).

"El aporte sobre los jornales pedidos como deducción en la suma de $ 1.561.824 estaría descompuesto así: 4% para la Caja de Compensación o sea $ 62.472.96 y 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA $ 31.236.48.

"En el caso *sub-lite* se observa a folios 11 y 12 del cuaderno principal los certificados de paz y salvo expedidos por el SENA, en el cual consta el aporte de $ 31.886. para esta entidad, más no para la Caja de Compensación Familiar, como tampoco se allegó el paz y salvo con el Instituto de los Seguros Sociales.

"Concluye esta Agencia del Ministerio Público que procede la confirmación de la sentencia apelada teniendo en cuenta las razones expuestas".

Decisión:

1o. En reiteradas oportunidades ha sostenido esta Sala que la falta del requerimiento contenido en el artículo 13 de la Ley 6a. de 1973 no es causal de nulidad. Ha dicho esta Sala que tal omisión trae dos consecuencias: a) Permite al contribuyente completar en la etapa gubernativa los requisitos omitidos, y b) es causal de sanción disciplinaria con relación a los funcionarios administrativos.

2o. En relación con el punto de fondo la Sala discrepa de las respetables reflexiones del señor fiscal: a) El Tribunal equivocadamente hizo referencia al artículo 10 del Decreto 1366 de 1967, norma que ya había sido derogada expresamente y por tanto no era aplicable a la vigencia gravable de 1974.

Sin embargo, las disposiciones que reglan el tema son muy claras al respecto:

a) El artículo 5o. de la Ley 58 de 1963 dice lo siguiente:

"Artículo 5o. Todos los patronos particulares, y los establecimientos públicos descentralizados con capital de cincuenta mil pesos ($ 50.000) o 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".

Por su parte el artículo 6o. de esta misma ley establece claramente:

"Artículo 6o. El subsidio familiar se causará sólo a partir del mes siguiente a aquel en que el trabajador haya completado sesenta (60) días de servicio continuo al mismo empleador".

También el artículo 2o. del Decreto 249 de 1957 establece:

"Decreto 249 de 1957, artículo 2o. Tendrán derecho al subsidio familiar los trabajadores permanentes de uno y otro sexo, cualquiera que fuere su jornada de trabajo, que tengan a su cargo hijos legítimos o naturales reconocidos por uno cualquiera de los medios señalados en el artículo 2o. de la Ley 45 de 1936, que dependen económicamente de ellos, y sean menores de diez y ocho (18) años, o estén incapacitados para trabajar por invalidez".

b) Igualmente el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo establece:

"Artículo 289. Toda empresa de carácter permanente que tenga una nómina de salario de mil pesos ($ 1.000) mensuales, o mayor, debe efectuar a su cargo el seguro de vida colectivo de todos sus trabajadores, excepto de los ocasionales o transitorios, y cubrir el riesgo de la muerte sea cualquiera la causa que la produzca".

Es claro del tenor de estas disposiciones que la obligación de cancelar aportes parafiscales a las Cajas de Compensación Familiar y al Instituto de Seguros Sociales nace del carácter permanente de los trabajadores a ellas vinculados.

Lo que caracteriza al trabajador permanente a diferencia del trabajador ocasional o accidental es el término ordinario de su contrato. No tiene que ver en nada el modo de pago: si es a destajo o fijo, si por convención colectiva, por contrato o de otra forma.

En el caso de autos aparece claramente probado que los contratos de trabajo eran sobre relaciones temporales, ocasionales, para la cosecha. Por esta razón es claro que el patrono no tenía obligación de hacer los aportes patronales de tipo parafiscal al Seguro Social y a las Cajas de Compensación Familiar (i.e. ver folios 13 y siguientes del cuaderno principal) en concordancia con los anexos de la declaración de renta.

Prospera el cargo y cabe practicar una nueva liquidación de impuestos la cual será la siguiente:

MANUEL ANTONIO CUELLAR CALDERON
C.C. No. 2.902.823

Renta	Base	Impuesto
La fijada en la Resolución No. 2842	$ 1.932.252	
Menos: deducciones que se aceptan	$ 1.561.824	
	$ 370.428	$ 138.250
Descuentos:		33.437
Patrimonio		
(No varía)	$ 2.179.342	$ 79.125
	Total a cargo:	$ 183.938

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:

1o. Revócase la sentencia apelada,

2o. Revísase la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo del contribuyente MANUEL ANTONIO CUELLAR CALDERON con C.C. No. 2.902.823 por el año gravable de 1974.

3o. Fíjase en CIENTO OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS ($183.938) el impuesto de renta y complementarios a cargo del actor por el año gravable de 1974.

4o. El contribuyente pagará al Tesoro Público la diferencia que surge entre lo que aquí se fija y lo que por el mismo período fiscal haya cancelado más los intereses legales a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SOCIEDADES ANONIMAS Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.— Socios.

1o. Asimilación. (Ley 81 de 1960, artículo 56).

2o. Participaciones fiscales de los socios.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., abril trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 7969. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1970.
Demandante: **Oy Soumen Autoteollisus A.B.**

Aun cuando el tribunal administrativo de Cundinamarca accedió a los pedimentos de la demanda en el proceso de la referencia y accedió a revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad OY SOUMEN AUTOTEOLLISUS A.B., por la vigencia fiscal de 1970, el apoderado judicial de la actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del tribunal porque consideró que la sentencia del *a-quo* se equivocó en dos aspectos: haber tomado como renta real de la actora la suma de $ 301.997 en vez de $ 150.999 y el haber ignorado los recibos de pago visibles en el expediente.

Como la sentencia viene en apelación debe la Sala considerar no sólo los dos aspectos citados por el recurrente sino también aquellos que fueron decididos favorablemente por el tribunal pues, en todo caso, operaría el grado de consulta en los puntos que resulten favorables al contribuyente.

A. *Aspectos favorables al contribuyente:* Alegó la actora habérsele aplicado el sistema de comparación patrimonial en forma indebida. Este punto lo definió el tribunal con los siguientes argumentos:

"Del plenario se establece que el punto sobre el cual debe pronunciarse la Sala radica, exclusivamente, en el sistema de comparación de patrimonios empleados por la oficina liquidadora en la determinación de la renta gravable.

"Como causa justificativa del aumento el accionante arguye: la valorización de un crédito activo poseído en la sociedad Sidecol Ltda. en divisas extranjeras, incremento originado en la fluctuación de las mismas, por diferencia de cambio.

"La oficina liquidadora y también las que conocieron de los recursos administrativos, tomaron como superávit de los bienes en Sidecol Ltda. de la cual es socio mi mandante con un interés del 95%, el monto del reajuste en la cuenta de importación de mercancías que dicha sociedad hacía a Oy Soumen Autoteollisus A.B. por las compras en el año y las que venían de años anteriores; pero dicho ajuste fiscal en razón de la tasa de cambio fijada por la Dirección de Impuestos para los créditos en dólares, no puede tomarse como renta para el acreedor, y menos exigírsele a éste la comprobación de la venta de mercancías, en razón de que esta circunstancia es del resorte de la compañía importadora y no de la proveedora extranjera. a ésta le correspondió un crédito de $ 6.992.461, registrado en sus libros por Sidecol Ltda. frente a la cuenta —hecho el reajuste al valor oficial de la divisa en diciembre de 1970— de $ 7.481.942 que arroja una diferencia, por ajuste cambiario, de $ 489.491 en la cual corresponde a la demandante la cifra antes anotada por su interés del 95%.

"Las agencias del Gobierno en sus diferentes etapas de impugnación conceptuaron que es la sociedad Sidecol Ltda. 'la que debe solicitar se le tenga en cuenta dicha cantidad, puesto que fue a ella a quien le desconocieron dicho concepto, por consiguiente al no ser solicitado por la sociedad correspondiente, esto es, a la casa matriz, mal podríamos aceptársela a la sociedad reclamante', y el *ad-quem* confirmó con el argumento de la no comprobación de la importación de mercancías que diera como resultado una diferencia de cambio en Sidecol Ltda.

"Del análisis de los elementos de juicio que conforman el informativo, la Sala concluye que las agencias del Gobierno a través de sus diferentes etapas de impugnación equivocaron el planteamiento del apoderado de la actora.

"En efecto, la accionante está justificando su aumento de patrimonio detectado por las agencias fiscales por el año de 1970, en relación con el de 1969, en cuantía de $ 535.700, con el aumento de un crédito en divisas extranjeras por valorización de las mismas.

"En estas condiciones, el argumento del *a-quo* es equivocado al pretender que es la sociedad en quien posee el crédito la recurrente, quien está obligada a solicitar el reconocimiento de la deducción por la pérdida en diferencia de cambio, por cuanto uno es el punto relacionado con la deducción, que por lo demás sí fue controvertido por la sociedad, y otro, es la justificación del aumento de patrimonio de la acreedora por la valorización de un crédito.

"Finalmente, la actora no está obligada a probar la importación de mercancías, sino el aumento del crédito por la valorización de la divisa, hecho que la Sala encuentra demostrado en el expediente, a través del siguiente análisis.

"La tributante es una sociedad extranjera sin domicilio en Colombia (folio 46, lápiz azul). Es socia de Sidecol Ltda., en donde posee el 95% del capital.

"Por el año de 1969 aparece relacionada por Sidecol Ltda. una deuda por compras de $ 333.865.75 dólares a 17.81 el dólar, por valor en pesos colombianos de

$ 5.946.149.01 (folio 117 lápiz azul). Esta deuda fue distribuída oficialmente como superávit a la acreedora y socia (folios 50 y 51 tinta verde).

"Por el ejercicio de 1970, aparece relacionada la dicha deuda, aumentada en 57.654.54 dólares, por valor de $ 7.481.952.74 a razón de 19.11 el dólar (folios 43 y 59 lápiz azul).

"La partida anterior fue distribuida como superávit en cabeza de la socia (folio 67 cuaderno principal).

"De lo anterior se concluye:

"1o. La sociedad OY SOUMEN AUTOTEOLLISUS A.B. poseía en 31 de diciembre de 1969 en Sidecol Ltda. un crédito de 333.865.75 dólares a 17.81 el dólar.

"2o. En 31 de diciembre de 1970 dicha acreencia, aumentada en 57.654 dólares había sido incrementada por la valorización de la divisa en 1.30 por dólar, ya que para dicha fecha el dólar se cotizaba a 19.11.

"Así las cosas, el crédito de los 333.865.75 dólares había obtenido un incremento patrimonial de $ 434.085 que justifica el aumento patrimonial controvertido y procede a determinar la Sala, la renta gravable por el sistema ordinario. . .".

El Tribunal actuó correctamente tal como se infiere de los elementos de juicio visibles en el cuaderno de antecedentes administrativos y en el expediente principal. Así las cosas, considera la Sala que esta apreciación del *a-quo* se ajusta a derecho así como también a los elementos de hecho visibles en el expediente.

B. Apelación

Como puntos propios de la apelación el recurrente observa lo siguiente:

"Primer punto. El fallo apelado determina mayor renta de la que realmente debe tomarse en consideración para determinar el impuesto de renta.

"En efecto: a la Sociedad Sidecol Ltda., de la cual es socia mi mandante con un aporte y participación en las utilidades del 95%, le fue determinada una renta líquida gravable de $ 343.059, como consta en la liquidación oficial practicada a la nombrada sociedad;

"Descontado el impuesto a cargo de Sidecol Ltda. de $ 25.167, el 95% de participaciones correspondiente a su socia y aquí impugnadora, es de $ 301.997.

"*Para determinar la renta bruta de la sociedad socia,* debe dársele aplicación a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 81 de 1960, que adelante transcribiré, o sea, el 95% sobre el 50% de la renta líquida gravable de la sociedad principal, es lo que le corresponde. Es decir, que la renta que corresponde a mi mandante, es el 95% sobre el 50% de la renta líquida gravable en Sidecol Ltda.

"Dice el artículo 56 de la Ley 81 de 1960: 'inciso 2o.: 'las sociedades de responsabilidad limitada se asimilarán a anónimas para los efectos de esta ley cuando más del 50% de los derechos sociales en ellas pertenezcan a sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o en comandita. *Pero a los socios de tales compañías se les considerará como renta bruta, por concepto de participaciones sociales, la parte que, de acuerdo con las estipulaciones sociales sobre reparto de utilidades les corresponda en el 50% de la*

renta líquida gravable de la sociedad principal. . .' (Subraya el recurrente). De lo anterior se concluye que la renta bruta y líquida gravable de Oy Soumen Autoteollisus, como socia de Sidecol Ltda, por el año de 1970, es de $ 150.998.70, sobre cuya base procede liquidar el impuesto de renta, que sería de $ 24.240 y no el determinado en ello.

"Por consiguiente, se ha determinado una mayor renta gravable de la que fija la ley, con violación de la norma del artículo 56 transcrita por no aplicación.

"Segundo punto. En el fallo, en la parte motiva y en la resolutiva, se dice que la sociedad pagó impuestos por $ 36.108, lo cual implica una equivación, por cuanto en el expediente, anexos a la demanda, se allegaron siete recibos de pago, debidamente autenticados, por $ 157.680 que incluye intereses de $ 18.225. Tal parece que el *a-quo* no verificó el recibo No. BM 796546 de diciembre 27 de 1973, por valor de $ 121.572, que es exactamente la diferencia entre lo que la sociedad pagó y la suma apreciada por el fallador. Como esta diferencia acarrea dificultades ante la Administración en cuanto a la devolución por impuestos pagados de más, e intereses pagados y no causados, pido se sirva aclarar y fijar en el fallo lo correcto.

"Considero haber dejado claros los puntos motivos de la apelación, reflejados en el *modus operandi* de la fijación de la renta bruta de la sociedad apelante y la inobservancia de la totalidad de los recibos de pago, reconociendo que el fallo, objeto de su estudio, agotó con prudencia y cuidadoso estudio, los fundamentos de la demanda, aceptándolos en su totalidad".

Sobre este punto el señor fiscal tercero ante esta Corporación hizo las siguientes reflexiones:

"Como es indudable que el Tribunal, al practicar la nueva liquidación, no consideró las disposicions del artículo 56, inciso 2o., la Ley 81 de 1960 y, por otra parte, no advirtió la existencia del recibo de pago No. BM 796546 del 22 de diciembre de 1973, la sentencia recurrida debe modificarse, tal como lo solicita el señor apoderado".

Se observa:

Cuando se dictó el artículo 56 de la Ley 81 de 1960 se dijo en la exposición de motivos:

"IGUAL REGIMEN PARA ANONIMAS Y LIMITADAS. Para los casos en que la diferencia 'legal' entre las anónimas y las limitadas es meramente ficticia, es necesario someterlas a igual régimen, pero estableciendo normas especiales para el gravamen de los socios de las limitadas. El carácter de estas últimas se pone de relieve con la limitación de sus socios a 20, carácter que se viene violando con la agrupación de las personas naturales en otras sociedades socias a su vez de la principal, en forma que, a través de cadenas de sociedades, una limitada puede contar con 100 o más socios naturales. Así, tales compañías pueden competir ventajosamente, con anónimas que permanecen en su verdadero tipo. (Exposición de motivos)".

Por esta razón también a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada asimiladas a anónimas se observó:

"Artículo 56. Inciso 2o. Las sociedades de responsabilidad limitada se asimilarán a anónimas para los efectos de esta ley cuando más del 50% de los derechos sociales en ellas pertenezcan a sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o en comandita. Pero a los socios de tales compañías se les considerará como renta bruta, por concepto de participaciones sociales, la parte que, de acuerdo con las estipulaciones sociales sobre reparto de utilidades, les corresponda en el 50% de la renta líquida gravable de la sociedad principal.

"Es entendido que las participaciones fiscales de los socios de sociedades de responsabilidad limitada asimiladas a sociedades anónimas no se considerarán como dividendos sino como participaciones gravables, aun en el caso de que sean recibidas por sociedades anónimas".

Como es claro de la lectura del texto del artículo 56 de la Ley 81 de 1960 las participaciones que tiene la actora en la sociedad Sidecol Ltda., deben ajustarse conforme lo solicita el actor.

Cabe igualmente anotar que la actora acreditó pagos que fueron ignorados por el tribunal, razón por la cual es procedente reconsiderar la providencia apelada como lo solicita el recurrente.

Debe procederse a practicar una nueva liquidación en los siguientes términos:

OY SOUMEN AUTOTEOLLISUS A.B.
NIT. 60.010.349
AÑO 1970

Concepto Renta	Bases	Impuesto
Participación en Sidecol Ltda	$ 150.999	$ 24.240
3% Fomento Eléctrico e ICSS	121.759	3.652
6% Provivienda	106.759	6.406
	Total a cargo:	34.294

Ciertamente la contribuyente acreditó pagos por $ 157.680 por medio de los siguientes recibos: I644661, I 523950, I 585328, AL 326135, AL 623456, Al 525877, BM 796546. Queda un exceso entre el impuesto que acreditó y el que aquí se cobra. Esta diferencia es de $ 123.386.

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 autodidad de la ley,

FALLA:

1o. Confírmase el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

2o. Revócanse los numerales dos, tres y cuatro de la parte resolutiva de la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

"2o. Fíjase en TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS ($ 34.294) la suma a cargo de la empresa actora por el año gravable de 1970.

3o. El Tesoro Público devolverá a la actora Oy Soumen Autoteollisus A.B. con NIT 60.010.349 la diferencia entre lo que se establece en el anterior numeral y lo que acreditó haber cancelado. Por tal concepto se declara que la actora tiene derecho a recibir la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS ($ 157.680) más los intereses legales a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn. Los consejeros: **Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.— Para su aplicación debe considerarse la consecuencia de varios factores. El espíritu de la norma que consagra los efectos positivos del Silencio Administrativo es el de que constituye una sanción a la administración morosa, por una parte, y si por otra la consagración de tal figura no está condicionada a factores no contemplados en ella, ni señala excepciones en su aplicación, no es lógico ni jurídico establecer esas nuevas condiciones, ni excepciones no contempladas expresamente, ya que toda excepción requiere la consagración legal expresa. Aclaración del criterio contenido en la sentencia de octubre 20 de 1977.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio cinco (5) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 6671. Apelación de la sentencia del 22 de octubre de 1979 del Tribunal Administrativo de Caldas. Revisión de la liquidación de impuestos sobre la renta y complementarios por el año fiscal de 1969. Fallo.
Actor: **Ernesto Mesa Medina.**

Se ocupa esta providencia de la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso de revisión de la operación administrativa del impuesto sobre la renta del contribuyente Ernesto Mesa Medina, con cédula de ciudadanía No. 11.195.897, correspondiente al año gravable de 1969, sentencia que denegó las súplicas de la demanda.

1. *La demanda.*

En la demanda, el apoderado del contribuyente solicita el reconocimiento tanto del fenómeno del silencio administrativo positivo (artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970). Considera que le fue liquidada la cantidad de $ 85.188 como valor del impuesto, de la cual interpuso recurso de reclamación el 19 de abril de 1972, el cual le fue resuelto definitivamente mediante Resolución 4488 de agosto 16 de 1976, notificada personalmente al contribuyente el 31 de agosto del mismo año, y que agotó la vía gubernativa. Y que dado que transcurrieron en exceso los dos años previstos en la ley entre la interposición del recurso y su solución, le es aplicable la mencionada figura del silencio.

La demanda fue impugnada por el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien considera que los actos acusados no son revisables.

2. *La sentencia impugnada.*

Para negar las peticiones de la demanda, el Tribunal se basa en una afirmación hecha por el Consejo de Estado, en sentencia que cita, según la cual entre los requisitos que exige el silencio positivo está el de que las pretensiones del reclamante deban tener fundamento en la ley, o sea que no sean contrarias a ésta. Sobre tal base entra entonces el fallo a analizar los puntos controvertidos por el contribuyente en la vía gubernativa, relacionados con exenciones, y concluye que como éstas no están autorizadas por la ley tributaria, el silencio impetrado no tiene aplicación.

3. *Concepto fiscal.*

La Fiscalía Tercera de esta Corporación solicitó revocar la sentencia y conceder el silencio solicitado. Para ello considera, después de transcribir el texto del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970.

"Del texto transcrito resulta que el efecto jurídico fundamento del silencio positivo consiste:

"a) En que opera plenamente, para el mero transcurso de un período de tiempo, sin que se dé un pronunciamiento de las autoridades tributarias, sobre los motivos de inconformidad expresados por el recurrente en la vía gubernativa.

"b) Por virtud de la ley, el recurso se entiende fallado a favor del contribuyente. La norma no hace distinción entre unos y otros motivos de inconformidad.

"c) La tarea del intérprete es simplemente la de confrontar la fecha de interposición y la fecha de notificación de la resolución que agotó la vía gubernativa.

"d) Si entre una y otra fecha han transcurrido dos años o más, debe acoger sin discusión los motivos de inconformidad del recurrente.

"e) Lo que se persiguió con la figura del silencio, fue ponerle límite a la inercia de las oficinas de impuestos, a su falta de declaración de voluntad".

Sobre esta base, considera la Fiscalía que como lo que expresa la norma del artículo 91. citado es que el recurso se entiende fallado en favor del contribuyente si se dan los factores antes enunciados, y se dan en este caso, el silencio debe ser reconocido.

4. *Se considera:*

Efectivamente la sentencia del Consejo de Estado de 20 de octubre de 1977, de esta Sección, da a entender que no sólo los reclamos extemporáneos sino los hechos "con fundamento abiertamente contrarios a las normas tributarias" mal pueden quedar amparados en la decisión ficta favorable, toda vez que la ley habla de reclamaciones legalmente interpuestas".

Considera la Sección que este criterio debe ser aclarado, por cuanto que a la norma no se le puede dar un alcance mayor del que su texto indica. Ese artículo 9o. dice:

"Redúcense a dos años los términos señalados en el artículo 33 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 la presentación de la respectiva reclamación".

Es claro, pues, que para la aplicación del silencio administrativo con efectos positivos debe considerarse la concurrencia de varios factores a saber:

a) Que haya interposición de un recurso gubernativo;

b) Que esa interposición se haga dentro del lapso previsto en la ley;

c) Que el escrito contenga las exigencias formales que en algunas ocasiones señala la ley;

d) Que entre la fecha de interposición del recurso y la de la decisión que lo resuelva transcurra el tiempo que señale la ley, y

e) Obviamente, que la ley autorice la aplicación del silencio de manera expresa, dado que es un fenómeno de ocurrencia legalmente excepcional.

La jurisprudencia citada por el Tribunal (Expediente 3641, ponente Dr. Jorge Dávila H.), en la parte transcrita en el fallo impugnado, añade uno más: el que la aplicación del silencio resulte contrario a norma legal que "prohiba" o "no autorice" la prescripción de la ley. Dice así, en lo pertinente:

"De suerte que reclamos extemporáneos o interpuestos sin el cumplimiento de la totalidad de las exigencias legales, o con fundamento abiertamente contrarios a las normas tributarias como lo será el que pretenda obtener *una exención o deducción prohibida o no autorizada por la ley*, mal pueden quedar amparados en la decisión ficta favorable, toda vez que se habla de reclamaciones legalmente interpuestas. . ." (se subraya).

En tal virtud, lo que tal sentencia plantea es el caso en que se discuta si el silencio positivo opera cuando exista norma tributaria *prohibitiva* de una determinada exención o deducción, y lo contesta negativamente. Vale la pena añadir ahora, si tal aplicación tampoco procede cuando la norma tributaria impone una *sanción*, que se eludiría con el silencio.

Un detenido y nuevo examen de la cuestión lleva a la Sección a considerar que si el espíritu de la norma que consagra los efectos positivos del silencio administrativo es el de que constituye una sanción a la administración morosa, por una parte; y si por otra la consagración de tal figura no está condicionada a factores no contemplados en ella, ni señala excepciones en su aplicación, no es lógico ni jurídico establecer esas nuevas condiciones, ni excepciones no contempladas expresamente, ya que toda excepción requiere la consagración legal expresa. No considerar así el fenómeno sería hacerlo nugatorio.

A ello hay que agregar un tercer argumento, y es el de que la norma en cuestión manda que al vencerse el término contemplado en la ley —en este caso dos años—, la reclamación *se entenderá fallada a favor del contribuyente*, lo cúal significa que obra *ipso-jure*, por mandato legal, sin requerir pronunciamiento administrativo alguno. De suerte que si no quiere ese pronunciamiento, sería ilógico e injurídico admitir el nuevo factor de prohibición legal o de sanción, puesto que tal prohibición o la sanción exigirían forzosamente la expedición del acto administrativo que *negara* el silencio, y lo que la norma dice es que éste opera por el solo ministerio de la ley, de manera positiva.

En estas condiciones, y como en el caso *sub-lite* se dan todos los elementos requeridos por la norma tributaria, el silencio debe reconocerse, revocando la decisión del *a-quo*.

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

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada.

2o. Reconócese la existencia del fenómeno del silencio administrativo con efectos positivos, y resuelto a favor del contribuyente su reclamo. En consecuencia, fíjase como tributo el valor determinado en la liquidación privada, por la suma de $ 21.378 (veintiun mil trescientos setenta y ocho pesos).

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 Conn.

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— APORTES AL SENA.—

1o. Nómina mensual de salarios. Concepto (Artículo 9o. del Decreto 118 de 1957).

2o. Base para calcular los aportes (artícuulo 12 de la Ley 56 de 1973). Porcentajes. La noción de salarios es la que ha de limitar la base del aporte, noción que ha de conformarse con las que al respecto trae el Código Laboral en sus artículos 127 y 128. Las primas habituales, por oposición a las ocasionales, constituyen salario, y las prestaciones sociales no son salario.

¿Las primas extralegales pactadas en la convención colectiva de trabajo son ocasionales?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Proyecto: **Doctor Víctor Manuel Estupiñán C.**
Referencia: Expediente No. 7787. Apelación de la sentencia de diciembre 16 de 1980 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión de la liquidación de impuestos sobre la renta y complementarios por el año fiscal de 1973. Fallo.
Actor: **Envases Rok S. A.**

Por medio de apoderado judicial legalmente reconocido, la Sociedad ENVASES ROK S.A. identificada con el NIT. 60.014.253, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 16 de diciembre de 1980, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda tendientes a la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y especiales por el año fiscal de 1973.

Antecedentes:

El 12 de julio de 1978, la sociedad interpuso recurso de reposición ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, contra la liquidación de Revisión No. 101456-B de 12 de marzo de 1976, correspondiente al año fiscal de 1973 y expuso como motivos de inconformidad el incumplimiento de las formalidades procesales (artículo

13 de la Ley 6a. de 1973), y el rechazo de las primas extralegales de navidad y de vacaciones pactadas en convención colectiva. Como consecuencia, la nulidad de la liquidación de revisión.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá al decidir el recurso de reposición, según Resolución No. A-0045648P del 15 de noviembre de 1976, no accedió a decretar la nulidad propuesta y confirmó la liquidación de revisión No. 101456-B del 12 de marzo de 1976; y mantuvo el rechazo de la deducción por concepto de primas extralegales por incumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 10 del Decreto 677 de 1968 y 10, y parágrafo 2o. del Decreto 1366 de 1967, por constituir salario.

La Dirección General de Impuestos Nacionales, al decidir el recurso de apelación, según Resolución No. R-04999-H del 20 de octubre de 1977, confirmó la providencia apelada, porque no era necesario requerimiento para exigir la presentación de los Paz y Salvo y la relación de los beneficiarios, por ello no prospera la nulidad; y en cuanto a las primas y bonificaciones el solo hecho de que se repitan en forma tal que constituyan hábito, las obliga a quedar involucradas dentro del concepto de salario base para contribuir al SENA y a la Caja de Compensación Familiar. La providencia fue notificada personalmente el 25 de noviembre de 1977 y agotó la vía gubernativa.

El 10 de marzo de 1976, por medio de apoderado judicial, la sociedad presentó demanda de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, invocando como normas violadas el artículo 13 de la Ley 6a. de 1973, al rechazar deducciones por el incumplimiento de los requisitos de forma, específicamente el Paz y Salvo con el SENA, sin que previamente se hubiera requerido al contribuyente; el parágrafo 2o. del artículo 10 del Decreto 1356 de 1967 reglamentado por el artículo 1o. del Decreto 667 de 1968, porque por voluntad de las partes, patrono y trabajadores, se estipuló que no son salarios ni se tomarían como base para las prestaciones sociales las primas y bonificaciones pactadas en la Convención Colectiva de Trabajo y, como consecuencia, no constituyen salario básico para los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Cajas de Compensación Familiar.

El Tribunal en su sentencia del 16 de diciembre de 1980 denegó las súplicas de la demanda argumentando que, la omisión del requerimiento contemplado por el artículo 13 de la Ley 8a. de 1973 no conlleva nulidad del acto como lo pretende el actor; y, en relación con los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, sobre las primas pactadas en la Convención Colectiva de Trabajo, consideró que constituyen salarios básicos para efectuar los aportes.

Interpuesto el recurso de apelación no fue sustentado por el apoderado judicial.

Surtido el traslado al Ministerio Público al señor Fiscal Tercero de esta Corporación, conceptuó que el fallo recurrido se debe confirmar, apoyado en las consideraciones expuestas por el *a-quo*.

Se considera:

Analizada la sentencia apelada, la Sala de acuerdo con el colaborador fiscal, estima que debe confirmarse, pues en las consideraciones, las cuales se transcriben a continuación, se analizaron todas las normas invocadas como violadas, en los siguientes términos:

"La impugnación que hace la demanda contra la operación administrativa acusada se relaciona con el rechazo que la Administración Tributaria hiciera respecto de las

deducciones solicitadas por concepto de primas extralegales de navidad y vacaciones, alegando falta de aporte al SENA sobre tales partidas.

"La sociedad actora estima que con tal rechazo se violaron los artículos 13 de la Ley 6a. de 1973 y el parágrafo 2o. del artículo 10 del Decreto 1366 de 1967, reglamentado por el artículo 1o. del Decreto 677 de 1968.

"La primera de las disposiciones antes citadas establece que 'cuando los funcionarios de impuestos constaten falta de algún documento, certificado de paz y salvo, recibo o comprobante de pagos o aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), Subsidio Familiar, mención de NIT o alguna otra situación que sea necesario aclarar, deberán solicitar explicaciones al contribuyente fijando para ello un término prudencial'.

"Si bien es cierto que en el caso *sub-lite* no se solicitó tal explicación, su omisión no conlleva nulidad del acto como lo pretende la accionante, entre otras razones porque las causales de nulidad deben hallarse tipificadas en la ley como tales.

"Procede pues analizar el segundo cargo de violación, esto es, el parágrafo 2o. del artículo 10 del Decreto 1366 de 1967 reglamentado por el artículo 1o. del Decreto 677 de 1968.

"El argumento de la demanda en este segundo cargo se hace consistir en que de conformidad con tales disposiciones, el aporte al SENA es sobre salarios y que de acuerdo con la convención colectiva de trabajo suscrita entre la demandante y el sindicato de trabajadores de la misma, las primas extralegales allí pactadas no se considerarán como salarios.

"Se observa:

"Las normas que crearon el subsidio familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje establecieron como base del aporte la nómina mensual de salarios, y una definición de ésta para los efectos del artículo 9o. del Decreto 113 de 1957 fue dada en el artículo 27 del Decreto 1521 de 1957 en los siguientes términos:

'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 o a destajo o las sobrerremuneraciones por trabajos suplementarios o nocturno en días domingos o de fiesta'.

Con posterioridad, la Ley 56 de 1973, vigente desde el día 19 de diciembre de 1973, en su artículo 12 volvió a referirse a la base para calcular los aportes y estableció:

'El seis por ciento (6%) de que trata el artículo 2o. de la Ley 56 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, salarios, jornales, primas de rendimiento, primas de costo de vida, auxilio de transporte, pagos por unidades de tareas o destajo, comisiones sobre remuneraciones por trabajo suplementario, porcentajes sobre ventas, valor de lo pagado por domingos y festivos, etc. . .'

"En una y otra de las disposiciones transcritas la enumeración es implemente enunciativa de lo que constituye remuneración. En la primera se habla de la totalidad

de lo recibido por los trabajadores como 'remuneración de sus servicios' y en la segunda de 'salarios'. Es decir, que la noción de salarios es la que ha de limitar la base del aporte, noción que ha de conformarse con las que al respecto trae el Código Laboral en sus artículos 127 y 128 , las cuales disponen:

'Artículo 127. Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades.

'Artículo 128. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX'.

"Puede concluirse de estas dos disposiciones que las primas habituales, por oposición a las ocasionales, constituyen salario, y que las prestaciones sociales no son salario.

"Ahora bien, ¿las primas extralegales pactadas en la convención colectiva de trabajo son ocasionales? No; su origen o causa así como su convenio implican habitualidad y obligatoriedad para el patrono desde el momento mismo en que los trabajadores pueden hacerlas exigibles, precisamente por hallarse pactadas.

"Es decir, ni son ocasionales ni obedecen a mera liberalidad del patrono.

"En la misma convención se dijo:

'Estas primas no se consideran como salario para efectos de prestaciones sociales' (véase convención anexa al cuaderno de antecedentes administrativos).

"Obsérvese que la negación del carácter quedó circunscrito para los efectos de las prestacione sociales. Luego, la argumentación de la demanda de que se acepte esta estipulación para no exigir el aporte del SENA sobre las primas extralegales carece de fundamento en la misma convención.

"De otra parte, ni la prima extralegal de navidad ni la de vacaciones pactadas en el convenio que obra en el cuaderno de antecedentes administrativos, tienen el carácter de prestaciones sociales. Si en la convención se hubiese pactado una prima anual de servicios por un valor superior a la que en un mínimo consagra el Código Laboral o las vacaciones se hubiesen pactado por un lapso superior al mínimo establecido en el mismo Código, sí se estaría en presencia de prestaciones sociales, las cuales están excluidas de aporte al SENA. Pero como se anuncian en la convención, se trata evidentemente de primas extralegales, cuya habitualidad y obligatoriedad las hace constitutivas de salario, para los efectos del aporte al SENA".

Este mismo criterio lo reitera la Ley 21 de 1982.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, 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 Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO VIII

Juicios de jurisdicción coactiva

POLIZAS EXPEDIDAS POR SEGUROS DEL ESTADO.— EXCEPCION DE PRESCRIPCION.— Aplicación del artículo 2356 del C.C. Término de prescripción: 10 años. El artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguros, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado, diferentes de los que existen entre el asegurado y el Estado en el cobro ejecutivo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., mayo catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Proyecto: **Doctor Víctor Manuel Estupiñán Calderón.**
Referencia: Radicación 10.931. Jurisdicción coactiva. Ejecutivo de la Nación contra Mario Herrera S. y Humberto Tehelen S. y Cía. Ltda. y Araujo Quiñones Flavio (Seguros del Estado S.A.).

En juicio de jurisdicción coactiva se entra a resolver el incidente de excepciones propuestas por el apoderado de la Sociedad Mario Herrera y Humberto Tehelen S. & Cía. Ltda. (folio 48) y Seguros del Estado S. A. (folio 128).

Antecedentes:

El Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, según auto del 12 de agosto de 1982, libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del FONDO VIAL NACIONAL y en contra de MARIO HERRERA S. y HUMBERTO TEHELEN S & Cía. Ltda. y FLAVIO ARAUJO QUIÑONES y SEGUROS DEL ESTADO, S. A. por la cantidad de $ 8.221.783.36 y por los intereses y costas que se causaren (folios 53 y 54), auto notificado al representante de Mario y Humberto Tehelen & Cía. Ltda. y al representante de Seguros del Estado S.A.

En escrito del 14 de septiembre de 1982 (folio 45) el apoderado de la Sociedad Herrera S. y Humberto Tehelen y Cía. Ltda. propuso la excepción perentoria de

ineficacia del título ejecutivo por no ser la obligación clara, expresa y actualmente exigible; y en escrito del 11 de enero de 1984 el procurador judicial de Seguros del Estado S. A. propuso la excepción de prescripción de la acción derivada de las pólizas expedidas por Seguros del Estado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio; e ineficacia del acta de liquidación No. 13 de abril 10 de 1981 por falta de notificación.

Por auto del 19 de enero de 1983, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales al desatar el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Mario Herrera S. y Humberto Tehelen S. & Cía Ltda. revocó en todas sus partes el auto de mandamiento de pago librado contra los ejecutados. (folios 72 a 74).

Según auto del 23 de septiembre de 1983, esta Corporación revocó la determinación de fecha enero 19 de 1983 dictada por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, y confirmó la providencia de mandamiento de pago de fecha 12 de agosto de 1982 (folio 53), la cual había sido revocada por el Juez del conocimiento.

Y por auto de 9 de marzo de 1984 esta Corporación decidió sobre la notificación a los deudores, del mandamiento de pago que el acreedor puede ejecutar a cualquiera de los deudores mencionados en el proceso según lo dispuesto en los artículos 1.508, 1.510, 1.571 y siguientes del Código Civil.

Se considera:

1o. *Excepción. Ineficacia del título ejecutivo.*

En auto del 23 de septiembre de 1983, esta Corporación consideró que el acta final de liquidación de los contratos administrativos constituye título ejecutivo de acuerdo con los dispuesto en el inciso final del artículo 289 del Decreto 222 de 1983, norma declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de agosto de 1983 y además, en ella aparece establecida como una obligación clara, expresa y exigible, luego nada hay que agregar para decidir que la excepción propuesta no prospere.

2o. La excepción de prescripción de las pólizas expedidas por Seguros del Estado, según lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio y la falta de notificación del acta No. 13 de 1981.

La excepción de prescripción prevista por el artículo 1081 del Código de Comercio debió proponerla la Compañía de Seguros del Estado S. A. en el momento de notificación del acta final No. 13 del 10 de abril de 1981 y adicional No. 130 de 1978, diligencia que se efectuó el 28 de agosto de 1981 o con el escrito del 4 de septiembre de 1981 (folios 24, 25 y 26) presentado por la sociedad impugnando el acta. En tales oportunidades, la Compañía de Seguros guardó silencio sobre la referida prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio. Como en el caso *sub-judice* se trata de un crédito a favor del Estado que se cobra por jurisdicción coactiva, el término de prescripción aplicable es el mismo al de la acción ejecutiva de diez (10) años previstos por el artículo 2536 del Código Civil. Este término, contado desde la fecha de notificación del acta de liquidación final del contrato No. 446 de 1976, el 28 de agosto de 1981 hasta la fecha de notificación del mandamiento de pago, 29 de diciembre de 1983, no alcanzó a transcurrir, luego la excepción no prospera.

Cabe anotar que el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguros, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado, diferentes de los que existen entre el asegurado y el Estado en

el cobro coactivo. La obligación que surge del contrato de seguro se transforma en un crédito fiscal entre el Estado y la Aseguradora distinto de los elementos propios del contrato de seguro.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Declárase no probadas las excepciones propuestas.

2o. Continúe la ejecución.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL, EMPRESA COLOMBIANA DE AERODROMOS, FONDO AERONAUTICO NACIONAL.— El patrimonio de ellas son "BIENES DE USO PUBLICO" y por lo tanto inembargables.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.— INEMBARGABILIDAD.— Los bienes de uso público son inembargables; pero las CUENTAS BANCARIAS de los establecimientos públicos no gozan de este beneficio. El artículo 684 del Código de Procedimiento Civil no incluye como inembargables las cuentas bancarias.

JURISDICCION COACTIVA.— EXCEPCIONES.— Según expresa pro-hibición del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil inciso 2o.: "En este proceso no se podrán debatir cuestiones que debieron ser objeto de recurso por la vía gubernativa.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION.— Concepto.— DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL.— CONTRIBUCION DE VALORIZACION.— Siendo la Aeronáutica propietaria del inmueble beneficiado por la ejecución de los trabajos públicos (caso *sub-júdice*) en principio se podría concluir en el deber, por parte de esa entidad, de cancelar las sumas correspondientes por concepto de valorización como sujeto pasivo del gravamen, pero la NACION no puede ser ejecutada. El artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, prevé que los establecimientos públicos nacionales disfrutan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación, por lo que tampoco pueden ser ejecutados.

BIENES DE LAS ENTIDADES PUBLICAS.— IMPRESCRIPTIBILIDAD, INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD.— Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, reiterada por el Consejo de Estado.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio veintidós (22) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

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

Referencia: Expediente No. 9536.

Actor: **Junta de Valorización Departamental del Valle del Cauca - Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y Fondo Aeronáutico Nacional. Apelación sentencia de 24 de abril de 1982. Tribunal del Valle. Jurisdicción coactiva.**

El apoderado de la Oficina de Valorización del Departamento del Valle del Cauca interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de ese Departamento, por medio de la cual se declaró demostrada la excepción de "inejecutabilidad de la Nación" propuesta por el presunto demandado y se ordenó el desembargo de la cuenta corriente del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

La Tesorería del establecimiento público de valorización departamental del Valle del Cauca libró mandamiento de pago contra el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (Aeropuerto Internacional de Palmaseca) para obtener el recaudo de la cantidad de $ 1.041.283.32 mas los intereses y las costas del proceso, correspondiente a un impuesto de valorización proveniente de la obra de pavimentación de la carretera Puerto Isaacs-Palmaseca; providencia que lleva fecha 7 de marzo de 1978.

El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por medio de apoderado debidamente constituido formuló demanda de excepciones planteando la de "nulidad procesal" por "Improcedencia de la obligación por carencia de causa" e inejecutabilidad de la Nación.

El Departamento de Valorización simultáneamente con el mandamiento de pago decretó el embargo de los depósitos en dinero que tuviere el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en los bancos de la ciudad de Cali.

El Tribunal encontró fundada la excepción de "inejecutabilidad de la Nación" de acuerdo con los planteamientos hechos por el apoderado del demandado y que textualmente dijo:

"a) Establecido el carácter de servicio público que tiene el *transporte aéreo* y más concretamente, el *caracter público que la ley* asignó a la *función aeronáutica civil* y demostrada la índole de *bienes de uso público* que corresponde a los elementos materiales muebles e inmuebles integrantes del patrimonio aeronáutico, debemos subrayar que la enumeración hecha por el legislador en el artículo 874 del Código Civil, no es taxativa sino enunciativa, pues la norma dice, 'como el de. . .', lo cual significa, 'por ejemplo'. Es muy razonable la visión futurista del legislador al conformar esta disposición pues previó los adelantos y el desarrollo del país, principalmente en el sector oficial y por ello dejó la puerta abierta a nuevos tipos de bienes de uso público que enriqueciesen esta importante figura jurídica, ingresasen a sus filias, para garantía del eficiente cumplimiento de los fines estatales.

"b) El artículo 198 del Código de Régimen Político y Municipal establece que los bienes de los municipios no pueden ser gravados con impuestos directos nacionales o departamentales. Al contario los bienes nacionales tampoco pueden serlo por parte de los municipios como lo anota el Honorable Consejo de Estado en el estudio antes citado, dentro de cuyo desarrollo, la máxima institución del contencioso administrativo agrega: 'En esas condiciones parece claro que las entidades de que se trata, los establecimientos públicos, no pueden ser gravados con impuestos, contribuciones o tasas de cualquier origen. Resultaría extravagante que la Nación fuera sujeto de tales imposiciones. . .' piensa la Sala que en el caso de que se viene tratando *no hay propiamente una exención* en favor de los establecimientos públicos del pago del impuesto predial y otros. El fenómeno es bien distinto: la ley declara que los establecimientos públicos pertenecen a la Nación, hacen parte de la Administración Nacional y como tales, gozan de las mismas prerrogativas de que goza la Nación. Es simplemente consecuencia obvia de su carácter y aplicación de un principio elemental, enunciado atrás, en virtud del cual, la Nación no puede ser sujeto pasivo de gravámenes, cualquiera que sea la naturaleza de éstos. La exención supone sujeto gravable. En el caso de los establecimientos públicos, ese sujeto gravable no existe, es el mismo Estado.

"c) En el supuesto de que jurídicamente fuere viable la figura de una exención desvirtuada en el literal anterior, acudirían en defensa del principio de la IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE VALORIZACION por parte de las dos entidades que integran al sector aeronáutico civil colombiano, el 'DAAC' y al 'FAN' los Decretos Nacionales 1604 y 1804 de 1966, sobre juntas y contribuciones de valorización, estatutos los cuales, consagran que los BIENES DE USO PUBLICO ESTAN EXENTOS DEL PAGO DE ESTA CLASE DE CONTRIBUCION.

"F. Inembargabilidad de los bienes aeronáuticos.

"a) Dejamos sentado ya, que los bienes inmuebles aeronáuticos son de uso público; esta circunstancia los ubica fuera del comercio y consecuencialmente son intransferibles o inembargables mientras se hallen vinculados al servicio público del transporte aéreo es decir mientras conserven aquella calidad. Sobre esta base y yendo más allá, aceptando el exabrupto jurídico de la gravabilidad a la Nación, surge un insalvable obstáculo a su ejecución originado en las siguientes razones:

"1o. El artículo 6o. del Código de Procedimiento Civil dice en materia de observancia de normas: 'Las normas procesales son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas'.

"2o. El mismo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 336 al tratar de la ejecución contra entidades de derecho público establece: 'La Nación no puede ser ejecutada. . .'.

"3o. Cuando proceda un cobro con legítimo título contra la Nación sólo es pertinente la utilización de los mecanismos procedimentales consagrados en los artículo 120 y siguientes del Código Contencioso Administrativo que es el estatuto especialmente creado para atender 'los negocios originados en las decisiones que tome la Administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades. . .' como lo ordena el artículo 30 del Decreto-Ley 526 de 1964. Es el estatuto atañedero a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo que sólo puede ser ejercida por el Honorable Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos Seccionales, con lo cual estaría poniéndose de manifiesto una excepción de jurisdicción.

"G. Inejecutabilidad de la Nación.

"La ubicación jurídica del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil 'DAAC' y del establecimiento público llamado Fondo Aeronáutico Nacional 'FAN' y su calidad de entes nacionales o Nación misma, impiden a una junta de valorización departamental o municipal adelantar embargo o ejecución alguna contra aquellos por *expresa* prohibición legal. El Decreto-Ley 1050 de 1968 artículos 1o. y 5o.; la Ley 151 de 1959 en su artículo 1o.; el Código de Procedimiento Civil artículo 336, y especialmente, la existencia de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo dentro de la cual se descarta la posibilidad de adelantar una acción como la seguida ilegalmente por el juzgado de Ejecuciones Fiscales de Cali hacen imposible *ejecutar a la Nación.* El Código Contencioso Administrativo, o Ley 167 de 1941, estatuto de orden público de forzoso cumplimiento, como es, establece en su artículo 113, que en los procedimientos ante lo contencioso administrativo hay nulidad por *incompetencia de jurisdicción,* lo cual es ratificado por el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, Nos. 1o. y 2o.; esa nulidad al tenor del artículo 154 del mismo Código de Procedimiento Civil cuya aplicación es forzosa en los vacíos o ambigüedades del primero, repito, esa nulidad, podrá alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia o durante la actuación posterior a ésta, y la solicitud se tramitará como incidente. *También procede la declaración oficiosa* en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia".

El apoderado del establecimiento público de valorización departamental interpuso recurso de apelación pero no fue sustentado por lo que tramitado el negocio en esta instancia se procede a resolverlo, con fundamento en las consideraciones hechas por el Tribunal en su sentencia del 24 de abril de 1982 que la Sala comparte.

Dijo así el Tribunal:

"En efecto, el 7 de marzo de 1978 los señores gerente y tesorero de Valorización Departamental certifican la existencia de una deuda por la suma de $ 1.041.283.32 más los intereses de mora, a cargo del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (Aeropuerto Internacional de Palmaseca) por concepto de la contribución de valorización, liquidada mediante Resolución No. 144 del 18 de junio de 1976 por la obra 'Pavimentación Carretera Puerto-Isaacs-Palmaseca'. Con base en dicha certificación, se inicia el proceso por jurisdicción coactiva y se libra mandamiento de pago, ordenándose en la misma fecha el embargo preventivo de las cuentas bancarias.

"El 21 de abril de 1978, se ordena la notificación de la providencia que libró el mandamiento de pago, la cual se surte el 7 de mayo siguiente. (Folio 101). En esa misma fecha, el señor apoderado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, doctor Jesús Antonio Bernal Pinzón, presenta un escrito proponiendo las siguientes excepciones: 'Excepción de nulidad procesal' o 'Improcedencia de la obligación por carencia de causa'.

"Como a esta petición se le dio un trámite impropio, habiendo llegado a esta corporación para conocer del recurso de apelación instaurado, se dispuso que se anulara lo actuado, pues la entidad competente para conocer de las excepciones es el Tribunal Administrativo de conformidad con el artículo 567 del Código de Procedimiento Civil. Cumplido lo dispuesto por la corporación y enderezado el proceso mediante el trámite legal se conoce en el fondo.

"Se dice al respecto que el embargo preventivo de las cuentas bancarias se hizo efectivo a las correspondientes al Fondo Aeronáutico Nacional, entidad bien distinta al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, que según el auto del 7 de marzo

de 1978 es la persona jurídica contra la cual se dictó el mandamiento de pago. Igualmente manifiesta que a pesar de haberse ordenado en dicha providencia la notificación personal, ésta no se realizó; se apoya en el numeral 8o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil concordante con el artículo 313 ibidem.

"Alega la 'improcedencia de la obligación por carencia de causa' y al respecto hace un análisis sobre la naturaleza jurídica del transporte aéreo, de las entidades que integran el sector aeronáutico nacional y de los bienes adscritos a la prestación del servicio del transporte aéreo.

"El doctor León Rivera Satizábal obrando como apoderado de Valorización Departamental, manifiesta:

"'. . ., atentamente descorro el traslado de las excepciones propuestas por el apoderado del demandado en la siguiente norma:

"'A) *Excepción de nulidad procesal.* La fundamenta el actor en los siguientes hechos; a) Que por auto de marzo 7 de 1978 de la Tesorería del establecimiento público de Valorización Departamental se decretó el embargo de las cuentas bancarias del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por la suma de $ 1.041.283.32 y que fueron retirados $ 705.101.88. 'suma diferente' a la inicialmente embargada; b) que la cantidad retenida fue tomada de la cuenta perteneciente al Fondo Aeronáutico Nacional, 'persona diferente' al Departamento de Aeronáutica Civil; c) Que el mandamiento de pago no se NOTIFICO al representante legal, ni a su apoderado.

"'Improcedencia de la excepción. Al tenor del artículo 4o. del Decreto 3140 de 1968, acompañado por el excepcionante, y del Decreto-Ley 601 de 1974, las funciones del Director del establecimiento demandado son igualmente las de REPRESENTANTE LEGAL DEL FONDO AERONAUTICO, lo que indica en armonía con las demás disposiciones de ese decreto que las dos dependencias integran una misma entidad administrativa descentralizada puesto que su representante legal es una misma persona.

"'No está demostrado que el FONDO AERONAUTICO sea un tercero y por ello no puede alegar ninguna de las causales establecidas en el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil para impetrar el desembargo.

" 'Mucho menos puede discutir el apoderado la falta de NOTIFICACION del mandamiento de pago pues de autos aparece el poder que para tal efecto le confirió el gerente del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y la diligencia de notificación de fecha 2 de mayo de 1978.

"'B) *Excepción de improcedencia por carencia de causa.* Los fundamento con cita de varios decretos que crearon el establecimiento público 'Empresa Colombiana de Aeródromos' y el Departamento de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutico Nacional adscrito a éste (Decreto-Ley 601 de 1974), para declarar que el patrimonio de ellos son 'bienes de USO PUBLICO' y por lo tanto inembargables.

" 'IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCION. Es cierto que los bienes de USO PUBLICO son inembargables; pero las CUENTAS BANCARIAS de los ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS no gozan de este beneficio. No existe disposición que ampare la afirmación del demandado, el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil no incluye como inembargables las cuentas bancarias.

" 'C) *Excepción. El Departamento de Aeronáutica Civil no puede ser gravado con valorización.* Argumenta el actor que su mandante no puede ser gravado con VALORIZACION DEPARTAMENTAL al tenor del artículo 12 de la ordenanza 105 de 1969.

"IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCION. Ha debido proponerse en la VIA GUBERNATIVA y ella no puede alegarse en este proceso según expresa prohibición del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil inciso 2o. que dice: 'En este proceso no se podrán debatir cuestiones que debieron ser objeto de recurso por la vía gubernativa'.

La causa de la contribución de valorización se da por la construcción de una obra de interés público que produce un beneficio particular a predios individualmente considerados, lo que da origen a la distribución independiente entre los propietarios de los bienes beneficiados, de los costos de la obra construida. En este orden se tiene, que siendo la aeronáutica propietaria del inmueble beneficiado por la ejecución de los trabajos públicos, concretamente la pavimentación de la carretera Puerto Isaacs-Palmaseca, en principio se podría concluir en el deber, por parte de esa entidad, de cancelar las sumas correspondientes por concepto de valorización como sujeto pasivo del gravamen. Sin embargo, dada la calidad del sujeto pasivo, se deben hacer los siguientes razonamientos:

"Los aeródromos comerciales de propiedad nacional constituyen el patrimonio del establecimiento público creado mediante el Decreto 3269 de 1954, denominado 'EMPRESA COLOMBIANA DE AERODROMOS', establecimiento que según el Decreto 1721 de 1960 mediante el cual se creó el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL, continuó funcionando como tal, con patrimonio propio y autonomía administrativa; creado el FONDO AERONAUTICO NACIONAL por medio del Decreto 3140 de 1968, los aeródromos comerciales de propiedad de la Nación pasaron a formar parte de su patrimonio, así dicen sus artículos 43, 44 y 45 respectivamente:

"Artículo 43. Créase el Fondo Aeronáutico Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de atender los gastos que demanda la adquisición, construcción, administración y mantenimiento de las obras de infraestructura aeronáutica, y en general los servicios que en materia de operación de los aeropuertos y de las ayudas a la navegación debe prestar el Estado.

"Artículo 44. Al Fondo Aeronáutico Nacional se aplicará conforme a su naturaleza, el régimen jurídico de los establecimientos públicos'.

"Artículo 46. El patrimonio del Fondo estará integrado por los aeródromos comerciales de propiedad nacional, los servicios complementarios de los mismos y los demás bienes que en la actualidad sean de propiedad de la Empresa Colombiana de Aeródromos y de la Escuela de Aviación Civil Colombiana.

"La Ley 3a. de 1977, dijo en su artículo 1o.:

"El sector Aeronáutico Civil de la Nación estará integrado por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y por el Fondo Aeronáutico Nacional.

"Y en su artículo 3o. dispuso:

" 'Los inmuebles que en la actualidad son de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional serán concedidos a título gratuito a la Nación. . .".

"Es decir, que es la Nación la propietaria de los bienes objeto de la contribución de valorización imponiéndose como el sujeto pasivo de la obligación tributaria, calidad que le otorga privilegios que le son propios siendo uno de ellos el que no pueda ser objeto de ejecución forzosa por obligaciones a su cargo, tal como expresamente lo señala el Código de Procedimiento Civil en su artículo 336 que dice:

"Ejecución contra entidades de derecho público. La Nación no puede ser ejecutada. Cuando las condenas relacionadas con el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni se cuente el término establecido en dicho artículo. . .'.

"Así mismo el artículo 43 del Decreto 3130 de 1966 prevé que los establecimientos públicos nacionales disfrutan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación, por lo que tampoco pueden ser ejecutados.

"La Corte Suprema de Justicia en sentencia que transcribe el doctor Hernando Morales M. en su obra 'Curso de Derecho Procesal Civil - Parte especial, 3a. edición, páginas 207 y siguientes, dice:

" '. . .Paralelamente a la imprescriptibilidad y a la inalienabilidad de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades públicas, se desarrollan los principios y las normas positivas del beneficio de inembargabilidad. Consecuencia de lo anterior, es que la vía de la ejecución forzada, medio idóneo para hacer cumplir a los particulares el contenido de las obligaciones que contraen en sus relaciones recíprocas, no puede ser el instrumento apropiado para que la administración cumpla oportunamente por su parte, las que contrae en el ejercicio de sus actividades jurídicas. Es unánime la doctrina que excluye de la ejecución forzada al Estado y a las demás personas de derecho público; y en muchas legislaciones positivas —en la de Francia por ejemplo está expresamente reconocido este beneficio. En Colombia, existe sobre el particular— como es sabido, una doctrina mixta que establece que el Estado no puede ser ejecutado y que al mismo tiempo permite implícitamente el procedimiento ejecutivo contra los departamentos y los municipios, pero que de modo expreso prohibe el embargo de cierta clase de bienes de propiedad de estas entidades (casas consistoriales, edificios destinados a la instrucción pública, cárceles y demás oficinas y las dos terceras partes de las rentas respectivas). . .'

"De acuerdo con los razonamientos anteriores, se concluye claramente que la Tesorería Departamental del Valle carecía de jurisdicción para adelantar el proceso ejecutivo contra la Nación".

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:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 22 de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO IX

RECURSO DE SUPLICA

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION.

1o. La responsabilidad no es absoluta o incondicional sino que es relativa y condicionada a determinadas circunstancias entre las cuales una de las más importantes ES LA SOLICITUD PARA QUE EL ESTADO ACTUE EN DETERMINADO SENTIDO PARA LA PROTECCION DEL CIUDADANO.

2o. Requisitos necesarios para derivar responsabilidad del Estado por falla del servicio por omisión.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., junio doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Sesión del día doce (12) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).
Referencia: Expediente No. 11.014.
Actor: **Ligia Calderón de Córdoba.** Recurso de súplica contra sentencia de 17 de febrero de 1983 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Por haber sido negado el proyecto de sentencia presentado por el Doctor Enrique Low Murtra se procede a elaborar nueva ponencia que recoge el criterio mayoritario de la Sala sobre el tema sometido a estudio.

El apoderado de la demandante en el negocio de la referencia interpuso recurso extraordinario de súplica contra la sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda instaurada con el objeto de que se condenara a la Nación a pagar a la viuda y a las hijas del Doctor Efraín Córdoba Castilla los daños y perjuicios materiales y morales derivados de la muerte violenta sufrida por dicho ciudadano, quien en ese entonces era Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, todo ello previo reconocimiento de la responsabilidad de la Nación por falla del servicio por los hechos acaecidos el 15 de septiembre de 1978.

El recurrente en su memorial sostiene que la sentencia suplicada introduce novedades jurisprudenciales sin la debida competencia, por contrariar doctrinas procedentes de sentencias dictadas por el Consejo de Estado y al efecto menciona las siguientes:

"Del 29 de julio de 1947, El Siglo S.A., contra Actos Nacionales, Anales LVI (357-61) 448 y siguientes, Magistrado Pte. Doctor Gustavo A. Valbuena; del 30 de septiembre de 1960, Esther Wol de Posada contra la Nación, Anales, LXIII (392-6) 728 y siguientes, Magistrado Pte. Doctor Francisco Eladio Gómez; del 2 de noviembre de 1960, Irsa Elisha Washborn, contra la Nación, LXII (387-91) 54 y siguientes, y del 1o. de julio de 1980, Expediente número 10.134, Sala Plena (1.658 de la Sección Tercera), Estrada D. Jaramillo Ltda., Urbanización La Frontera, contra el Municipio de Medellín".

También considera que se han desconocido jurisprudencias anteriores contenidas en las siguientes sentencias del Consejo de Estado:

"Del 7 de marzo de 1963, Cecilia Insignares de Carbonell, contra el municipio de Barranquilla, expediente No. 1.516, Magistrado Pte., Doctor Gabriel Rojas Arbeláez;

del 24 de junio de 1965, Elisa Umaña Saravia y otros, contra el municipio de Bogotá, Magistrado Pte. Doctor Alejandro Domínguez Molina; del 1o. de julio de 1980, expediente No. 10.134 (1.658, Sección Tercera), Estrada D. y Jaramillo Ltda., Urbanización La Frontera, contra el municipio de Medellín, Magistrado Pte. Doctor Jorge Dangond Flórez, y del 31 de agosto de 1982, Luis Horacio Acosta Díaz y otra, contra Empresas Públicas de Medellín, expediente No. 10.625, Magistrado Pte. Doctor Enrique Low Murtra".

Para el primer grupo de jurisprudencias contrariadas el actor considera:

"La responsabilidad del Estado por daños causados con sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, tiene su fundamento en los principios tutelares de la Constitución Nacional, en el Código Contencioso Administrativo, y, en fin, en el Derecho Público, pero de ninguna manera en el Privado y en el Código Civil.

"Así, en la sentencia del dos de noviembre de 1960, Irsa Elischa Washborn, contra la Nación, de que fue ponente el magistrado Doctor Carlos Gustavo Arrieta, dijo el Consejo de Estado:

"'La Constitución Nacional a partir de la enmienda de 1936, y el Código Contencioso Administrativo desde 1941, estructuran las nociones de responsabilidad patrimonial de las entidades de derecho público sobre bases más científicas y más acordes con la técnica jurídica. Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, esos estatutos crearon el contencioso de plena jurisdicción como el contenido típico de la responsabilidad del Estado, y en los artículos 67 y 68 de 1941 establecieron un sistema de derecho público autónomo que contempla todas las hipótesis y da solución adecuada a todas las controversias que pudieran presentarse. En esas reglas legales se estudia la responsabilidad patrimonial del Estado a través de todos los sistemas de actuación de las entidades de derecho público. El acto administrativo, la operación administrativa, el acto material y el hecho administrativo, para presentar una concepción objetiva de la responsabilidad fundada en la violación de la ley, en la falta de servicio y en el daño.

"'Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de derecho público, porque parte del principio básico de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar orientada siempre por fines altruistas de servicio y de satisfacción de necesidades colectivas y no por el propósito egoista de atender intereses particulares, el sistema jurídico que regula la responsabilidad estatal ha de tener en cuenta ese trascendental elemento que es totalmente extraño al derecho civil. En las actividades del Estado como supremo gestor de los servicios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho. El Estado actúa generalmente como persona de derecho público, expide mandamientos unilaterales en función de poder público, expide mandamientos unilaterales en función de poder público, (sic), crea situaciones jurídicas de derecho público, utiliza procedimientos de derecho público y está sometido a una jurisdicción especial de derecho público.

"'Por otra parte, los estatutos constitucionales y legales analizados, como disposiciones posteriores a las contenidas en el Código Civil y como normas especiales que reglamentan íntegramente una materia, hacen inaplicables al Estado las reglas del antiguo sistema sobre responsabilidad patrimonial. Si las enmiendas constitucionales de 1936 y de 1945 y la Ley 167 de 1941 consagraron un sistema jurídico especial para la responsabilidad de las entidades de derecho público que da soluciones adecuadas a todas las hipótesis que se pudieran forjar sobre la materia, y si tales estatutos son posteriores al régimen establecido en el derecho privado, para deducir la responsabilidad entre particulares, no parece lógico que aún se siguiera aplicando el sistema desueto'.

.....

" 'Resulta palmario que la novedad jurisprudencial del fallo de mayoría recurrido que apuntala la negativa de las súplicas de la demanda inicial del proceso en la distinción *jusprivatista* de obligaciones de medio y de resultado, contradice los precedentes jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo que tras abandonar ese sistema desueto afirman un tratamiento avenido con las normas propias del derecho público a los asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado'.".

Para el segundo grupo de doctrinas el recurrente afirma:

"i. El tema de la responsabilidad por acción u omisión está agotado entre nosotros y el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo comprende tanto a los hechos positivos como a los negativos o abstenciones; (sentencias del 24 de junio de 1965 y 7 de marzo de 1963;

"ii. La abstención o no hecho de la administración se convierte en un hecho para el administrado del cual pueden derivarse daños y perjuicios; (sentencias citadas antes);

"iii. En la concepción del 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 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. —sentencia del 1o. de julio de 1980, citada), y,

"iv. Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en ... omisiones, se hace responsable de los daños causados al administrado. (sentencia del 31 de agosto de 1982, citada).

.....

"Hieren al ojo las contradicciones entre uno y otra.

"Hay contradicción pues mientras los precedentes condicionan la omisión a la querella *cuando la ley la exige*, la nueva jurisprudencia la hace necesaria en todos los casos, y,

"Hay contradicción porque mientras los precedentes consagran la responsabilidad del Estado por falla del servicio debida a 'omisión' de sus deberes funcionales, la nueva jurisprudencia consagra en su conclusión la tesis generalizada de la absoluta imposibilidad de responsabilizarlo ya que exige:

"i. Demostración de petición de protección;

"ii. Demostración de que la protección pedida se prestó, o, ante su imposibilidad, presunción de que se prestó;

"iii. Imposibilidad infinita y rotunda de demostrar que la protección pedida no se prestó, o que si se prestó lo fue en forma insuficiente, tardía, inidónea, no correspondiente. Es decir, imposibilidad de probar siquiera que el Estado puede omitir su obligación.

"O sea que, a la postre, no sólo le atañe al ciudadano la carga de la prueba, sino que aunque el ciudadano pueda demostrar o probar que sí acudió al Estado en petición de protección, de nada le sirve demostrarlo porque enseguida se le dice que el *Estado no está obligado a la eficacia sino al 'medio'. En últimas la prueba exigida al ciudadano sirve de prueba de la irresponsabilidad del Estado y la falta de prueba, también.*

"Y no sobra repicar sobre algo que ya escribí, que la nueva jurisprudencia restringe el DEBER CONSTITUCIONAL DE PROTEGER LA VIDA DE LOS RESIDENTES EN COLOMBIA A LOS QUE LA PIDAN Y NO SE LES PRESTE NINGUNA QUE LAS AUTORIDADES CALIFIQUEN A SU ARBITRIO DE SUFICIENTE, requisito de procedibilidad ajeno a la Carta que manda darla de manera eficaz a TODOS, la soliciten o no y al artículo 32 del Código Nacional de Policía que obliga a los funcionarios de policía 'a dar sin dilación el apoyo de su fuerza POR PROPIA INICIATIVA. . . a toda persona que esté urgida de esa asistencia para proteger su vida, o sus bienes, o la inviolabilidad de su domicilio, o su libertad personal, o su tranquilidad. . .'".

Finalmente hace una crítica de los formalismos inocuos a que dice referirse la sentencia suplicada como contradicción al criterio fijado en la sentencia del Consejo de Estado del 31 de agosto de 1982, así:

"C) Y mientras que en la sentencia del Consejo de Estado del 31 de agosto de 1982 se condenan los formalismos inocuos, e inocuo es todo formalismo inventado, en el fallo mayoritario de la Sección Tercera se niega la indemnización que reclaman la viuda e hijos del doctor Efraín Córdoba Castilla, Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Cesar por faltar el formalismo inconstitucional e ilegal de la querella, porque no pidió, repito, por medio de escrito presentado personalmente ante las autoridades, ante el gobernador y los comandantes de policía y del Ejército, que no podían ignorar que se encontraba en peligrosas dificultades, que cumplieran con el deber constitucional de cuidarlo, sacrificando no sólo el derecho a la forma, sino enterrando toda una tradición jurisprudencial de avanzada en la jurisprudencia del Consejo de Estado por falla del servicio o de la administración debida a 'omisión' de su eficaz y oportuna prestación:

. . . . . .

"7o. *Trascendencia del cambio jurisprudencial.*

"Las novedades jurisprudenciales del fallo de la mayoría de los magistrados de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que he recurrido en súplica extraordinaria, no sólo contradicen y cambian los precedentes del Consejo de Estado sino que determinaron la 'denegación de todas las súplicas del libelo inicial' del proceso. Por esta razón el cambio de jurisprudencia, además de evidente, es también trascendente a los fines del recurso interpuesto y que reitero, buscan la infirmación total del fallo de la Sección y que la Sala de lo Contencioso lo reemplace con sentencia que acoja las pretensiones del libelo incoactivo, conclusión a la que, con toda seguridad, hubiera llegado la mayoría de los magistrados de la sección de haber respetado los lineamientos trazados con anterioridad por el pleno de la Sala Contenciosa, o, como se estila en el lenguaje popular, 'las reglas del juego' ".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Para el primer grupo de sentencias mencionadas por el recurrente, analiza éste solamente la de 2 de noviembre de 1960 en la que fue ponente el Doctor Carlos Gustavo Arrieta pero que reitera el criterio sostenido en las otras sentencias mencionadas, todas las cuales sostienen que la responsabilidad del Estado tiene fundamentos en el

derecho público para diferenciarla de los que gobiernan el derecho privado pero, sin desconocer los principios generales de derecho sobre la relación de causalidad entre el hecho y el daño; la realidad del mismo y la responsabilidad del agente que originó el hecho, para considerar que en la sentencia en cuestión se acoge solamente una noción propia del derecho privado que contraría las tesis sostenidas por la jurisprudencia.

Revisada la sentencia recurrida se encuentra que ella en su parte motiva transcribe parte de una sentencia reciente dictada por el propio Consejo en la cual reconoce que la responsabilidad patrimonial del Estado está regida por normas de derecho público y que la omisión o falla del servicio deriva también responsabilidades al Estado pero en condiciones especiales.

Al efecto dice en la parte pertienente lo siguiente:

"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".

Más adelante sostiene:

"2o. 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 la 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 le brinda y la historia universal está llena de 'regicidios' o 'magnicidios'.

Como se vé no se encuentra contradicción entre las tesis sostenidas tanto por la jurisprudencia anterior como por la sentencia recurrida, pues en ninguna parte de ésta se afirma que las normas que gobiernan el sistema jurídico de responsabilidad no sean de derecho público para ubicarlas en el derecho privado sino que por el contrario cita una reciente sentencia que reafirma esa posición; tan sólo el recurrente estima que la obligación de medio es una noción de derecho privado y que la noción de derecho público se refiere a una obligación de resultado.

Ni en la sentencia recurrida se ha establecido esta diferencia ni en la jurisprudencia que se dice desconocida se afirma que la responsabilidad del Estado sea siempre una responsabilidad de resultado, por cuanto como muy bien lo dice la sentencia una cosa es la falla del servicio cuando se ha debido actuar por petición del perjudicado y otra cosa son los hechos que producen tragedias como la del negocio en estudio a pesar de que el Estado en la medida de sus posibilidades pretenda evitarlas.

Lamentables hechos recientes reafirman esta posición doctrinal que no contraría ninguna anterior.

No tiene por lo tanto razón el recurrente cuando afirma que la sentencia sostiene que la responsabilidad del Estado corresponde a una noción de derecho privado, pues en ninguna parte lo ha dicho y por el contrario reafirma la tesis que son las normas de derecho público las que gobiernan el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

No se ve por tanto la contradición que pretende el recurrente.

Para el segundo grupo, se observa que las sentencias del 24 de junio de 1965 y 7 de marzo de 1963 se refieren a silencios de la administración para otorgar licencias de construcción solicitadas por los interesados y por lo tanto por la omisión en que se incurrió, que significa una falla del servicio, se condenó a la Nación a indemnizar por los daños causados ya que la relación causal entre esa omisión y el daño era evidente y fue suficientemente demostrada.

La sentencia de julio 16 de 1980 que dice que fue contrariada por la providencia recurrida no solamente no lo ha sido sino que la parte pertinente de la misma sentncia fue transcrita en la parte motiva del fallo recurrido y precisamente determina cómo la responsabilidad no es absoluta o incondicional sino que es relativa y condicionada a determinadas circunstancias entre las cuales una de las más importantes es la solicitud para que el Estado actúe en determinado sentido para la protección del ciudadano.

Por último la sentencia del 31 de agosto de 1982 preconiza lo mismo que la sentencia recurrida, o sea, el principio de la responsabilidad del Estado por falla del servicio, y transcribe al efecto, una sentencia dictada el 28 de octubre de 1976 cuyo ponente fue el mismo de la recurrida; en la que puntualiza la falta o falla del servicio como causa de la responsabilidad del Estado pero sujeta a cuatro requisitos necesarios para que ella prospere.

Dijo así dicha sentencia, que como dijimos, fue transcrita en su parte pertinente en la sentencia del 31 de agosto de 1982 que se dice contrariada.

"Responsabilidad por 'falta o falla del servicio'.

"Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada 'falta o falla del servicio', o mejor falta o falla de la administración, trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

"a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;

"b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

"c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.

"d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización. . .

"La Sala reitera lo dicho entonces.

"Es claro que el caso de autos encaja en forma exacta dentro de los supuestos jurídicos y fácticos en que se basa la mencionada doctrina".

Es evidente por lo tanto que no solamente no hay contradicción doctrinal entre las sentencias mencionadas por el recurrente y la recurrida sino por el contrario hay una posición consecuente con la doctrina reiterada sobre la necesidad de cumplir algunos requisitos para derivar responsabilidad del Estado por falta del servicio por omisión.

Finalmente el recurrente vuelve a mencionar la sentencia de 31 de agosto de 1982 como contrariada para llegar a afirmar con nociones que no concuerdan con la tesis sostenida, cuando al decir del recurrente afirma que en la sentencia de agosto 31 de 1982 se sostiene que 'mueran los formalismos inocuos que sacrifican el derecho' para afirmar que la nueva tesis contenida en la sentencia afirma: 'sin la forma, la responsabilidad del Estado no existe. Muera el derecho y viva la forma".

Ni en la sentencia que se dice contrariada se afirma una cosa semejante o parecida ni de la providencia recurrida puede desprenderse una afirmación como la que hace el recurrente.

Esas conclusiones que son del personal bagaje del apoderado de los interesados altera en forma inadecuada las tesis que quiere presentar en oposición y que no corresponden a los textos de las providencias aludidas.

Esa presentación de doble columna con criterio personal del recurrente y no con la transcripción de las doctrinas, pueden producir efectos en quien descuidadamente estudie el tema pero no puede modificar el criterio serio de un análisis jurídico que debe hacerse a las sentencias que se dicen contrariadas en relación con la mencionada como contraria a esas tesis.

De lo anterior resulta claro que no hay contradicción jurisprudencial entre la sentencia recurrida y las providencias mencionadas por el recurrente y como en este recurso no se puede estudiar la materia probatoria ni el criterio que se tuvo para analizar los hechos a la luz de lo aportado en el expediente, la Sala Plena debe limitarse a hacer la confrontación doctrinal que como se ha dicho no ofrece contradicción alguna que permita infirmar la sentencia recurrida.

En consecuencia 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:

No prospera el recurso de súplica.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Mario Enrique Pérez V., **Aydée Anzola Linares**, ausente, **Bernardo Ortiz Amaya**, **Reynaldo Arciniegas Baedecker**, **Samuel Buitrago Hurtado**, **Carlos Betancur Jaramillo**, salva voto, **José Alejandro Bonivento F.**, **Enrique Low Murtra**, salva voto, **Carmelo Martínez Conn**, ausente. Consejeros, **Alvaro Orejuela Gómez**, ausente, **Simón Rodríguez**, **Eduardo Suescún Monroy**, **Jorge Valencia Arango**, ausente, **Joaquín Vanín Tello**.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION.—(Salvamento de voto).

1o. No se requiere querella formal si la Administración tiene claro conocimiento de que se atropella a un juez o a un magistrado, no es facultativo suyo, el proporcionarle protección. Debe protegerlo *motu proprio*, como parte esencial de su propia función, como un elemento intrínseco o proporcionar justicia que es atributo suyo exclusivo y excluyente, que constituye parte fundamental de su existencia, que no puede dejar de proporcionar, pues ello nace de la esencia misma del Estado y está consagrada en nuestra Constitución. (Artículo 55 aquí la falla del servicio ocurre cuando se actúa con conocimiento de causa, incluso sin querella.

2o. Violación de la Jurisprudencia, por aplicación indebida.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DOCTORES CARLOS BETANCUR JARAMILLO Y ENRIQUE LOW MURTRA.

Bogotá, junio catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Radicación 11.014. Recurso extraordinario de súplica.
Demandante: **Ligia Calderón de Córdoba.**

Con todo respeto nos apartamos de la tesis mayoritaria con base en los siguientes argumentos:

Por interposición del recurso de súplica extraordinaria consagrado por la Ley 11 de 1975 vino a Sala Plena el estudio de la sentencia del 17 de febrero de 1983 dictada por la Sección Tercera en desarrollo de la acción indemnizatoria incoada por la señora Ligia Calderón de Córdoba. Al ser denegada la ponencia presentada originalmente por uno de los Consejeros que suscribe este salvamento, queremos dejar constancia de los motivos que se tuvieron en esa oportunidad para proyectar en sentido contrario al que suscribe la mayoría.

Antecedentes:

Brevemente resumidos los hechos que dieron ocasión a esta contienda son los siguientes:

a) 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 Efraín Córdoba Castilla.

b) Años antes, el 22 de marzo de 1976, el doctor Córdoba Castilla fue víctima de otro atentado. Una bomba destruyó el salón de estudio que tenía en su residencia. En esa oportunidad el doctor Córdoba y su esposa pidieron protección policiva y no se la dieron.

c) El actor cita otros hechos relacionados con el asunto: el asesinato de la doctora Perla Betty Vélez de Prada que motivó un pronunciamiento de la Asociación Nacional de Empleados Judiciales que solicitó al Gobierno la protección necesaria; una reunión de periodistas en el despacho del Gobernador del Departamento del Cesar en la cual este alto funcionario habló de un plan terrorista; el asesinato del celador del edificio donde funciona el Tribunal Superior de Valledupar acaecido mes y medio antes del asesinato del doctor Córdoba Castilla; finalmente, el asesinato del gerente de la Caja de Crédito Agrario del Municipio de San Diego, y poco después el asesinato de Heriberto Ramírez quien estuvo vinculado como sindicado al proceso por homicidio del General Ramón Arturo Rincón Quiñones.

d) Consideró la viuda del doctor Córdoba Castilla que en este caso se daban los presupuestos esenciales para instaurar una acción de responsabilidad extracontractual del Estado: daño, falla del servicio y vínculo de causalidad entre la falla del servicio y el daño. Por ello instauró demanda ante el Consejo arguyendo falla del servicio por omisión. He aquí algunos de los apartes más importantes de la demanda:

"IV. Razones de la violación

"Es deber primordial de las autoridades de la República proteger la vida y la integridad personal de los jueces y magistrados de la República cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias como la creciente ola de atentados de que se les ha venido haciendo víctimas de vieja data, la conjura actual o inminente para eliminarlos, o las amenazas para desviar del camino recto el ejercicio de sus funciones, convertido hoy por hoy en el oficio más peligroso del país.

"Y,

"Si el Gobernador del Cesar sabía de la existencia de un complot para dar muerte a jueces, magistrados y a otros altos funcionarios públicos, como los hechos mismos los demuestran;

"Si lo sabían las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional porque la noticia fue ampliamente difundida por la prensa hablada y escrita de Valledupar y del país;

"Si con anterioridad al sacrificio del Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el propio doctor Efraín Córdoba Castilla, que ya había sido víctima de un atentado con bomba colocada en el estudio de su casa de habitación, la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y jueces del país, frente al asesinato con armas oficiales del juez del Circuito de Granada, Meta, doctor Juan Fortunato Sarmiento, de la Juez Civil del Circuito de Puente Nacional, durante una diligencia judicial, doctora Evelia Pérez Euscátegui, del Juez de Rondón, Casanare, y de la Magistrada Presidenta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctora Perla Betty Vélez de Prada, reclamaron del Gobierno pronta y eficaz protección;

"Si dos días antes del asesinato del doctor Efraín Córdoba Castilla, la Juez tercera Superior de Valledupar pidió vigilancia para los funcionarios judiciales de dicha ciudad, a la Policía;

"Si el propio Presidente del Tribunal, alarmado por la denunciada existencia de la conjura para eliminar magistrados y jueces llamó al Comando de la Institución armada y del Batallón Militar de Popa, pidiendo ayuda'.

"Y NO SE LA PRESTARON.

"Resulta indiscutible que las autoridades de la República, establecidas para proteger a las personas residentes en el país en su vida, en su honra y sus bienes.

"FALTARON A SUS DEBERES, y violaron los artículos 16 de la Constitución Nacional que consagra la anota (sic) protección, y los artículos 1o., 2o., 5o., 32, *especialmente*, y 39 del Código Nacional de Policía, y el artículo 68 del Reglamento de Guarnición de las Fuerzas Militares que la desarrollan.

"Conocido el complot que denunció a los periodistas, el Gobernador del César debió de haber coordinado con la Policía Nacional y con la Policía Militar, si la primera era insuficiente para conjurar la grave situación (artículo 39 del Código Nacional de Policía), la vigilancia y protección de los magistrados y jueces, de las instalaciones del Tribunal Superior y demás despachos judiciales, de sus residencias y proporcionarles una escolta armada. Pero aunque el Gobernador no hubiera cumplido, como no cumplió, con su obligación, la Policía Nacional y la Militar, ante la alarmante denuncia oficial, ante la gravedad de las informaciones periodísticas, tenía la obligación de prestar, de propia iniciativa, el apoyo de su fuerza a aquienes, como el señor Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, se encontraban en *inminente peligro* y urgidos de asistencia para conservar su vida. (artículos 32, 1o., 2o. y 5o. del Código Nacional de Policía y 60 del Reglamento FF.MM. 3-9).

"Y como ni el Gobernador, ni la Policía, ni el Ejército, hicieron nada para proteger a los jueces y magistrados en peligro y por ello fue asesinado a la entrada de su casa de habitación el doctor Efraín Córdoba Castilla, la falta de Administración es no sólo evidente, sino trascendente a los fines indemnizatorios que busca este libelo.

"En cuanto a la relación o nexo de causalidad entre la falta o falla del servicio, mejor de Administración, de Gobierno, vale anotar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha sostenido, siguiendo en el punto a la Corte Suprema de Justicia, que 'para deducir responsabilidad, basta la causalidad ocasional sin que sea necesaria una relación directa en el sentido de proximidad en el espacio y en

el tiempo' (casación civil del 31 de octubre de 1947, G.J. No. 2.055, página 393), y 'que en materia de responsabilidad, la relación de causa a efecto entre la culpa y el daño no es la misma que rige los fenómenos físicos. La causalidad jurídica consiste propiamente en motivaciones. No importa, por tanto que la causa el daño sea mediata o inmediata. Basta que ella concurra con igual fuerza a producir la responsabilidad de quien. . . motivó la realización del perjuicio'. (Casación civil del 5 de agosto de 1935, G.J. t. 45, página 421). (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia en proceso ordinario de Elisa Umaña de Saravia y otros, contra el municipio de Bogotá, 24 de junio de 1965, Magistrado Ponente, doctor Alejandro Domínguez Molina).

"Y la falta de administración sube de punto si, además de lo anotado, se tiene en cuenta que, como lo viene pregonando el Gobierno, para proteger la vida de los colombianos se decretó el Estado de Sitio la última vez ya hace mucho tiempo, se expidió el llamado Estatuto de Seguridad y se aprobó a los trancazos y con almuerzazos la Reforma Constitucional de la Justicia 'más operativa y más operante de los últimos cien años'.

"Pero, por lo visto, lo que los jueces y magistrados necesitan para subsistir es que les paguen oportunamente sus sueldos y algo mucho más modesto que la más operativa y más importante Reforma Constitucional de la Justicia de los últimos cien años; un humilde policía que los proteja y que no vale ciertamente el diez por ciento del monto del Presupuesto Nacional".

Fallo del Consejo:

El Consejo, surtido el trámite del proceso, decidió denegar las súplicas de la demanda con base en raciocinio que puede sintetizarse así:

La falla del servicio tiene dos modalidades: falla por acción y falla por omisión. Cuando la falla tiene su fuente en la omisión, es decir, que la administración se abstuvo de actuar, de intervenir cuando estaba obligado a ello, debe aplicarse un criterio especial, el que en forma expresa sentó el Consejo en el negocio Urbanización La Frontera.

"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 funcionrio 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".

Y añade la sentencia suplicada:

"2o. 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 las 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 le brinda y la historia universal está llena de 'regicidios' o 'magnicidios".

"3o. 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".

Consideró la sentencia suplicada que en este caso no había prueba de que el doctor Córdoba Castilla hubiese solicitado protección especial a la policía y después de analizar todo el acervo probatorio allegado al proceso colige la sentencia:

"B. 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".

De esta decisión salvó voto uno de los Consejeros que suscribe este salvamento quien consideró que existían razones poderosas para acceder a las pretensiones de la demanda puesto que en su sentir el alcance del artículo 16 de la Constitución no debe interpretarse en el sentido de que la protección estatal debe prestarse "siempre y cuando la persona la pida expresamente, ya que si no lo hace, el Estado está exonerado de prestarla". Y se dijo entonces:

"No insinuamos con esto que cada persona debe tener un policía a su lado, 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".

El recurso:

El apoderado de la actora interpuso el recurso extraordinario de súplica, consagrado por la Ley 11 de 1975, alegando que la sentencia recurrida violaba varias sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de la antigua sala de negocios generales de la Corporación. Al efecto clasificó las sentencias que consideró violadas por la sentencia suplicada en dos grupos: 1) Aquellas que sentaron el principio de aplicación de las reglas de derecho público en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado desconocidas por la sentencia recurrida por cuanto ésta aplica principios propios del Derecho Privado. Invoca el recurrente en este grupo cuatro sentencias: la del 29 de julio de 1947 (ponente doctor Gustavo A. Valbuena); la del 30 de septiembre de 1960 (ponente doctor Franciso Eladio Gómez) y la del 1o. de julio de 1980 (expediente 10.134. Sala Plena. Estrada D. Jaramillo Ltda., Urbanización La Frontera).

Según el recurrente en estos antecedentes jurisprudenciales se sienta la doctrina de que "la responsabilidad del Estado por daños causados con sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, tiene su fundamento en los principios tutelares de la Constitución Nacional, en el Código Contencioso Administrativo y, en fin, en el Derecho Público, pero de ninguna manera en el Privado ni en el Código Civil". Y explica el recurrente:

"Así, en la sentencia del 2 de noviembre de 1960, Ira Elischa Washborn, contra la Nación, de que fue ponente el magistrado doctor Carlos Gustavo Arrieta, dijo el Consejo de Estado:

"La Constitución Nacional a partir de la enmienda de 1936, y el Código Contencioso Administrativo desde 1941, estructuran las nociones de responsabilidad patrimonial de las entidades de derecho público sobre bases más científicas y más acordes con la técnica jurídica. Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, esos estatutos crearon el contencioso de plena jurisdicción como el contenido típico de la responsabilidad del

Estado, y en los artículos 67 y 68 de 1941 estableciéron un sitema de derecho público autónomo que contempla todas las hipótesis y da solución adecuada a todas las controversias que pudieran presentarse. En esas reglas legales se estudia la responsabilidad patrimonial del Estado a través de todos los sistemas de actuación de las entidades de derecho público. El acto administratio, la operación administrativa, el acto material y el hecho administrativo, para presentar una concepción objetiva de la responsabilidad fundada en la violación de la ley, en la falta de servicio y en el daño.

"Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de derecho público, porque parte del principio básico de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar orientada siempre por fines altruistas de servicio y de satisfacción de necesidades colectivas y no por el propósito egoista de atender intereses particulares; el sistema jurídico que regula la responsabilidad estatal ha de tener en cuenta ese trascendental elemento que es totalmente extraño al derecho civil. En las actividades del Estado como supremo gestor de los servicios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho. El Estado actúa generalmente como persona de derecho público, expide mandamientos unilaterales en función de poder público, crea situaciones jurídicas de derecho público, utiliza procedimientos de derecho público y está sometido a una jurisdicción especial de derecho público.

"Por otra parte, los estatutos constitucionales y legales analizados, como disposiciones posteriores a las contenidas en el Código Civil y como normas especiales que reglamentan íntegramente una materia, hacen inaplicables al Estado las reglas del antiguo sistema sobre responsabilidad patrimonial. Si las enmiendas constitucionales de 1936 y de 1945 y la Ley 167 de 1941 consagraron un sistema jurídico especial para la responsabilidad de las entidades de derecho público que da soluciones adecuadas a todas las hipótesis que se pudieran forjar sobre la materia, y si tales estatutos son posteriores al régimen establecido en el derecho privado, para deducir la responsabilidad entre particulares, no parece lógico ni jurídico que aún se siguiera aplicando el sistema desueto".

Anota el recurrente cómo en la sentenia recurrida se ha establecido la premisa de que "El Estado responde de una obligación de medio, noción propia del derecho privado y de las relaciones entre particulares"; al paso que todas las normas precedentes han hablado de una regla fundamental "que el Estado responde de acuerdo a normas de derecho público".

2) Como segundo grupo cita el recurrente las sentencias del Consejo que desarróllan la doctrina de la responsabilidad del Estado por omisión. Al respecto el recurrente cita las siguientes sentencias:

a) La del 7 de marzo de 1963, expediente 1516, ponente doctor Gabriel Rojas Arbeláez.

b) La del 24 de junio de 1965, ponente doctor Alejandro Domínguez Molina.

c) La del 31 de agosto de 1982, expediente 10.625.

d) La del 1o. de julio de 1980, expediente 10.134. Urbanización La Frontera.

Reflexiona el recurrente en los siguientes términos:

"Y si se comparan nuevamente los precedentes con la nueva jurisdicción de la mayoría de los magistrados de la Sección:

"Precedentes

"Cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incurre. . .en omisiones. . . se hace responsable de los daños causados al administrado" por falla del servicio, pero, "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. . la falta o falla administrativa';

"Nueva jurisprudencia

"De ahí (de la obligación civil de medio a que reduce el deber constitucional de proteger a los residentes en el país que tienen las autoridades, aclaro) 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';

"Hieren al ojo las contradicciones entre unos y otra.

"Hay contradicción pues mientras los precedentes condicionan la omisión a la querella *cuando la ley la exige*, la nueva jurisprudencia la hace necesaria en todos los casos, y,

"hay contradicción porque mientras los precedentes consagran la responsabilidad del Estado por falla del servicio debida a 'omisión' de sus deberes funcionales, la nueva jurisprudencia consagra en su conclusión la tesis generalizada de la absoluta imposibilidad de responsabilizarlo ya que exige:

"i. Demostración de petición de protección;

"ii. Demostración de que la protección pedida se prestó, o, ante su imposibilidad, presunción de que se prestó;

"iii. Imposibilidad infinita y rotunda de demostrar que la protección pedida no se prestó, o que si se prestó lo fue en forma insuficiente, tardía, inidónea no correspondiente. Es decir, imposibilidad de probar siquiera que el Estado puede omitir su obligación.

"O sea que, a la postre, no sólo le atañe al ciudadano la carga de la prueba, sino que aunque el ciudadano pueda demostrar o probar que sí acudió al Estado en petición de protección de nada le sirve demostrarlo porque enseguida se le dice que *el Estado no está obligado a la eficacia sino al 'medio'. En últimas la prueba exigida al ciudadano sirve de prueba de la irresponsabilidad del Estado y la falta de prueba, también'*.

"Y no sobra repicar sobre algo que ya escribí, que la nueva jurisprudencia restringe el DEBER CONSTITUCIONAL DE PROTEGER LA VIDA DE LOS RESIDENTES EN COLOMBIA A LOS QUE LA PIDAN Y NO SE LES PRESTE NINGUNA QUE LAS AUTORIDADES CALIFIQUEN A SU ARBITRIO DE SUFICIENTE, requisito de procedibilidad ajeno a la Carta que manda darla de manera eficaz a TODOS, la soliciten o no y al artículo 32 del Código Nacional de Policía que obliga a los funcionarios de policía' a dar sin dilación el apoyo de su fuerza POR PROPIA INICIATIVA. . . a toda persona que esté urgida de esa asistencia para proteger su vida, o sus bienes, o la inviolabilidad de su domicilio, o su libertad personal, o su tranquilidad'.

"c) Y mientras que en la sentencia del Consejo de Estado del 31 de agosto de 1982 se condenan los formalismos inocuos, e inocuo es todo formalismo inventado, en el fallo

mayoritario de la Sección Tercera se niega la indemnización que reclaman viuda e hijos del doctor Efraín Córdoba Castilla, Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Cesar por faltar el formalismo inconstitucional e ilegal de la querella, porque no pidió, repito, por medio de escrito presentado personalmente ante las autoridades, ante el Gobernador y los Comandantes de la Policía y del Ejército, que no podían ignorar que se encontraba en peligrosas dificultades, que cumplieran con el deber constitucional de cuidarlo, sacrificando no sólo el derecho a la forma, sino enterrando toda una tradición jurisprudencial de avanzada en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado por falla del servicio o de la Administración debida a 'omisión' de su eficaz y oportuna prestación.

"Precedente
"Mueran los formalismos inocuos que sacrifican el derecho.

"Nueva Jurisprudencia
"Sin la forma la responsabilidad del Estado no existe. Muera el derecho y viva la forma".

Quienes suscribimos este salvamento consideramos lo siguiente:

La primera de todas las consideraciones, por tratarse de un recurso extraordinario de súplica es la de analizar la posible contradicción jurisprudencial.

Haremos la comparación en el siguiente orden:

1o. Primeramente estudiará la sentencia de 1o. de junio de 1980 citada dos veces por el recurrente. En tal oportunidad el Consejo sentó la siguiente doctrina:

"E. Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia civil acogió la tesis expuesta por los autores -Joserand entre ellos, de que no sólo 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, página 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, números 2032-2033, página 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".

Son elementos básicos de la doctrina transcrita los siguientes: a) Para que se produzca la falla por omisión debe darse la "solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, *de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes*".

b) Que no se puede 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 de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

Como se observa en el asunto de 1980 (Urbanización La Frontera) se solicitaba la acción estatal frente a una invasión de terrenos.

Por ley existen normas especiales para exigir la protección policiva en tales casos.

La Administración no puede actuar en tales casos sino después de que se han cumplido los trámites de rigor. No puede por ello haber *falla del servicio* por omisión si la Administración no ha recibido el requerimiento previo que exige la ley.

Cosa muy distinta es el caso de autos: En esta oportunidad se trata de la protección de la vida de un ciudadano. Más aún, es la protección de la vida de un juez de la República, cuyo sacrosanto deber es aplicar las leyes, castigar a los delincuentes y reprimir los delitos. No hay ley alguna en todo el historial de las leyes de la República que exija formalidades especiales para que un ciudadano solicite la protección del Estado a su vida o integridad personal. A juicio nuestro esta distinción es fundamental: la sentencia de 1980 establece las reglas esenciales para otorgar protección especial a un ciudadano cuya propiedad ha sido invadida por terceros, el caso de autos se refiere a la protección de la vida de un juez, al cual ya le habían señalado peligrosas amenazas.

c) ¿Hay violación jurisprudencial?

A nuestro juicio sí se da una violación jurisprudencial por cuanto la sentencia acusada exige una petición especial en defensa de la vida del juez asesinado, al paso que la que se dice contrariada habla de la necesidad de cumplir las formalidades legales cuando se habían ocupado bienes del actor. Esta última habla expresamente de la existencia de normas legales que demanden la presentación de un requerimiento previo y dentro de formalidades establecidas por la ley.

La contrariedad surge del alcance que se da al propio texto de la sentencia de 1980. Se dijo entonces que no podía existir falla del servicio cuando el actor no había puesto a funcionar el aparato gubernamental como era preciso hacerlo para que las autoridades policivas actuaran. Las autoridades en ese caso no podían actuar sin querella formalizada. En el caso del asesinato del Magistrado Córdoba Castilla no puede aplicarse la tesis de la querella formal pues una es la protección exigida en defensa del patrimonio y otra la que se exige en defensa de la vida. Siguiendo a Ernest Fayé existe aplicación indebida (fausse application) cuando una norma de derecho (o en este caso una doctrina jurídica) se aplica a una situación de hecho que no regula (la norma o la

doctrina), generalmente porque tal situación de hecho ha sido erróneamente calificada. ¿Por qué dijo la sala en la sentencia de 1980 que para que se diera la *falta del servicio por omisión de la administración* que era necesaria una querella formal, un requerimiento especial del administrado? Porque sin tal querella, sin tal petición la administración no podía ni debía entrar a actuar. Pero tal hecho no es el mismo en tratándose de las serias amenazas de que padece un juez de la República. En ese caso puede y debe actuar la Administración para defender a sus jueces, para proteger la neutralidad, imparcialidad y rectitud de la justicia. No se requiere querella formal si la Administración tiene claro conocimiento, indubitable conocimiento de que se atropella a un juez o a un magistrado, no es facultativo suyo, el proporcionarle protección. Debe protegerlo *motu-proprio*, como parte esencial de su propia función, como elemento intrínseco a proporcionar justicia que es atributo suyo exclusivo y excluyente, que constituye parte fundamental de su existencia, que no puede dejar de proporcionar, pues ella nace de la esencia misma del Estado y está consagrada en nuestra Constitución (artículo 55). Aquí la falla del servicio ocurre cuando se actúa con conocimiento de causa, incluso sin querella.

Se violó la jurisprudencia de 1980 dándole una aplicación indebida. Como anota Murcia al analizar las violaciones de derecho por aplicación indebida, el error del juez, en ese caso no está en ignorar la premisa mayor del silogismo jurídico, (la norma de derecho: la doctrina jurídica) sino que el error yace en la premisa menor, porque los hechos no corresponden a la hipótesis. La violación jurisprudencial está en haber aplicado a un caso de amenaza de la vida de un funcionario jurisdiccional, las reglas de una doctrina que se desarrolló bajo el marco de la amenaza de la propiedad y son casos distintos donde no es posible extender el principio jurídico que regula una situación a los casos que tocan con la otra.

Hablando de la aplicación indebida dice Calamandiei que ella se comete de dos modos: "puede errarse al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego" o puede "errarse al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto".

En el caso de autos la sentencia impugnada involucra como elemento central de la misma a la sentencia del 16 de julio de 1980, la hace parte fundamental del argumento considerando que la regla de derecho en ella contenida es la misma que debe aplicarse al caso de autos, vale decir, que hay que presentar una querella formal para que el Estado tenga que proteger a sus jueces como también hay que presentar una querella formal cuando alguien invade un terreno y se solicita la actuación policiva.

Al hacer esta similitud la sentencia acusada incurre en tres errores:

a) Da la misma importancia a la vida que a la propiedad sometiéndolas a unas y a otras bajo el mismo patrón cuando es claro que la protección de la propiedad debe suministrarse tan sólo cuando hay petición de parte en forma legal y la de la vida es obligación esencial del Estado. Todos bien sabemos cuanto inmenso es el valor de la vida, una vez perdida es irrecuperable; por cuidarla daríamos todo nuestro patrimonio, su valor es inconmensurable.

b) La sentencia impugnada da la misma importancia a la petición que un ciudadano cualquiera debe hacer para lograr la protección de su propiedad a la actuación de un Magistrado de un tribunal de justicia quien actúa no a nombre propio, no en defensa de sus intereses personales, no bajo el signo de la avaricia por la posesión de los bienes terrenos, no en el esquema frío de un latifundista, sino en nombre de la República, por autoridad de la ley, en defensa de la legalidad y de la justicia, en protección del orden social, bajo el altísimo signo del cumplimiento del deber.

c) Es natural como bien lo da a entender toda la jurisprudencia de esta Corporación que el Estado no puede dar protección individual a todos y cada uno de los ciudadanos. Pero si un juez de la República es amenazado públicamente en su integridad personal, deberá protegerlo debidamente para que pueda cumplir sus funciones, sin que tal obligación nazca de una querella formal. Si no lo hace bien puede decirse que hubo una falla del servicio, pues el Estado dejó de cumplir un deber que le es esencial, propio de su estructura, elemental en su naturaleza más íntima, la prestación del servicio de la justicia. Fallar en aplicarla constituye falla esencial del servicio o si no, ¿qué es falla del servicio?

Estos tres errores producen lo que a nuestro juicio constituye una violación de la jurisprudencia por aplicación indebida.

El Derecho, como dice Díaz Picazo, no es un datum, es un quaesitum. El Derecho es algo que hay que buscar e incesantemente investigar. Por ello cada norma abstracta y cada situación jurídica concreta debe ser analizada en forma individual. Por ello al mirar cómo la Sección Tercera aplicó la doctrina de La Frontera al caso de autos, imperioso es hablar de una violación por aplicación indebida porque se atribuyó la doctrina a un caso para el cual no podía dedicarse, tal como se ha demostrado a espacio.

2o. Sentencia del 31 de agosto de 1982. Se trata ésta del caso de un niño que sufrió varios daños en su integridad personal por cuanto el Municipio de Medellín - Empresas Municipales de Antioquia - no cuidó oportunamente de atender a una peligrosa situación en que habían incurrido las Empresas Públicas de Medellín al dejar suelto un cable de alta tensión "en el cruce de la autopista sur con la avenida que conduce a la cervecería Unión".

En esa oportunidad la Sala consideró que había habido falla del servicio por omisión por cuanto la empresa no tuvo los cuidados requeridos en relación con el cable eléctrico: ella no previó el riesgo de su descuido al dejar sueltos los cables de viento. De esta suerte creó un imperdonable riesgo y causó en últimas el mal. Creemos que se da una clara violación de la jurisprudencia contenida en la providencia citada. La Sección Tercera en la providencia suplicada negó las pretensiones de la demanda por cuanto al tratarse de una situación de responsabilidad por omisión, la providencia que se dice violada también se refiere a responsabilidad por omisión (la que se causó contra el Municipio de Medellín al dejar sueltos los cables de viento y no hacer los arreglos oportunamente), sin que en tal caso fuese necesaria una querella especial, tan sólo la prueba reiterada de que la ciudadanía había informado el hecho.

¿Por qué en el caso de la sentencia de agosto 31 de 1982 bastó que se demostrara la omisión de las Empresas Públicas de Medellín para que se diese por sentada la violación jurisprudencial y en la providencia que se acusa se consideró que además era necesaria querella formal? Esta falta de consistencia entre una y otra regla hacen clara la violación jurisprudencial invocada por el recurrente.

Así las cosas cabe pues precisar la doctrina del Consejo cuando se presenta la responsabilidad por omisión:

1) Si la acción que el actor ha echado de menos depende de un requerimiento o querella especial, no podrá reclamarse responsabilidad del Estado cuando el interesado no puso de su parte tal requerimiento o tal querella. Mal puede existir falla del servicio en aquellos casos en que la Administración debe recibir la petición de parte.

2) Si la actuación que la Administración ha omitido es de aquellas que debe ella cumplir con base en informaciones serias y fidedignas, que está en la esfera de sus

propias funciones, la responsabilidad por omisión se configura sin necesidad de una querella formal. Tan sólo será esencial probar plenamente que la Administración tuvo conocimiento de los hechos que hacían imperativa su acción. La falla del servicio en tal caso se da por omitir el cumplimiento de una obligación que nace de la Constitución o de la ley.

Esta importante distinción no es caprichosa, no surge de una sutileza muy refinada. Es el resultado del concepto mismo de falla del servicio.

Así las cosas el recurso de súplica estaba llamado a prosperar: la sentencia suplicada debería confirmarse y en su lugar debería dictarse sentencia de instancia.

He aquí los hechos y sus pruebas:

1. Está probada plenamente la muerte violenta del doctor Efraín Córdoba Castilla, Presidente del Tribunal Superior de Valledupar; esta muerte se produjo el día 15 de septiembre de 1979 en la ciudad de Valledupar. Como prueba de este hecho se tiene al folio 28 del expediente la partida de defunción del doctor Córdoba Castilla por "laceración cerebral". A folios 29 y 30 aparecen también los informes de policía. No cabe duda del hecho.

2. Está probado que al morir el doctor Córdoba Castilla era Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar.

3. También está probado que el doctor Córdoba Castilla había sufrido un atentado contra su integridad personal del que dio noticia a las autoridades.

Tal hecho aparece certificado por la Magistrada Alix Cecilia Daza de Díaz (folios 17 y siguientes). Allí se certifica que el doctor Córdoba fue amenazado en su integridad personal y que de ese hecho se informó al DAS.

4. Está probado igualmente que alrededor del 14 de septiembre de 1979 se rumoraba seriamente la existencia de un "complot" que amenazaba la vida del doctor Córdoba Castilla. De tal heco existe certificación de la fiscal segunda del Tribunal Superior (folios 10 y siguientes).

5. Como se observa del acervo probatorio puede que no hubiese querella formal de parte del occiso pidiendo protección formal de las autoridades pero existen peticiones múltiples de esa protección y llamados a las autoridades sobre la inseguridad existente que parten de muchos ciudadanos, peticiones que obligan a la administración a poner especial celo en la protección a sus jueces y especialmente al doctor Córdoba Castilla.

Varios ejemplos ilustran estas peticiones.

a) Al folio 17 y siguientes se destacan las manifestaciones hechas por la Magistrada Alix Cecilia Daza de Díaz quien expresa:

"Al numeral 3o., respondo de la siguiente manera: como quiera que la residencia de la familia CORDOBA CALDERON, estaba situada en la vía que yo debía tomar para ir del centro a la casa donde habitaba; en el mes de marzo de 1976, no recuerdo exactamente el día, en las horas de la mañana cuando venía para la oficina, observé que en la casa del doctor Córdoba se encontraban muchos carros. Cuando llegué a mi oficina y pasado algún rato y observar que el doctor Córdoba no llegaba —el Juzgado del cual era titular y el Honorable Tribunal funcionaban para esa época en la misma casa—, resolví regresar al lugar antes indicado y fue cuando me enteré de que la pieza donde él

acostumbraba a estudiar, la misma que yo conocía de antaño y por eso sabía que allí funcionaba el televisor y dormía en el día la niña BEATRIZ ALICIA de pocos meses en ese entonces, había sido colocada una bomba la noche anterior, la cual había destruido en forma completa la pieza mentada. Personalmente constaté que las dos puertas de acceso a esta pieza fueron sacadas de su lugar por la explosión, el televisor destruido completamente e igual cosa ocurrió con la cama que allí había, el corral de la niña, los estantes donde se encontraban los libros de estudio del profesional afectado, y el cielo raso de ese lugar, cuando yo llegué fui informada que ya el Jefe del DAS había sido llevado por el doctor Córdoba, y había estado examinando el sitio de la tragedia, y así mismo ya se había dado cuenta de este insuceso el Departamento de Policía Cesar, a efecto de que se le enviara un agente para prestar vigilancia al Magistrado y su residencia. En las horas de la noche cuando salía de mi oficina e iba para mi casa, al pasar nuevamente por la residencia del doctor CORDOBA CASTILLA, observé que la vigilancia policial solicitada, en las horas de la mañana no había sido prestada, y por ello me acerqué nuevamente donde el Honorable Magistrado, le indagué que por qué no le habían mandado el servicio de vigilancia (eran más o menos las siete de la noche), él me respondió que esa vigilancia tan necesaria para él en el caso en que se encontraba, no creía que se la prestaran con la regularidad requerida, porque era un hecho conocido de todos nosotros, la negligencia de la Policía, cuando se trataba de proteger a quienes administraban justicia. Yo le manifesté que como juez de la República que era para ese entonces, (Juez Superior), de inmediato me iría al Comando de la Policía, para dejar sentada mi protesta, en el sentido de que a mi Superior Jerárquico, víctima de un atentado en las horas de la mañana de ese día, no se le tuviera la vigilancia requerida. Al escuchar esto, su esposa LIGIA, se ofreció para acompañarme al Comando y le dijo más o menos estas palabras: "Yo estoy de acuerdo con lo que dice ALIX, y si habiéndoles tú solicitado protección esta mañana no lo han hecho, debemos insistir porque tú eres un Magistrado, y por estar trabajándole al Estado correctamente en ese cargo, es que te has ganado la bomba, por tanto tienes derecho a que la autoridad te proteja con tu mujer y tus hijas". Ya en el Comando de la Policía, le expliqué lo anterior al oficial de servicio, quien manifestó primeramente que lo que sucedía era que ya los agente tenían sus misiones encomendadas y que no disponían de personal libre, sin embargo ante mi insistencia como de la señora del Magistrado, nos prometió enviar un agente lo que así se hizo. Este servicio fue prestado por un corto tiempo y no en forma continua, es decir que había días que lo mandaban —al agente— y otros no, y tal vez por espacio de unas dos semanas, no obstante que al término de la misma volví a requerir *motu proprio*, ante el Comando de la Policía el préstamo del mismo, pues el doctor Córdoba me había manifestado que él había puesto el hecho en conocimiento de la Policía, que había solicitado su protección, pero que también era cierto, que él no tenía madera para estar rogando a dicho Cuerpo, le prestara una protección que debía ser oficiosa, que él no podía estar yendo todos los días o las noches al Comando a rogar por el servicio aludido. Sin embargo el servicio desapareció después de una semana o dos, como ya dije, sin que la alta posición que ocupaba el doctor Córdoba sirviera de nada. Este hecho no se me olvida porque yo repetía que si eso ocurría con EFRAIN CORDOBA CASTILLA que era un hombre a quien no se le conocía enemigos y estaba dedicado íntegramente al desempeño de su cargo como Magistrado, al estudio y a su hogar, qué podrían esperar el resto de los ciudadanos que por cualquier circunstancia se vieran abocados a un problema semejante.

"4o. Me consta que el doctor CORDOBA CASTILLA, verbalmente denunció este caso ante el JEFE DEL DAS del CESAR, y que éstos estuvieron en su casa la mañana del hecho criminoso y también me consta que igual hizo ante el Comando de la Policía, donde solicitó la protección requerida.

"5o. En el radio periódico del medio día (12 m.) y del resto de la tarde y de la noche y esto durante muchos días, las distintas emisoras de Valledupar, dieron cuenta del atentado de que fue víctima la familia Córdoba Calderón.

"6o. Como lo dije anteriormente, el mismo día del hecho acompañé a la señora LIGIA CALDERON DE CORDOBA, al Comando de la Policía en solicitud de que se le prestara vigilancia en su residencia.

"7o. Anteriormente hice relación a la forma irregular como fue prestado el servicio de vigilancia en la residencia del doctor Córdoba, no obstante los requerimientos que para el mismo, hiciéramos el Magistrado, su esposa y yo indistintamente.

"8o. Es cierto que la semana anterior al asesinato del doctor EFRAIN CORDOBA CASTILLA, se difundió por la radio local y por la prensa capitalina, el hecho de que había sido revelado un plan terrorista con el que se pretendía atentar contra una alta personalidad o autoridad. Para esa época como quiera que yo llevaba un mes de estar ocupando la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior, entre nosotros los Magistrados en forma alarmada comentábamos el hecho y por ello en forma verbal lo comunicamos al Comando de la Policía de esa época. Nunca olvidaré la conversación sostenida el viernes 14 de septiembre de 1979, (un día antes del asesinato del doctor Córdoba), entre los doctores EFRAIN CORDOBA, Presidente del Tribunal, JULIO SIERRA PIMIENTA, Presidente de la Sala Civil y mi persona, en relación con ese asunto. Al respecto comentábamos ese viernes último, de cuatro a cinco de la tarde, con los ya mencionados, que realmente de atentar contra alguno de los Magistrados podía ser contra cualquiera de nosotros, por estar ocupando las distintas presidencias; a esto respondió el doctor Córdoba, que el doctor SIERRA PIMIENTA y yo no teníamos de qué preocuparnos, porque teníamos padres, hermanos y capacidad económica, para que el posible asesinato no quedara en la impunidad, porque en la región eso contaba; y que en cambio él sí se consideraba blanco para esta clase de atropellos, por cuanto era de todos conocidos que carecía de hermanos y padre, y que además a su esposa no le quedaría dinero ni para nombrar una parte civil. Como nosotros le decíamos, que él no tenía por qué temer porque no tenía enemigos y era una persona a quien todos estimábamos, él trajo a colación de inmediato el atentado de que había sido víctima en el 76, y donde las autoridades investigativas no habían hecho nada para esclarecer ese hecho, pese a que era de todos conocidos quienes habían podido haber intervenido en tal atentado, y que ni siquiera pese a la gravedad del mismo, no se le quiso prestar vigilancia policiva. Y no andaba mal EFRAIN CORDOBA en sus apreciaciones, por cuanto a día siguiente, los asesinos probablemente a sueldo acabaron con la vida de una persona que daba brillo no sólo a esta Corporación, sino a Valledupar, dejando en la orfandad a tres niñas y a una viuda joven y sin dinero, porque su dedicación al trabajo y al estudio no le dieron tiempo para buscar otras metas, que le produjeran dinero. Su ambición era progresar en el saber y dejar como único patrimonio a su familia su rectitud y honradez".

b) Está también probada la rueda de prensa destacada por el Gobernador del departamento José Guillermo Castro y Castro en la cual se dio a conocer un plan terrorista cuya principal finalidad era la de atentar contra altas personalidades y se hizo mención de Magistrados y Jueces. Así aparece declarado entre otros por la señora fiscal segunda del tribunal, Luz Castillo de Castro; así como también en las declaraciones del señor Santiago Calderón Díaz. Todos estos elementos demuestran la falla del servicio. Hubo incuestionable omisión por parte de las autoridades en proporcionar protección al Magistrado Córdoba.

Es cierto que en el trámite jurisdiccional se ofició al señor Comandante del Departamento de Policía Cesar para que de conformidad con los artículos 262 del Código de Procedimiento Civil y 316 del Código de Régimen Político y Municipal certificase lo pertinente. Al folio 122 del Comando de Policía del Departamento del Cesar certifica:

"En atención al oficio de refencia 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 patrullaje y revistas esporádicas tanto al despacho como a la residencia del funcionario".

Sin embargo es claro que las pruebas presentadas por el apoderado de la parte actora en el sentido de que sí hubo solicitudes de protección, aún cuando ellas fueron hechas al DAS, y no al Comando de la Policía del Cesar son contundentes.

En efecto, es deber de las autoridades de la República proteger la vida e integridad personal de jueces y magistrados, como la de todos los ciudadanos, y si el Gobernador del Cesar sabía de la existencia de un complot para dar muerte a los jueces y magistrados, tal como él mismo lo declaró, y si lo sabían las Fuerzas Militares y de Policía Nacional y si, el propio Efraín Córdoba Castilla, con anterioridad al sacrificio objeto de este proceso, había sido víctima de un atentado con bomba colocada en el estudio de su casa de habitación y si dos días antes, la Juez Tercera Superior pidió vigilancia para los funcionarios judiciales, y si el propio Efraín Córdoba Castilla pidió ayuda al Comando de la Institución armada, y no se le prestó esa ayuda es claro que hubo una falla del servicio.

a) Está demostrado que el doctor Efraín Córdoba Castilla era Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar, que estaba casado con la señora Ligia Calderón Córdoba y que de ese matrimonio habían nacido las niñas Margarita Rosa Córdoba Calderón, (nacida el 2 de octubre de 1972), Ana María Córdoba Calderón (nacida el 22 de diciembre de 1973) y Beatriz Alicia Córdoba Calderón (nacida el 19 de junio de 1975). Todas las tres hijas del doctor Córdoba Castilla dependían económicamente de éste, todas ellas eran menores de edad al momento del asesinato, todas ellas sufrieron serio perjuicio tanto material como moral al producirse la muerte del magistrado (su padre).

b) También está probada la muerte cruenta del doctor Efraín Córdoba Castilla.

7o. *Relación de causalidad.* Igualmente es clara la relación de causalidad entre el daño causado y la referida falla del servicio.

Cabía pues condenar a la Nación por la responsabilidad que le corresponde en la muerte del doctor Efraín Córdoba Castilla en razón de no haberle suministrado la protección necesaria a que tenía derecho.

Con todo respeto,

Enrique Low Murtra, Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., julio tres (3) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 11.014.
Actora: **Ligia Calderón de Córdoba.** Recurso de súplica.

Sería, indudablemente, un atrevimiento de mi parte, por decirlo menos, pretender agregar otras consideraciones a las que con ponderada sabiduría jurídica e irrefutable

dialéctica, exponen en su magistral salvamento de voto los distinguidos consejeros doctores Low Murtra y Betancur Jaramillo, al analizar, en forma exhaustiva, las razones en que fundamentó la mayoría de la Sala la sentencia proferida con fecha 12 de junio del corriente año, que decidió el recurso de súplica interpuesto contra el fallo dictado por la Sección Tercera del Consejo, el 17 de febrero de 1983, en el juicio promovido por la señora Ligia Calderón y otros, ante esta Corporación.

Por ello, debo manifestar mi absoluta adhesión a las tesis y planteamientos que se hacen en ese acertado estudio de los Magistrados mencionados, pues en él se contemplan y examinan todos los aspectos controvertidos en el proceso, para llegar a la clara e ineludible conclusión de que a la actora le asiste todo el derecho en la reclamación impetrada por ella, por cuanto se funda en terminantes disposiciones constitucionales y legales que están obligadas a cumplir, inexorablemente, las autoridades instituidas en el país para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, y que de ninguna manera, ni por ningún motivo, pueden ser desconocidas ni mucho menos burladas, mientras tales normas no sean modificadas o sustituidas por el legislador o por una entidad competente.

De allí, que la Ley 11 de 1975, expedida, quizás, con muy loables fines, que sólo puede alcanzar de manera precaria, no era el instrumento idóneo ni adecuado para enfrentarlo a casos como el que se dirime en este juicio, pues aquélla sólo tenía por finalidad la vigilancia de que jamás pudiera someterse un cambio de jurisprudencia en las sentencias pronunciadas por la Corporación, cuando en éstas no se adujeron doctrinas contrarias. Ese, en breves palabras, fue el objeto de la ley. Pero la aplicación de dicho estatuto, no podía invadir otros campos del derecho que le estaban vedados, como se hizo en el presente asunto, cuando so pretexto de no haber contradicción alguna entre las doctrinas expuestas, se denegó el recurso de súplica intentado, para dejar así abiertos los caminos al total desconocimiento de derechos inalienables, como lo es el de la vida, entre otros, y su permanente y eficaz protección por parte de las autoridades de la República, lo cual no logró obtener el eminente Magistrado del Tribunal Superior de Córdoba, doctor Efraín Córdoba Castilla, sacrificado en aras de la justicia que en todo momento éste supo impartir con decoro, imparcialidad y eficiencia.

Esa misma justicia que hoy estaría imperando en la decisión favorable de las pretensiones formuladas por la señora viuda del jurista fallecido y de sus menores hijos, si el *desideratum* de "no haber contradicción de jurisprudencia alguna" no hubiese obnubilado las severas y lúcidas mentes de los distinguidos Consejeros de la mayoría, al ceñirse exegéticamente a la letra ya muerta de una ley nefasta y arbitraria, que para fortuna de los colombianos dejó de existir, pero que en sus postreros estertores —porque aún hay súplicas pendientes—, es capaz de perpetrar graves y perjudiciales dislates jurídicos, tan abominables como el horrendo crimen de que fue víctima inocente el ilustre jurisconsulto y Magistrado de Valledupar.

Toda ley equívoca, —dice Antoine, Conde de Riverol— es injusta, porque se ejecuta sin advertencia; y si no es clara, pura y precisa, es viciosa.

Y Voltaire, opina: *el último grado de la iniquidad es hacer servir las leyes para la injusticia.*

Alvaro Orejuela Gómez.

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Gustavo Humberto Rodríguez.

Referencia: Expediente No. 11.014.
Actora: **Ligia Calderón de Córdoba. Súplica extraordinaria.**

Con el respeto debido a la opinión mayoritaria de la Sala, me aparto de la decisión y de sus planteamientos. Para ello adhiero en su integridad el salvamento de voto que hicieron los consejeros doctores Enrique Low Murtra y Carlos Betancur Jaramillo, quienes con mucha amplitud y con gran criterio jurídico, y con equidad, trataron el caso.

Gustavo Humberto Rodríguez.

Bogotá, D. E., 10 de julio de 1984.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.— El juzgador no puede anular un acto administrativo y reconocer, en consecuencia, los derechos pretendidos, sino con base en las disposiciones citadas en la demanda. Pero no le está prohibido fundamentarse en disposiciones según las cuales el acto es válido y tales derechos no existen.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., junio catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 11.020.
Actor: **Bernardo Enrique Peralta Ortiz.** Recurso de súplica.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el actor contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 1982 por la Sección Primera de esta Sala, mediante la cual se decidió el de apelación que interpuso aquél contra el fallo dictado, en primera instancia, el 6 de marzo de 1981, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES:

El abogado Bernardo E. Peralta Ortiz, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el objeto de obtener la declaración de nulidad del Acuerdo No. 29 de 1975, "por medio del cual se prohibe en el Distrito Especial el funcionamiento de máquinas de juegos accionados eléctricamente".

En el acto acusado se dispuso: "A partir de la vigencia del presente acuerdo, no podrán funcionar en el Distrito Especial establecimientos en los cuales haya aparatos de juegos accionados eléctricamente, mediante la utilización de monedas o fichas acondicionadas para ello".

Como disposiciones infringidas señaló el actor las siguientes: artículos 1o. del Decreto 28 de 1906, 17 y 18 del Decreto 1986 de 1927, 8o. y 108 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), 273, 274, 275 y 276 del Acuerdo No. 36 de 1962 (Código de Policía de Bogotá), 16, 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional.

Al desarrollar el concepto de la violación, el demandante hace al acto acusado los siguientes cargos: a) Las disposiciones del Decreto 1936 de 1927 sólo prohiben los juegos de suerte y azar, "pero no el funcionamiento de diversiones eléctricas, ajenas totalmente a los juegos prohibidos por la ley". Por consiguiente, en el acuerdo el Concejo Distrital de Bogotá excedió sus facultades legales y sobrepasó normas de superior jerarquía. b) El Concejo de Bogotá sólo podía ocuparse de materias policivas no reguladas por la ley o de decreto nacional y no le era posible reglamentar el funcionamiento de máquinas de diversión cuya importancia autorizó la ley, ni impedir el ejercicio de la libertad de trabajo. c) El acto acusado viola el artículo 108 del Decreto 1355 de 1970 sobre protección policiva a la libertad de comercio e industria. d) El acuerdo impugnado "incurre en los vicios administrativos denominados 'Abuso y Desviación de poder' al expedir un acto legislativo notoria y flagrantemente contrario a la ley, y la Constitución, al decretar el cierre de establecimientos dedicados a actividades de distracción y sano esparcimiento, no contemplados ni siquiera como juegos dentro de la definición del Código de Policía de Bogotá o las leyes sobre la materia y mucho menos de los denominados JUEGOS PROHIBIDOS O PROHIBIBLES". e) El acuerdo del Concejo Distrital de Bogotá viola las garantías consagradas en las normas constitucionales citadas en la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia del 6 de marzo de 1981, apelada por la parte actora, negó las súplicas de la demanda y levantó la suspensión provisional del acuerdo acusado que había decretado en auto del 30 de junio de 1976, por considerar que el Concejo Distrital no quebrantó "las normas superiores de derecho positivo invocadas en la demanda" y que el demandante "no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos".

II. LA SENTENCIA SUPLICADA

En su fallo, de fecha 30 de noviembre de 1982, la Sección Primera de esta Sala confirmó la providencia apelada porque, en conclusión, "el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del Acuerdo 29 de 1975 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá".

Son tesis de la sentencia impugnada ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

"1) Aunque el actor cita numerosas normas como infringidas por el acto acusado, realmente todas ellas tienden a la formulación de un solo cargo: el de falta de competencia del Concejo del Distrito Especial de Bogotá para hacer nuevas prohibiciones de juegos a las ya hechas por los Decretos Legislativos Nos. 28 de 1906 y Ejecutivo 1986 de 1927'.

"2) Teniendo el Concejo del Distrito Especial de Bogotá las funciones que la Constitución le ha conferido a las Asambleas Departamentales en lo pertinente (artículo 2o. Decreto-Ley 3133 de 1968), debe tenerse en cuenta la atribución que el artículo 187 de la Carta le da a las Asambleas en su ordinal 9o. de reglamentar, por medio de ordenanzas, lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal.

"Es materia de disposición legal la denominada 'policía de juegos' en cuanto a prohibición se refiere, ya que existen las normas de los artículos 1o. del Decreto Legislativo No. 28 de 1906 y 17 y 18 del Decreto Ejecutivo 1986 de 1927, que son del siguiente tenor:

"'Artículo 1o. Son prohibidos en todo el territorio de la República, los juegos de suerte y azar. (Decreto Legislativo No. 28 de 1906).

" 'Artículo 17. Se consideran juegos prohibidos aquellos en que la GANANCIA depende exclusivamente de la suerte o el azar, sin que los jugadores mediante su habilidad y buena fe, puedan hacer inclinar la fortuna favorablemente.

" 'Artículo 18. No se clasifican como juegos prohibidos las carreras de caballos, las riñas de gallos y demás espectáculos semejantes a éstos. Las apuestas a que den lugar, se regirán en sus efectos, por las leyes civiles. Tampoco se clasificarán como tales las rifas que tengan carácter oficial o hayan sido autorizadas por las autoridades'.

"De lo anterior se desprende que las Asambleas Departamentales y, por consiguiente, el Concejo del Distrito Especial de Bogotá asimilado a ellas, no tienen las facultades de establecer desde la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1968 prohibiciones de juegos que se agreguen a las ya hechas por las normas legales contenidas en los decretos antes citados'.

"3) Para que el Acuerdo acusado viole el ordinal 9o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, debe referirse a asuntos que sean materia de disposición legal, como es el caso de los juegos prohibidos, pero resulta que de la simple lectura del Acuerdo no se desprende si los juegos que prohiben son de suerte y azar, debiéndose presumir que sí lo son. En el presente proceso el actor, que es a quien le incumbe desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara, no aportó la prueba que demuestra que los juegos a que se refiere el Acuerdo acusado no son de suerte y azar, esto es, de los no prohibidos por la ley. Antes, por el contrario, militan pruebas en el proceso que tienden a demostrar que muchos de estos juegos son de los prohibidos por intervenir la suerte y el azar".

.....

El demandante "ha debido allegar pruebas fehacientes de que los 'aparatos de juegos accionados electrónicamente, mediante la utilización de monedas o fichas acondicionadas para ello', no son de suerte y azar, sino que allí interviene la habilidad y la destreza de los jugadores para determinar sus resultados".

III. EL RECURSO DE SUPLICA

El actor interpuso, por medio de apoderado, recurso de súplica contra el fallo de la Sección Primera, el cual, en su concepto, "acoge doctrina contraria a la siguiente jurisprudencia:

"A) A la contenida, entre otras, precisamente en la sentencia de 10 de agosto de 1961 (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXIII, Primera Parte, página 200), jurisprudencia según la cual 'el contencioso popular de anulación es el contencioso EXCLUSIVO de la legalidad. Se desenvuelve en torno a dos extremos únicamente: LA NORMA TRANSGREDIDA y EL ACTO TRANSGRESOR, sin que las posibles situaciones jurídicas QUE SE INTERPONGAN jueguen papel alguno en la litis,. . .' (Mayúsculas mías).

"De una simple confrontación entre la transcrita jurisprudencia y el fallo suplicado, en especial de lo dicho por la Sección Primera echando de menos la presunta 'prueba que demuestra que los juegos a que se refiere el acuerdo acusado no son de suerte y azar', se advierte a primera vista que se está desvirtuando la acción de simple nulidad, imponiendo al demandante una carga probatoria sobre algo que no es susceptible de ser probado, según dicha jurisprudencia, en el contencioso de simple nulidad que es un juicio de puro derecho entre la norma violada y el acto violador.

"En el mismo sentido se violó la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fechas 1o. de diciembre de 1959 (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, primera parte, página 35), agosto 21 de 1972 (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXIII, Nos. 435-436, página 372, 1972, 2o. semestre, actor: Jairo Duque Pérez) y otras más.

"B) Al decidirse en la sentencia suplicada que el Acuerdo No. 29 de 1975 del Concejo de Bogotá, Distrito Especial, no viola el ordinal 9o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, precepto que no se citó en la demanda como violado por el acto *sub-júdice*, se contraría la jurisprudencia según la cual 'el Consejo no está autorizado para escoger de su cuenta las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso, porque esta acción ni es pública ni es oficiosa' (Sentencia de 26 de julio de 1963, anales del Consejo de Estado, Tomo LXVI, Nos. 401, 402, página 153). Igualmente se contraría la jurisprudencia según la cual '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 nó tales disposiciones, NO PODRIA ELLA FUNDARSE EN CONSIDERACION 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'. (Anales del Consejo de Estado, Tomo LVIII, Nos. 367-371, página 340, providencia de 23 de enero de 1949).

"C) Considero que el fallo suplicado, por haber sido de fondo y recaído sobre el Acuerdo 29 de 1975 del Concejo Distrital derogado ya el 30 de noviembre de 1982, por el Acuerdo No. 2 de 1981 de la misma corporación, es contario a la jurisprudencia de que dan cuenta las siguientes providencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: febrero 14 de 1947, 11 de julio de 1962 (Anales, Tomo XXXVII, Nos. 399-400), 13 de marzo de 1979 (Sala Plena, expediente 518, actor: Pedro C. Doria. Consejero Ponente: Doctor Carlos Galindo F.) 11 de julio de 1962 (Anales 1962, Tomo LXV, página 231, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta).

"Todas estas providencias se refieren al fenómeno de la sustracción de materia, doctrina según la cual el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado, modificado o sustituido la decisión en litigio cuando la acción intentada fuere la de simple nulidad. En consecuencia, la sentencia de 30 de noviembre de 1982 que aquí se suplica no debió ser de fondo sino inhibitoria al tenor de la doctrina enunciada. Al proferirse sentencia de fondo respecto del Acuerdo No. 29 de 1975 del Concejo de Bogotá, Distrito Especial, en una acción de simple nulidad, se contrarió evidentemente la citada jurisprudencia".

Para resolver, SE CONSIDERA:

a) El primer cargo a la sentencia suplicada consiste en que echó de menos la prueba que demuestre que los juegos a que se refiere el acuerdo acusado no son de suerte y azar, lo que desvirtúa la acción de simple nulidad al imponer al actor una carga probatoria sobre algo que no es susceptible de ser probado, cuando según la jurisprudencia que se considera quebrantada se trata de "un juicio de puro derecho entre la norma violada y el acto violador".

No encuentra la Sala la contradicción jurisprudencial que alega el actor, pues al paso que la sentencia impugnada exige una determinada prueba, la que se considera contrariada desecha en los procesos de nulidad la ingerencia de intereses individuales, toda consideración de derechos subjetivos. Es decir, la sentencia del 10 de agosto de 1961, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, no excluye del juicio de nulidad de un acto administrativo la consideración de elementos probatorios, sino de situaciones subjetivas por cuanto en él se trata de tutelar únicamente 'el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores'. Por eso, como corolario de la premisa que sienta sobre la finalidad del contencioso de anulación y del de restablecimiento del derecho, dice más adelante:

"Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: *si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento de derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley.*

"El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en torno de dos extremos únicamente: la norma violada y el acto violador. Las posibles situaciones subjetivas que se interpongan no juegan ningún papel en la litis. Es un sencillo proceso de comparación entre el derecho objetivo y la decisión administrativa que lo infringe, cuya finalidad es la de defender el orden jurídico en sí mismo" (Página 156 del Cuaderno No. 2).

Otra de las sentencias cuya jurisprudencia estima el actor que fue contrariada, la del 1o. de diciembre de 1959, no se refiere a cuestión probatoria alguna sino a la naturaleza de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, la finalidad de cada una, quiénes las pueden ejercer, requisitos o no exigencias de ellos, según el caso, para su ejercicio. Al respecto se dice en dicha sentencia:

"Por consiguiente, la acción contencioso administrativa con que de acuerdo con nuestra legislación específica debe y puede atacarse, no es sino aquella que tiene por objetivo la conservación del orden jurídico general, el mantenimiento de la legalidad y el bienestar común, o sea la del contencioso de anulación que consagra el artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

"Su posibilidad de ejercicio corresponde a cualquier ciudadano o persona jurídica sin necesidad de demostrar previa o coetáneamente un título, y en todo tiempo, es decir, sin sometimiento a regla de prescripción alguna, puesto que sólo se persigue, si tal decreto contuviera la transgresión de normas positivas superiores de derecho, el evitar que se continúe la violación del orden jurídico quebrantado" (página 169 del Cuaderno No. 2).

.....

"Es por completo razonable que el legislador haya tenido en cuenta el criterio diferencial que individualiza, distingue y separa las dos acciones, no exigiendo para instaurar la referente a la simple anulación absolutamente ningún requisito en orden a la existencia previa o coetánea de la titularidad de un derecho por parte de quien lo vaya a hacer, como en otras legislaciones sí se requiere, y en cambio sí exige como presupuesto procesal indispensable para el planteamiento y prosperidad de la de plena jurisdicción por parte de quien se crea lesionado por un determinado acto administrativo, la preexistencia de un derecho suyo establecido o reconocido por normas de carácter civil o administrativo.

"La razonabilidad de esa diferencia, como antes se vio, está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde el punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por la ley 'restablecimiento del derecho', no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del estado una indemnización no siempre de orden moral, simplemente, sino de índole patrimonial.

"Por ello las dos acciones ni pueden confundirse en sí mismas, ni pueden confundirse sus posibilidades de ejercicio" (página 170 del mismo cuaderno).

La sentencia del 21 de agosto de 1972, también invocada por el recurrente, reitera la doctrina contenida en anteriores sentencias sobre el particular y se refiere a la diferencia entre las dos acciones en cuanto a su finalidad, personas que las pueden promover, requisitos para la suspensión provisional del acto acusado, intervención de coadyuvantes e impugnadores, de abogados, notificación o comunicación del auto admisorio de la demanda, sustitución y sucesión procesales, desistimiento, efectos de la sentencia. Finalmente se refiere la sentencia, haciendo alusión a la del 10 de agosto de 1961, a los actos contra los cuales ellas proceden.

b) El segundo cargo consiste en que las providencias suplicadas, al decir que el acuerdo acusado no viola el ordinal 9o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, precepto que no citó el demandante, contraría la jurisprudencia contenida en las sentencias del 26 de julio de 1963 (Sala de Negocios Generales) y del '23' (sic) de enero de 1949, según las cuales el examen de textos legales que haga el Consejo de Estado debe limitarse a las disposiciones invocadas en la demanda.

El recurrente llega a esa conclusión por una errada interpretación de las citadas providencias.

Obsérvese que en el primer caso se trata de un proceso de restablecimiento del derecho o de "plena jurisdicción", como se dice en la sentencia, y que en ella se expresa: "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*" (Subraya la Sala).

De suerte que la tesis de la sentencia es que en los procesos de restablecimiento del derecho el demandante es quien está obligado a señalar las normas en que apoya su pretensión y no puede el Concejo sustituirlo en el cumplimiento de ese deber procesal, pues el interés que mueve a aquél es el suyo. Obsérvese también que según esa jurisprudencia, las normas que el Consejo de Estado no puede escoger de oficio, para aplicarlas, son aquellas *que aparezcan violadas*, aquellas de las cuales el demandante cree derivar su derecho o que considera que lo amparan y en las cuales sustenta su pretensión de anulación de otras disposiciones y de restablecimiento del derecho que considera vulnerado. No se refiere la sentencia a procesos de nulidad, como es aquel sobre el cual recayó la sentencia suplicada, ni a las normas que no aparezcan violadas, como es aquella cuya aplicación suscitó su reclamación, por la vía del recurso, ante esta Sala.

La otra providencia que cita el recurrente es un auto, y no sentencia, del 26 —no del 23— de enero de 1949 (folio 179 del Cuaderno No. 2), que decidió el recurso de apelación interpuesto contra el del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio del cual no se admitió una demanda presentada ante dicha Corporación. Una providencia de esta

clase no tiene jerarquía como para contener jurisprudencia a la cual deba sujetarse una sentencia. Sin embargo, la Sala la examina para demostrar que no viene al caso, pues resuelve un problema totalmente diferente al que se plantea respecto del fallo de la Sección Primera.

Completando la trunca transcripción que hace el recurrente, se puede entender mejor el sentido del auto. Dice así, en lo pertinente:

"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 estén 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. Más cualesquiera que sean las disposiciones que se señalan como violadas, no se justifica la inadmisión de una demanda ceñida a los preceptos legales de forma y oportunidad, sobre el acto administrativo de la liquidación de un impuesto, respecto al cual aparece agotada la vía administrativa, porque ello implica en el fondo un prejuzgamiento inductivo o denegación de justicia" (folio 181 del Cuaderno No. 2).

Cabe anotar que en este caso se trata igualmente de una acción de restablecimiento del derecho y que tal tesis del auto es que la prosperidad de aquella está condicionada a la procedencia de las citas de disposiciones que haga el actor y a la juridicidad de su interpretación de las mismas; que con esa finalidad no puede la sentencia examinar normas que no hayan sido invocadas en la demanda porque estaría supliendo la omisión del demandante, lo que no es posible tratándose de una justicia rogada y no oficiosa.

No dice, pues, la jurisprudencia del Consejo de Estado que para negar las pretensiones del actor, para deducir que el acto acusado es válido porque se ajusta a normas de superior jerarquía y, por consiguiente, no vulnera ningún derecho, no puede el fallador citar aquellas disposiciones que precisamente sustentan su validez y niegan el derecho pretendido.

Anota la Sala que la exigencia legal de que en la demanda se señalen los preceptos que se consideran infringidos por el acto acusado pone un límite a la actividad del juzgador, a su examen de textos normativos, en el sentido de que no puede tomar en consideración disposiciones no citadas por el demandante, para anular el acto acusado y para reconocer el derecho que se pretende. Es decir, el juzgador no puede anular un acto administrativo y reconocer, en consecuencia, los derechos pretendidos, sino con base en las disposiciones citadas en la demanda. Pero no le está prohibido fundamentarse en disposiciones según las cuales el acto es válido y tales derechos no existen.

Lo que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos no pueden hacer es suplir las deficiencias de la demanda en la cita de las normas infringidas y desde luego en la expresión del concepto de la violación, sustituir al actor en el cumplimiento de ese deber legal, como se dice en la sentencia antes citada. La invocación de normas que hace el demandante traza límites para anular actos administrativos o reconocer derechos subjetivos; no para negarse el juzgador a anular actos válidos conforme a disposiciones no citadas por el demandante o supuestos derechos que niegan preceptos obviamente no invocados en la demanda.

La ley exige al demandante que indique las normas que fueron infringidas y de cuya violación resultó lesionado su derecho: naturalmente no las disposiciones contrarias a su pretensión, que debe aplicar el juzgador en defensa de la legalidad, así como en defensa de ella anula el acto que la quebranta. En este orden de ideas, el demandante invoca las normas que lo favorecen; no las contrarias a sus pretensiones, que de no poder aplicarlas el juzgador tendría que anular actos legalmente válidos y reconocer supuestos derechos en oposición a la ley; en suma, acceder a pretensiones ilegales.

El criterio del recurrente conduciría a que la validez de los actos administrativos y el reconocimiento de derechos subjetivos quedaran a merced del demandante, pues sólo podría aplicar el juzgador las normas citadas por aquél en interés suyo y no las que sustentan la validez de dichos actos o niegan tales derechos; así la disposición que concede un derecho y no la que posteriormente lo suprime; o la que negó la facultad o competencia a una entidad o a un funcionario del orden administrativo para realizar un acto o ejercer una determinada función y no la que después hizo la atribución correspondiente.

Considérese en particular el caso en que una norma legal niegue una facultad a los Concejos Municipales y otra ulteriormente la conceda a aquellos de municipios que tengan determinado número de habitantes; o en que una disposición establezca de manera general un derecho en beneficio de los empleados públicos y otra posterior excluya de él a quienes devenguen determinado sueldo. Con la tesis del recurrente, si invocando la regla general, se demandan actos administrativos dictados de conformidad con los preceptos de carácter exceptivo a que se refieren las anteriores hipótesis, esta jurisdicción tendría que anularlos, a pesar de ser legalmente válidos, y reconocer, en el segundo caso, ese derecho inexistente, porque no puede aplicar las disposiciones especiales que obviamente no citó el demandante por ser contrarias a sus pretensiones.

La tesis del recurrente, con las consecuencias anotadas, no las consagra la jurisprudencia que él invoca. De manera que por este aspecto tampoco hay contradicción jurisprudencial.

c) El tercer cargo formulado a la sentencia de la Sección Primera consiste en que no debió ser de fondo sino inhibitoria, por cuanto se presentó un fenómeno de sustracción de materia debido a que, *en concepto del recurrente*, el acto acusado fue derogado por el Acuerdo No. 2 de 1981, emanado del Concejo Distrital de Bogotá, decisión que, según él, es contraria a la jurisprudencia contenida en las sentencias que invoca.

En este caso la operación que el recurrente pretende que realice la Sala no es una confrontación entre dos jurisprudencias, para establecer si la una contraría a la otra. Lo que propone es una confrontación entre la decisión de la Sección Primera y la jurisprudencia de Sala Plena, para que se llegue a la conclusión de que se debió hacer por aquella un pronunciamiento distinto.

La pretensión del actor se desvía de la finalidad del recurso de súplica, que es de control jurisprudencial, enderezado a preservar la necesaria unidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, e intenta aquél que se aplique un mecanismo de confrontación distinto del que procede según los extremos de comparación señalados en la Ley 11 de 1975.

En efecto, según esta ley, "habra recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictada por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, *se acoja doctrina* contraria a alguna jurisprudencia" (subraya la Sala).

No contiene la sentencia impugnada doctrina contraria a la jurisprudencia que considera el recurrente quebrantada, pues no tocó ese tema, que el actor tampoco sometió a su consideración, pues sólo se limitó a traer al proceso copia del Acuerdo No. 2 de 1981, con escrito que dice textualmente: "En mi condición de demandante dentro del proceso de la referencia, atentamente acudo a su Despacho para presentar FOTOCOPIA FIEL Y AUTENTICA DEL ACUERDO No. 2 de 1981 (mayo 5) del Honorable CONCEJO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, D. E. por medio del cual se deroga el ACUERDO No. 29 de 1975, a la vez que señala '. . . nuevas tarifas del impuesto sobre JUEGOS PERMITIDOS. . .'.

Por este aspecto tampoco existe quebrantamiento jurisprudencial.

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:

No prospera el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 30 de noviembre de 1982, proferida por la Sección Primera.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día doce (12) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Mario Enrique Pérez, presidente, **Aydée Anzola Linares**, ausente, **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez, Jacobo Pérez Escobar, Gustavo Humberto Rodríguez**, ausente, **Simón Rodríguez Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy**, ausente, **Jorge Valencia Arango**, ausente, **Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

TITULO X

Empates, cambio e importancia de jurisprudencia

ESTATUTOS BASICOS O DE CARACTER GENERAL.— Están siempre contenidos en leyes o decretos extraordinarios. (Artículo 76 numeral 10 de la Constitución Nacional). Esta clase de estatutos sólo pueden ser dictados por el legislador ordinario o por el extraordinario. ESTATUTO ORGANICO O GENERAL DE CADA ENTIDAD DESCENTRALIZADA O DE CADA ESTABLECIMIENTO PUBLICO.— Es el que fija las normas generales a las cuales debe ceñirse la Junta Directiva encargada de dictar el estatuto de personal, en tal forma que si éste (el de personal) establece normas distintas o que contraríen lo dicho en el orgánico, se incurre en abierta ilegalidad porque éste es superior a aquél, aunque de todos modos, debe elevar la aprobación

del Gobierno conforme a lo previsto en el ordinal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, según el cual entre las funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos etc. le corresponden "adoptar los estatutos (nótese que no distinguió entre los orgánicos y los de personal) de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno). ESTATUTO DE PERSONAL.— Debe ceñirse a los preceptos contenidos en el orgánico o general del correspondiente instituto.

Declárase nulo el artículo 2o. del Acuerdo No. 030 de 1971 proferido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología y aprobado por el Decreto 1107 de 1972.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., diciembre dos (2) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejera ponente: **Doctora Aydée Anzola Linares.**
Referencia: Expediente No. 11.055. Autoridades Nacionales.
Actor: **Asociación de trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología.**

En el negocio de la referencia en la correspondiente reunión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se resolvió pasar este negocio a la consideración de la Sala Plena por la importancia del mismo. Por lo tanto, se procede a resolverlo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

LA ASOCIACION DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, con personería jurídica y domiciliada en Bogotá, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Consejo de Estado la nulidad del artículo 2o. del Acuerdo No. 30 de 1971, que contiene el Estatuto de Personal del Instituto citado y originario de la Junta Directiva del mismo organismo, proferido "en uso de sus facultades legales y en especial las que le confieren los Decretos 3130 de 1968 y 1456 de 1969", aprobatorio del Estatuto Orgánico o General y en desarrollo del cual se profirió el acto acusado, que a su vez fue aprobado mediante Decreto 11072 por el Gobierno Nacional.

Se dice en la demanda que el Acuerdo enjuiciado es ostensiblemente violatorio del Acuerdo aprobado por el Decreto 1456 de 1969, por medio del cual se dictó el estatuto orgánico y general del Instituto Nacional de Cancerología, del cual es pertinente destacar lo siguiente:

"CAPITULO PRIMERO. NATURALEZA OBJETIVO Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA. El Instituo Nacional de Cancerología, adscrito al Ministerio de Salud Pública, es un establecimiento público, esto es, una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente que se organiza conforme a las disposiciones establecidas por los Decretos 1598 de 1956, 1050 y 3130 de 1968 y las contenidas en los presentes estatutos.

"Artículo tercero. El domicilio del Instituto Nacional de Cancerología, será la ciudad de Bogotá, pero podrá establecer dependencias en otras ciudades del país, según lo considere conveniente la Junta Directiva. El Instituto con sujeción a la política y programas del sector del cual hace parte y a la naturaleza de sus actividades, podrá extender conforme a estos estatutos, su acción a todas las regiones del país creando unidades o dependencias seccionales que podrán coincidir con la división general del

territorio. Además buscará la coordinación e integración de sus actividades con los departamentos y demás entidades territoriales cuando se trate de servicios similares.

"Artículo cuarto. El Instituto tendrá a su cargo la lucha contra el cancer y enfermedades afines en todo el territorio de la República. . .

"Artículo quinto. El Instituto estará dirigido y administrado por la Junta Directiva, el Director y los demás funcionarios que determinen los actos de la Junta.

"Artículo octavo. Son funciones de la Junta Directiva:

"Las funciones de la Junta del Instituto se dividen en tres clases: I. Clase A) Que requieren para su validez la aprobación del Gobierno Nacional. II. Clase B) Que requieren para su validez el voto favorable del Ministro de Salud Pública o su delegado. III. Clase C) Que no requieren para su validez de ninguna formalidad especial.

"Pertenecen a la Clase A): a) ADOPTAR LOS ESTATUTOS Y CUALQUIER REFORMA QUE A ELLOS SE INTRODUZCA. (Mayúsculas no son del texto). (Se refiere a los estatutos orgánicos o generales del Instituto de Cancerología). b) ADOPTAR EL ESTATUTO DE PERSONAL CONFORME A LAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LA MATERIA (Mayúsculas no son del texto).

"CAPITULO VI. Artículo treinta. Todas las peronas que prestan servicios en el Instituto, son empleados públicos y por lo tanto, estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos. NO OBSTANTE LO ANTERIOR CONFORME A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO QUINTO DEL DECRETO 3135 DE 1968, PODRAN VINCULARSE MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO LAS PERSONAS QUE DESEMPEÑAN LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: a) SERVICIOS PROFESIONALES EN MATERIA DE ASESORIA CIENTIFICA O JURIDICA. b) CONSTRUCCION Y SOSTENIMIENTO DE OBRAS Y EQUIPOS. c) LABORES DE ASEO, SERVICIO DE ALIMENTACION, LAVADO, PLANCHADO DE ROPAS Y ASISTENCIA DOMESTICA. (Mayúsculas no son del texto).

"Artículo treinta y siete. PARA SU VALIDEZ, LAS MODIFICACIONES O REFORMAS A ESTOS ESTATUTOS REQUIEREN LA APROBACION DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DEL GOBIERNO NACIONAL".

Con posterioridad a la expedición del decreto transcrito en parte, se dictó el Decreto 1107 de 1972, que es el enjuiciado, por el cual se aprobó el Acuerdo No. 30 que contiene el estatuto de personal del Instituto Nacional de Cancerología, en el cual se dispuso, expresamente, que sólo podrá ser modificado por la Junta Directiva "DENTRO DE LAS FUNCIONES QUE LE CONFIERE EL ESTATUTO ORGANICO EN LA CLASE A) con aprobación del Gobierno y que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias". (Mayúsculas de la Sala).

Se dispuso, además, en el Capítulo Primero, artículos 1o. y 2o., lo que a continuación se transcribe:

"EL PRESENTE ESTATUTO REGULA LA ADMINISTRACION DEL PERSONAL QUE PRESTA SUS SERVICIOS AL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, establecimiento público creado por el Decreto 1598 de 1956 y reorganizado por el Decreto 1456 de 1969. (Estatuto Orgánico). Artículo 2o. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional de Cancerología *son empleados públicos y por lo tanto están sujetos a las disposiciones legales vigentes para ellos.* (Se subraya). Quienes presten sus servicios de manera ocasional o temporal no son empleados ni

trabajadores sino meros auxiliares de la administración y no adquieren por este solo hecho el carácter de empleados oficiales".

Como se desprende de la confrontación entre los dos estatutos, el Orgánico y el de Personal bien se ve que para la validez de los dos, es necesaria la aprobación del Gobierno Nacional, formalidad esta que, en efecto, se cumplió, en los dos mediante la expedición de los correspondientes decretos, por lo cual la Fiscalía Cuarta del Consejo conceptuó que ambos estatutos tienen la misma categoría, que ninguno de los dos primó sobre el otro y que, por lo tanto, por este aspecto no le asiste razón al demandante. Sinembargo, la Sala cree que la Fiscalía está equivocada si se tiene en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, es necesario distinguir entre los estatutos básicos o de carácter general a los cuales se refiere el numeral 10) del artículo 76 de la Constitución Nacional, que están siempre contenidos en leyes o decretos extraordinarios y que son aplicables a todos los establecimientos públicos, a todas las empresas oficiales y a todas las entidades descentralizadas. Como ejemplo especial para el caso está el Decreto Extraordinario 3130 de 1968 "por el cual se dicta el estatuto de las entidades descentralizadas del orden nacional" y se dictan normas generales que gúien su organización y funcionamiento, etc. Esta clase de estatutos sólo pueden ser dictados por el legislador ordinario o por el extraordinario como ya se vio y no tienen nada que hacer en el caso de estudio.

Existe otra clase de estatuto que es el llamado orgánico o general de cada entidad descentralizada o de cada estblecimiento público que es el que fija las normas generales a las cuales debe ceñirse la Junta Directiva encargada de dictar el estatuto de personal, en forma tal que si éste (el de personal) establece normas distintas o que contrarien lo dicho en el orgánico, se incurre en abierta ilegalidad porque éste es superior a aquél, aunque de todos modos, debe llevar la aprobación del Gobierno conforme a lo previsto en el ordinal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, según el cual entre las funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos etc., le corresponden "adoptar los estatutos (nótese que no distinguió entre los orgánicos y los de personal) de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno". Procede observar además que este precepto no ha sido demandado.

Viene una tercera categoría de estatuto y es el denominado de personal que debe ceñirse a los preceptos contenidos en el orgánico o general del correspondiente Instituto, tanto más si se tiene en cuenta que en el caso concreto de autos, dicho estatuto dice basarse en las facultades previstas en el Decreto 3130 de 1968 (estatuto básico para todas las entidades descentralizadas) y en el Decreto 1456 de 1969 por medio del cual se aprobaron los Estatutos orgánicos o generales del Instituto de Cancerología.

En efecto, este decreto tiene como soporte principal lo dispuesto en las siguientes disposiciones legales que están vigentes y cuyo tenor es el siguiente:

"Decreto 1050 de 1968 por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional. Artículo 26. De las funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado. Son funciones de los Consejos Directivos: A). . .B) ADOPTAR LOS ESTATUTOS DE LA ENTIDAD Y CUALQUIER REFORMA QUE A ELLOS SE INTRODUZCA Y SOMETERLOS A LA APROBACION DEL GOBIERNO. (mayúsculas son de la Sala).

"Artículo 30. De la actividad de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado. Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado se ceñirán en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que los *creó y a sus estatutos*; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos. . .".

Decreto 3135 de 1968 "Por el cual se 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.

"Artículo 5o. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. EN LOS ESTATUTOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS SE PRECISARA QUE ACTIVIDADES PUEDEN SER DESEMPEÑADAS POR PERSONAS VINCULADAS MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO". (Mayúsculas de la Sala).

Decreto 1848, artículo 5o. "CLASIFICACION DE EMPLEADOS OFICIALES. En los estatutos de los establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, a que se refiere el literal b) del artículo 3o. se hará la clasificación correspondiente de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales de esas entidades, conforme a las reglas del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 de este decreto".

Debe hacerse notar también que estos decretos fueron dictados por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 65 de 1967, entre las cuales se le autorizó señalar el "régimen del servicio" para cada una de las entidades descentralizadas. Luego, los estatutos orgánicos o generales, como el que dictó la Junta Directiva del Instituto de Cancerología con aprobación del Gobierno Nacional, facultando a la Junta del mismo organismo para proferir el estatuto de personal, se expidieron con apoyo en lo previsto en las normas anteriormente citadas y por lo tanto priman sobre cualesquiera otras normas que le sean contrarias y de categoría inferior, como sucede con el estatuto de personal contenido en el Decreto 1107 de 1972 que los contiene y que no obstante que fue expedido en uso de las facultades que otorga el Decreto 1456 de 1969 o Estatuto Orgánico, lo contrarió en cuanto dispuso en su artículo 2o. lo siguiente:

"Artículo 2o. Las personas que prestan servicios en el Instituto Nacional de Cancerología son empleados públicos y por lo tanto están sujetos a las disposiciones legales vigentes para ellos. Quienes prestan sus servicios de manera ocasional o temporal no son empleados ni trabajadores sino meros auxiliares de la administración y no adquieren por este solo hecho el carácter de empleados oficiales".

Y se dice que el estatuto de personal en el precepto anteriormente transcrito contrarió lo previsto en el estatuto orgánico o general del Instituto Nacional de Cancerología, porque al paso que en aquél se dijo que todas las personas que prestan allí servicios son empleados públicos sin distinción alguna, en éste se dispuso clara y categóricamente en su artículo treinta, lo que se transcribe, a continuación:

"Artículo 30. Todas las personas que presten servicios al Instituto son empleados públicos, y por lo tanto, estarán sometidas al régimen legal vigente para los mismos. NO OBSTANTE LO ANTERIOR, conforme a lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñan las siguientes actividades:

a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica.

b) Construcción y sostenimiento de obras y equipos.

c) Labores de aseo, servicios de alimentación, lavado, planchado de ropa y asistencia doméstica" (se subraya).

Si como se ha visto los estatutos de personal del Instituto Nacional de Cancerología no sólo son violatorios de lo previsto en los preceptos legales antes transcritos y especialmente de lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 1050 de 1968, según el cual, como ya fue advertido, los establecimientos públicos, entre otras entidades, deberán ceñirse en el cumplimiento de sus funciones "a la ley o norma que los creó y a sus estatutos" y por otra parte ya se hizo notar que el estatuto de personal suprimió una parte del artículo del general u orgánico según el cual el personal que se relaciona en el artículo 30, puede ser vinculado mediante contrato de trabajo, forzoso es concluir que en el caso de estudio se logró demostrar que el Acuerdo 30 de 1971, aprobado por el Decreto Ejecutivo 1107 de 1972, es violatorio del Decreto 1456 de 1969 que contiene el estatuto orgánico o general del mencionado Instituto.

Se procederá, en consecuencia, a declarar nulo el artículo 2o. del Acuerdo 30 de 1971, proferido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología en cuanto contraría abiertamente las normas legales que se relacionan y examinan en esta providencia y las estatutarias de carácter general y orgánico.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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, en desacuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

DECLARESE NULO EL ARTICULO 2o. DEL ACUERDO No. 30 DE 1971, proferida por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología y aprobado por el Decreto 1107 de 1972, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala Plena en sesión celebrada el día 22 de noviembre de 1983.

Samuel Buitrago Hurtado, presidente, **Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández**, aclaración de voto, **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar**, aclaración de voto, **Gustavo Humberto Rodríguez R.**, ausente, **Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello**, ausente.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

ESTATUTOS ORGANICOS.— (Aclaración de voto). Con los estatutos orgánicos, se dictan las normas que siguiendo la trayectoria de los contenidos en el acto de creación, deben detallarlos. APROBACION POR EL GOBIERNO.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

ACLARACION DE VOTO DE JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ Y JACOBO PEREZ ESCOBAR.

Referencia: Expediente No. 11.055.
Actor: **Asociación de trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología.**

No obstante compartir la decisión de la Sala, queremos aclarar nuestro voto en el punto atinente a la sentencia que dice: "Como se desprende de la confrontación entre los dos estatutos, el Orgánico y el de Personal bien se ve que para la validez de los dos, es necesaria la aprobación del Gobierno Nacional, formalidad esta que, en efecto, se cumplió, en los dos mediante la expedición de los correspondientes decretos, por lo cual la Fiscalía Cuarta del Consejo conceptuó que ambos estatutos tienen la misma categoría, que ninguno de los dos prima sobre el otro y que, por lo tanto, por este aspecto no le asiste razón al demandante".

Es nuestro parecer que la adopción de los estatutos a que se refiere el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968 es el orgánico exclusivamente, y no comprende, por tanto, el de personal.

1o. Cuando el artículo 26 fija las funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales del Estado e incluye el "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno, es para significar que el ordenamiento a que se le exige el sometimiento a la aprobación del Gobierno es que concierne al orgánico, por ser, en verdad, el que ha de contener todas las normas superiores a regir las relaciones y desarrollo de los establecimientos públicos.

2o. El hecho de que en los estatutos del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, y el orgánico, se hubiese dicho, que entre las funciones de la Junta Directiva del Instituto, está la de adoptar el ESTATUTO DE PERSONAL CONFORME A LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES, y que formar clase de los llamados por dicho estatuto de Clase A, requiere para su validez de la aprobación del Gobierno Nacional, no quiere decir que es por mandato de la ley, la atención de este requisito de aprobación, sino por disposición de los propios estatutos.

3o. El acto de creación de un establecimiento público, que es de carácter legal, es el que se encarga de señalar las normas fundamentales para el funcionamiento y ejecución del respectivo ente. Y sobre ese acto, precisamente, debe girar toda la actividad del establecimiento, pero que, en procura de facilitar su gestión, tiene que dictar el ordenamiento pertinente, que no es otro, que el orgánico, sin perjuicio, claro está, que se profieran otros estatutos, como el de personal, pero sin sujeción rigurosa a las exigencias del literal b) del artículo 26 del decreto. Con los estatutos orgánicos, entonces, se dictan las normas que siguiendo la trayectoria de las contenidas en el acto de creación, deben detallarla. Por esa misma razón, impone que se apruebe por el Gobierno Nacional, para mantener la integridad del acto en sí y los propósitos del servicio.

4o. Es una forma, por tanto, de recortar la autonomía de los establecimientos públicos, al exigir que los estatutos requieran de la aprobación del Gobierno Nacional, como también ocurre cuando se trata de la creación, supresión, modificación y fusión de empleos, como lo dispone el artículo 74 del Decreto 1042 de 1978, pero que no se puede generalizar a cualquier clase de estatuto o de actos de los establecimientos públicos.

José Alejandro Bonivento Fernández, Jacobo Pérez Escobar.

Bogotá, D. E., diciembre diez (10) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— ACCIDENTES SUFRIDOS POR AGENTES DEL ESTADO.— INDEMNIZACION.— Cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que ha sido causado por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa. LAS PRESTACIONES PERCIBIDAS POR ESOS HECHOS DEBERAN DESCONTARSE EN LA INDEMNIZACION TOTAL.— CIUDADANOS: Igualdad ante la ley. No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión. PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.— Reconocimiento. HIJO POSTUMO.— No tiene derecho a perjuicios morales.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., diciembre trece (13) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 10.807. Ordinario indemnizaciones.
Actor: **Martha Lucía Arango viuda de Diaz.**

La señora Martha Lucía viuda de Díaz y su hija menor, actuando por medio de apoderado han demandado a la Nación en juicio de responsabilidad por los perjuicios causados con ocasión del accidente de aviación mirage 3025 de la Fuerza Aérea Colombiana.

Como antecedentes de hecho se relata que el capitán piloto Guillermo Enrique Díaz Muñoz quien conducía un avión mirage 3025 de las fuerzas militares de Colombia, el día 21 de agosto de 1972, sufrió un accidente, como consecuencia del estallido de una llanta.

Alega la demandante que hubo falla del servicio pues fueron factores causantes del accidente "el estado en que se encontraba la llanta derecha" que presentaba un puntaje superior al máximo permitido, por lo que es claro que hubo error de mantenimiento en la asignación de dicho puntaje, así como otras fallas en relación al deplorable estado de las pistas que presentaban desniveles y huecos profundos así como obstáculos procedentes de trabajos realizados con anterioridad en esas áreas. También contribuyó al accidente que "las bases de las luces de la pista presentan grandes pestañas que

sobresalen del área nivelada y que fueron causantes de que el avión se desviara del rumbo original y penetrara abiertamente en el área de seguridad". El apoderado de la actora asegura que en todos los aspectos hubo falla de la Administración. Alega además, que como consecuencia de ese accidente sufrió perjuicios materiales y morales la viuda y sus hijos quienes dependían económicamente del capitán Díaz y que por esa razón es necesario que ellos reciban la indemnización pertinente.

El caso hace referencia a la *aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual del Estado a personas vinculadas por una relación de servicio público con el Estado.* La relación laboral que en tales casos existe entre el servidor y el Estado involucra necesariamente riesgos profesionales. Si en el ejercicio de tales funciones el trabajador público sufre un daño debe entenderse que para cubrir los perjuicios se han creado las disposiciones prestacionales que le cubren los riesgos profesionales. Quedan, sin embargo, algunos interrogantes: ¿Hasta dónde cabe la acción indemnizatoria? ¿Puede el funcionario o sus herederos solicitar que se le repare por los perjuicios que sufre a pesar de la indemnización laboral? ¿Queda el riesgo profesional cubierto por las prestaciones sociales en todos los casos?.

Para resolver tales interrogantes cabe hacer las siguientes reflexiones:

1o. La doctrina, en el caso de *accidentes sufridos por agentes del Estado* ha sostenido como norma general que la víctima no puede pretender más reparación que los derechos a pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral. La aplicación de esta regla, llamada "Forfait de la pensión" naturalmente hace referencia a los daños sufridos por un funcionario en ejercicio de sus funciones y en forma común. Por esta razón, el régimen de prestaciones suele estar en armonía con la actividad que se cumple. Así al asumir mayores riesgos profesionales se tiene derecho a una mayor protección prestacional. En el caso de los militares, por ejemplo, este principio se cumple, no sólo destinando un régimen de mayores prestaciones dados sus riesgos especiales sino también un régimen de excepciones para soldados y oficiales ubicados en zonas especialmente peligrosas. En principio el régimen de indemnizaciones refleja estas ideas. Si las heridas o la muerte sufridas, por un militar son causales dentro del servicio que prestan las prestaciones por invalidez o muerte las cubren satisfactoriamente. Tal es el caso del militar que sufre lesiones en combate o el agente de policía que muere en la represión del delito.

No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que han sido causadas por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total.

Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente tales como el militar que perece al cruzar un puente en construcción sin señales de peligro o aquel que muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuándo el militar no interviene en el operativo sino que cruza accidentalmente por el lugar. También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios del ejercicio: Tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de su avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Este principio es fundamental: todo ciudadano es igual a los demás frente a la ley. El principio constitucional que ordena al Estado proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes y sobre el cual se fundamentan las acciones indemnizatorias según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, deben cubrir por igual a quien desempeña una función de servicio público como a quien es un simple ciudadano y no devenga sus ingresos del erario público. No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión.

Cabe pues aplicar la doctrina prevalente del Consejo de Estado sobre fallas del servicio pues el hecho que se discute en buena parte representa uno de aquellos casos en que el militar es víctima de hechos que exceden los normales riesgos profesionales.

La señora fiscal segunda ante esta Corporación estudia los elementos fácticos y jurídicos del caso en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta lo que ya tantas veces se ha repetido, en procesos de esta naturaleza, para que prosperen las pretensiones de la demanda deben quedar acreditados en el proceso los tres elementos siguientes:

"a) Falla del servicio
"b) Daño causado
"c) Relación de causalidad entre el primero y el segundo elemento

"Sólo establecidos plenamente puede haber lugar a indemnización de perjuicios.

"Al expediente fue allegada copia auténtica del Informe Técnico tren de aterrizaje, rendido en la investigación que se llevó en el Comando Aéreo de Combate No. 1 (folio 56 Cuaderno anexo).

"Allí se lee: 'FACTORES DETERMINANTES:

" '1o. El accidente se originó al estallarse la llanta derecha 53 metros, después del posible punto de rotación.

" '2o. Fuera de la llanta ninguno de los componentes del tren presenta vestigios de falla.

" '3o. El puntaje de las llantas fue computado erróneamente por parte del Escuadrón de Mantenimiento.

" '4o. El avión se sacó a la línea de vuelo para una misión que requería un mínimo de 15 puntos en la llanta cuando la llanta derecha solamente tenía 2 puntos disponibles'.

"Más adelante se lee en el mismo informe: 'CONCLUSIONES:

" '1o. El accidente se produjo por el estallido de la llanta derecha en la carrera del decolaje.

" '2o. Hubo error en la estadística del puntaje de las llantas.

" '3o. Hubo falta de información técnica.

" '4o. La asistencia técnica ha asesorado en forma deficiente al personal colombiano.

" '5o. El entrenamiento proporcionado al personal no fue suficientemente claro ni amplio por parte de AMD en Francia.

" '6o. Algunas anomalías encontradas en los libros franceses, respecto al puntaje de las llantas, pudieron contribuír a aumentar la confusión del personal colombiano.

" '7o. Debe exigirse que el personal próximo a recibir instrucción en Francia, se empape a fondo sobre todos los aspectos llanta. Ojalá esta instrucción esté a cargo del mismo fabricante y la FAF en su utilización'.

"Aparece también otro informe del Jefe del Grupo de Orperaciones de vuelo en donde se lee: '. . .Para el personal de mantenimiento, sólo existía un boletín expedido recientemente por la Fuerza Aérea, el cual contenía algunos errores y se prestaba a diferentes interpretaciones. Tampoco le fue dada a este personal, una instrucción siquiera mediana en los cuidados que debían ser observados con las llantas, por parte del fabricante o la casa AMD y aun por la Fuerza Aérea Francesa, pues se descubrió el caso que en una base francesa colocaban a las llantas puntajes de 10 cuando debían ser de 12 ó 15. Tampoco existía un buen criterio en lo que se refiere al aspecto exterior que presentaba la banda de rodamiento y cuando debían ser removidas esas llantas por este motivo, no hubo igualmente, un buen asesoramiento por parte de los representantes técnicos de la firma DASSAULT.

" 'En conclusión, las llantas no se estaban utilizando apropiadamente y por sobre todo inconscientemente y sin mala fe por falta de experiencia y conocimiento, se les colocaba en una situación en que un accidente o por lo menos un reventón podrían ocurrir en cualquier momento'.

"Concluyendo dicho informe: 'Fue posible causa en este accidente, el estado en que se encontraba la llanta derecha, la cual presentaba un puntaje muy cercano al máximo permitido, después de haber soportado cuatro vuelos en condición de avión pesado y estar en el momento del accidente realizando el quinto en esas condiciones. Hubo error por parte de mantenimiento en la asignación de dicho puntaje. . . 'Fue factor contribuyente al estallido de la llanta, el pésimo estado en que se encuentra la pista para efectuar este tipo de operación, pues como fue analizado anteriormente, todos los desniveles existentes causan en los pilotos una impresión desagradable y desfavorable que casi obliga a intentar levantar la nariz antes de obtener la velocidad programada para la rotación, hecho que induce a una rotación rápida y brusca que impone grandes cargas sobre las llantas. . .' 'Fue factor contribuyente para que el piloto no pudiera sacar el avión, el estado deplorable en que se encuentran los *hombros de la pista, los cuales presentaban grandes desniveles y huecos profundos* así como obstáculos procedentes de trabajos realizados con anterioridad en esas áreas. También las bases de las luces de pista presentan grandes pestañas que sobresalen del área nivelada y que fueron las causantes de que el avión se desviara del rumbo original y penetrara abiertamente en el área de seguridad'.

"Esto nos indica pues en qué consistió la falla de la administración.

"Quedó acreditado que la muerte del capitán Díaz Muñoz se debió al accidente ocurrido el 21 de agosto de 1972 (folios 112 anexo y folio 7 del Cuaderno No. 1); aparece en el expediente el registro civil del matrimonio de la demandante con el Capitán Díaz Muñoz y el registro civil de nacimiento de la menor María Andrea (folio 5 y 8 Cuaderno no. 1).

"En el presente caso, se dan pues los elementos exigidos para la prosperidad de la acción.

"Respecto a los perjuicios que se solicitan como indemnización hay que observar:

"1o. En relación con los materiales la demanda es confusa y solicita tener en cuenta partidas que constituyen verdaderas prestaciones sociales nacidas de una relación laboral. Además hace algunas consideraciones respecto a las proyecciones futuras de la víctima que se presentan imprecisas y confusas. Desechando lo improcedente se podría en todo caso señalar el salario mensual de la víctima que sirva de base o de pauta para hacer una condena.

"Pero sería más aconsejable hacerlo en abstracto, teniendo en cuenta las observaciones que hacen los peritos al explicar los inconvenientes que tuvieron y los motivos que les impidió rendir el dictamen solicitado (folio 98 del cuaderno No. 2).

"2o. La actora Martha Lucía Arango demanda en su propio nombre como cónyuge del Capitán Díaz Muñoz y en representación de su hija menor María Andrea, quien no había nacido cuando ocurrieron los hechos en los que perdió la vida su padre. Al folio 7 del Cuaderno No. 1 aparece la partida de defunción de Guillermo Enrique Díaz Muñoz en donde consta que falleció el día 22 de agosto de 1972. Al folio 8 del Cuaderno No. 1 parece el registro civil de nacimiento de María Andrea Díaz Arango en donde se dice que nació el 10 de octubre de 1972.

"Para reclamar perjuicios materiales, se ha venido diciendo que es necesario establecer la dependencia económica del demandante con la víctima. En el presente caso está demostrado legalmente que la menor era hija del matrimonio formado por Guillermo Enrique Díaz M. y Martha Lucía Arango. Por ley los padres están obligados a la crianza, educación, sustentación y establecimientos de los hijos menores hasta la mayoría de edad. La falta de los ingresos económicos que aportaba el padre, sin duda, repercutirá en la situación de la menor indefensa que se verá privada de las comodidades materiales que podría haber tenido.

"Respecto a los perjuicios morales podría haber alguna duda considerando la ausencia del elemento dolor que se ha tenido en cuenta en esta clase de daño, pues la hija póstuma no sufrió ningún dolor. Pero hay que considerar que si bien es cierto la menor no fue consciente del hecho mismo del accidente en que perdió la vida su padre, lo cierto es que existirá en ella un sentimiento de orfandad creciente que la perturbará y que sin duda lesiona su integridad moral. Así pues también por este concepto la menor deberá ser indemnizada.

"Martha Lucía Arango probó legalmente la calidad de esposa con que actúa en el presente juicio, así pues también tiene derecho al pago de los perjuicios.

"Por todas las razones antes expuestas esta fiscalía considera que se debe declarar responsable a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa— y condenarla al pago de los perjuicios materiales y morales teniendo en cuenta lo anotado".

La Sala encuentra atinadas las consideraciones de la señora fiscal y en consecuencia deberá condenar en abstracto teniendo en cuenta los perjuicios materiales y morales sufridos por Martha Lucía Arango viuda de Díaz, cónyuge supérstite de la víctima y por María Andrea Díaz Arango hija póstuma del capitán Díaz. Conforme lo autorizan los artículos 307 y siguientes del Código de Procedimiento Civil la condena se hará *in genere* para que luego se practique la liquidación que autoriza el artículo 308 ibidem.

El incidente de liquidación se realizará con las siguientes bases:

a) Para calificar los perjuicios materiales se tomará como base el salario que devengaba el capitán Díaz Muñoz al morir adicionado con las demás prestaciones laborales que percibía como oficial de la Fuerza Aérea Colombiana. Se tendrá en cuenta la vida probable del capitán Díaz según lo establecen los valores técnicos que se usan en todos los cálculos actuariales.

b) Para el cálculo de los perjuicios morales sufridos por la cónyuge supérstite se tendrá en cuenta el valor del corriente de un gramo de oro siguiendo la práctica jurisprudencial en esta materia. Como hija póstuma, la niña María Andrea Díaz Arango no tiene derecho a indemnización por perjuicios morales tal como lo observa la señora fiscal.

c) De la suma de los valores que resulten por la liquidación de perjuicios materiales y morales en los términos que se detallan en los literales a) y b) precedentes será necesario restar lo que hayan recibido tanto la cónyuge supérstite como la hija póstuma del capitán Díaz Muñoz por concepto de prestaciones laborales. El saldo neto así determinado será la suma a pagar por concepto de indemnizaciones de perjuicios materiales y morales.

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

FALLA:

1o. Condénase en abstracto a la Nación al pago de la indemnización a que tienen derecho la señora Martha Lucía Arango viuda de Díaz y su hija María Andrea Díaz Arango con ocasión de la muerte del capitán de la Fuerza Aérea Colombiana Guillermo Enrique Díaz Muñoz causada por el accidente sufrido por el avión "Mirage" 3025 que tuvo lugar el 21 de agosto de 1972.

2o. Para la liquidación de esta indemnización se tendrán en cuenta las bases fijadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente a la sesión de origen, cúmplase.

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

Samuel Buitrago Hurtado, presidente, salvó voto, **Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker**, ausente, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández**, ausente, **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez.**

Los Consejeros: **Bernardo Ortiz Amaya**, ausente, **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Gustavo Humberto Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy, Roberto Suárez Franco**, con salvamento de voto, **Jorge Valencia Arango**, con salvamento de voto, **Joaquín Vanín Tello**, con salvamento de voto.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— ACCIDENTES.— (Salvamento de voto). No parece lógico que quienes estén rodeados de mayores garantías para hacer efectivo su derecho, (caso *sub-júdice* militar) aunque en casos especiales la cuantificación de ese derecho les pudiese ser desfavorable, y que en razón de su particular investidura puedan hacerlo efectivo, en un momento dado puedan alegar su carácter de simple ciudadano para solicitar una indemnización distinta.

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Roberto Suárez Franco.

Bogotá, D. E., enero diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 10.807.
Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**

No comparte el suscrito la decisión tomada por la mayoría de la Sala y que en últimas vino a convertirse en el fallo correspondiente mediante el cual, en el caso *sub-júdice*, se condenó al pago de la indemnización respectiva in abstracto, en los términos y condiciones que se dejan sentados en el mismo fallo y que no es del caso volver sobre ello en este salvamento de voto.

Evidentemente, y en lo cual estoy de acuerdo con algunos aspectos del fallo debatido, es principio constitucional el que ordena al Estado proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes y cuya inobservancia da origen para quien resulta afectado, al derecho a instaurar la acción indemnizatoria.

Sin embargo, la aplicación del citado principio no puede hacerse en forma absoluta e indiscriminada, particularmente en aquellos casos en que la propia legislación fija el ámbito dentro del cual se deben concretar los derechos de determinados servidores del Estado, precisamente con la finalidad de no dilatar su pago correspondiente, cuando se presenten los hechos, circunstancias o en fin, la falla del servicio que causen su liquidación sobre pautas precisas.

Es este el caso de los militares, y de consiguiente el *sub-júdice* en el que la ley determina los alcances de la indemnización en el caso de accidente, circunscribiéndola en lo fundamental, a la pensión liquidada de acuerdo al estatuto laboral particular a que están sometidos los miembros de las fuerzas armadas.

Y no se diga que a tales funcionarios del Estado se les coloca en un plan o de inferioridad, con relación al ciudadano común, por la circunstancia de que en caso de ocurrencia del accidente o de la falla del servicio, aun fuera de su itinerario laboral, surge el derecho a los perjuicios, más fácilmente cuantificables para el común de los ciudadanos.

Ahora bien, los estatutos especiales para servidores del Estado y específicamente para la liquidación del pago de indemnizaciones, no tienen otra finalidad que garantizar de manera más fehaciente el ejercicio del derecho y, lo que se traduce en la agilidad en su trámite y la consiguiente efectividad de su pago. Esto realmente compensa la incertidumbre que, en el común de los casos, se suscita en el caso del ciudadano común por daño sufrido por parte de funcionarios del Estado o por la falla del servicio.

No parece entonces lógico que quienes estén rodeados de mayores garantías para hacer efectivo su derecho, aunque en casos especiales la cuantificación de ese derecho les pudiese ser desfavorable, y que en razón de su particular investidura puedan hacerlo efectivo, en un momento dado puedan alegar su carácter de simple ciudadano para solicitar una indemnización distinta.

Esto, por lo demás puede prestarse a corruptelas con las que pretendan salir favorecidos quienes gozan de fuero especial y consistentes en intentar la acción correspondiente de perjuicios con fundamento en ese estatuto particular a fin de lograr su pago diligente, mas luego, ante una indemnización que no les satisfaga en sus pretensiones se dirijan a la justicia para obtener una suma adicional. Si ello fuera así, ¿Cuál sería la finalidad de los estatutos particulares para ciertos servidores del Estado?

Las razones expuestas, con simpleza, llevaron al suscrito a apartarse respetuosamente del sentir mayoritario.

Roberto Suárez Franco.

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero Samuel Buitrago Hurtado.

Bogotá, D. E., primero (1) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 10.807. Ordinario Indemnizaciones.
Actor: **Martha Lucía Arango viuda de Díaz.**

Como comparto en su integridad el muy jurídico y bien elaborado salvamento de voto consignado por el Honorable Consejero Doctor Joaquín Vanín Tello, me adhiero a él como fundamento del mío, sin que sea necesario consignar nuevas razones para ello.

Samuel Buitrago Hurtado.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. — ACCIDENTES SUFRIDOS POR AGENTES DEL ESTADO. (Salvamento de voto). Los integrantes del "núcleo familiar" determinado como beneficiario de las prestaciones e indemnizaciones predeterminadas por la legislación laboral, por accidentes y enfermedades profesionales o simplemente por muerte (artículo 17, literal d). Ley 6a. de 1945 y 11, Ley 64 de 1946) en el campo de los trabajadores nacionales (funcionarios, empleados u obreros) carecen de acción para reclamar del Estado la indemnización de perjuicios con base en la responsabilidad por falla de servicio o de la administración. Las personas distintas a tal círculo familiar parientes o no que resulten perjudicados con la muerte del trabajador oficial, lógicamente sí pueden accionar contra el Estado.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— SALVAMENTO DE VOTO del doctor Jorge Valencia Arango.

Referencia: Expediente No. 10.807.
Actor: **Martha Lucía Arango Vda. de Díaz.**

Las razones que tengo para separarme de la anterior sentencia, mayoritariamente acogida, y que expresé en el correspondiente debate adelantado en varias sesiones, son, sintéticamente, las siguientes:

I. Se trata de saber, si, además de las prestaciones por muerte predeterminada en la legislación laboral militar o indemnizaciones "a forfait" de que hablan los franceses, los miembros de la "unidad familiar" expresamente contemplada por dicha legislación laboral militar como beneficiarios de tales prestaciones o indemnizaciones específicas, pueden, además, requerir del Estado la "indemnización plena de perjuicios", con base en la falla del servicio. En el asunto *sub-júdice*, demandan precisamente la cónyuge, personalmente y en representación de sus menores hijas, expresamente protegidas por la mencionada legislación laboral militar. Se dice, además, aunque se descuente de la plena la laboral.

II. La Ley 6a. de 1945, en su artículo 12, literales a) y b), reguló para los trabajadores particulares, las prestaciones e indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, sin consideración a la culpa, en forma objetiva y cuantía predeterminada. Es la indemnización "a forfait" del derecho francés.

Pero en su inciso 5o. del literal b) mencionado, dijo:

"En los casos de enfermedad profesional y de accidentes de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontaría del monto de la condenación ordinaria de perjuicios".

Los laboralistas no han profundizado sobre la naturaleza de la responsabilidad allí consagrada, pues considerados los artículos 48 y 49 de dicha ley, creadora de una obligación patronal de seguridad, la muerte del trabajador podría considerarse, por sí misma, como la inejecución o violación de una obligación contractual y, entonces, la culpa se presume, como en todo incumplimiento contractual, por lo que no se entendería la exigencia legal de "la culpa comprobada", a menos que se concluyera, que atendidas las circunstancias del contrato laboral y las "indemnizaciones a forfait", se haría excepción al régimen de la responsabilidad contractual para exigir en ese preciso caso la "culpa comprobada".

Obvio, que cabría la otra conclusión: que se trata de responsabilidad extracontractual y de ahí que se exija la prueba de la culpa patronal. No es, sin embargo de fácil asimilación, pues siendo requisitos del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional el que sobrevengan "por causa o con ocasión del trabajo", resulta bien difícil marginar el contrato de trabajo de tal ocurrencia siniestra.

Dentro del actual Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 57, ordinal 2o., y 62 literal b), numeral 4o., no dejan duda de la obligación de seguridad que corre a cargo del patrono como obligación de resultado.

Dicen tales normas:

"Artículo 57. Son obligaciones especiales del patrono:

". . .2a. Procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales *en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud*".

"Artículo 62. Son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo.

". . .b) Por parte del trabajador:

". . .4o. Todas las circunstancias que el trabajador no pueda preveér al celebrar el contrato, *y que ponga en peligro su seguridad o salud, y que el patrono no se allane a modificar*".

En fin, para los fines de este salvamento de voto, no interesa definir la naturaleza de la indemnización plena de perjuicios por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para determinar si es contractual o extracontractual, basta con aceptar que ella fue expresamente consagrada por el inciso 5o., literal b) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945, en forma adicional a las prestaciones e indemnizaciones especiales o predeterminadas, para los trabajadores particulares, con contrato de trabajo.

III. Tan especial pareció a jueces y doctrinantes la expresa consagración de la acción ordinaria de indemnización de perjuicios por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causadas por "culpa comprobada del patrono", que se discutió, en su momento, si la competencia para conocer de tales controversias pertenecía a la jurisdicción laboral o a la ordinaria.

Quienes consideraban que la competente era la justicia ordinaria, alegaban la naturaleza civil de la responsabilidad y el criterio del legislador al entregar expresamente la acción resolutiva de los contratos de trabajo con la indemnización de perjuicios moratorios o compensatorios, a la justicia ordinaria, por el artículo 11 de la Ley 6a. de 1945, que sólo fue modificada por el artículo 3o. de la Ley 64 de 1946 que expresamente atribuyó la competencia para conocer de tales acciones a la jurisdicción laboral.

Fue, precisamente, la misma Ley 64 de 1946, en su artículo 21, la que puso fin a la controversia sobre competencia para dirimir los litigios sobre indemnización de perjuicios por accidentes y enfermedades profesionales por culpa comprobada del patrono, al atribuirla expresamente a la jurisdicción laboral.

IV. En cambio, la misma Ley 6a. de 1945, en su Sección III, artículo 17 y ss. al consagrar las prestaciones e indemnizaciones de los "empleados y obreros" nacionales, no reguló los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, por lo que sólo a partir de la vigencia de la Ley 64 de 1946, cuyo artículo 10 dispuso que "los trabajadores nacionales tendrían también derecho a las indemnizaciones por accidentes y enfermedades profesionales, en la forma prevista en el artículo 4o. de esta ley", que modifica los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1946 y consagra más técnicamente las referidas indemnizaciones para los trabajadores particulares.

Pero nada, absolutamente nada —como era obvio— dijo sobre la indemnización plena u ordinaria de perjuicios por "culpa comprobada" del Estado, por varias razones:

1o. La regulación frente a los patronos particulares, tenía cierto cariz de sanción a la despiadada explotación de los asalariados por la clase patronal dentro de los términos romanos de la "locatio conductio" del Código Contencioso, lo que no podía predicarse del Estado.

2o. La indemnización de perjuicios por "culpa patronal", tomaba como base la "obligación de seguridad" a cargo del patrono y esa situación no podría predicarse de las relaciones de trabajo entre el Estado y sus empleados.

3o. Porque tratándose de un "ente ficticio" como el Estado, no puede predicarse "culpa", imprevisión de lo previsible, actuación u omisión individual, lo que, a la postre,

impuso la obligación de prescindir de los cánones del Código Contencioso para regular la responsabilidad extracontractual del Estado sobre los parámetros de la "falla del servicio".

V. Lo anterior impone la conclusión de que los integrantes del "núcleo familiar" determinado como beneficiario de las prestaciones e indemnizaciones predeterminadas por la legislación laboral, por accidentes y enfermedades profesionales o simplemente por muerte (artículo 17, literal d) Ley 6a. de 1945 y 11 Ley 64 de 1946) en el campo de los trabajadores nacionales (funcionarios, empleados u obreros) carecen de acción para reclamar del Estado la indemnización de perjuicios con base en la responsabilidad por falla del servicio o de la administración.

Las personas distintas a tal círculo familiar —parientes o no que resulten perjudicados con la muerte del trabajador oficial, lógicamente sí pueden accionar ordinariamente contra el Estado.

VI. Y es que conviene observar la forma minuciosa como la legislación laboral militar regula las prestaciones e indemnizaciones por causa de muerte de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas.

En efecto, el Decreto 2337 de 1971 atiende, en tales casos al riesgo que asume profesionalmente el militar, al servicio que presta y a la importancia del mismo, graduando en atención a tales circunstancas la naturaleza y cuantía de la prestación: muerte del militar separado temporalmente (artículo 132), muerte en combate (artículo 142), muerte en misión de servicio (artículo 143) y muerte en goce de asignación de retiro (artículo 147) sin consideración a las causas de la muerte y sin necesidad de investigar la culpa o falla de la administración. En el mismo sentido el Decreto-Ley 612 de 1977 actualmente vigente y sustitutivo del Decreto-Ley 2337 citado.

VII. Así, por lo demás, lo ha resuelto el Consejo de Estado de Francia:

Sentencia de marzo 3 de 1978.

"Considerando que el señor Broquet, bombero no profesional del municipio de Nevelly encontró la muerte en septiembre de 1970 cuando combatía un incendio en el territorio de dicha municipalidad; que su concubina, la señora Muesser, viuda de Lecompte demanda reparación del perjuicio que le causó la muerte de su compañero.

"Considerando de una parte, que si el artículo 3o. de la Ley de 31 de julio de 1962, Ley de Finanzas rectificada por 1962, acuerda en ciertas condiciones las pensiones de las viudas no casadas nuevamente de bomberos profesionales muertos en servicio pedido, la concubina de un bombero no está dentro de aquellas personas que pueden beneficiarse con el régimen "a forfait" de reparación previsto por estas disposiciones legislativas; que ella puede desde entonces, impugnar en las condiciones del derecho común, la responsabiliad del poder público.

"Considerando, de otra parte, que si la señora Muesser que vivía desde hacía varios años en concubinato con el señor Broquet tenía con él una ligazón suficientemente estable y continua para darle derecho a obtener reparación del perjuicio que le ha causado el deceso de su compañero, ella no demuestra que el Municipio de Nevelly, con ocasión de las operaciones de lucha contra el incendio en las cuales el señor Broquet encontró la muerte, haya cometido una falla grave que comprometa, en este caso, la responsabilidad de esta colectividad pública; que en estas condiciones, la señora Musser no tiene derecho a solicitar que el Municipio sea condenado a pagarle una indemnización".

Y en las conclusiones del Comisario de Gobierno M. Dondoux, se lee:

"Esta demanda presenta en lo esencial dos problemas de principio que justifican el envío del negocio a la Asamblea Primaria; el primero, clásico pero delicado, es el de saber de cuál régimen de indemnización Madame Muesser puede beneficiarse eventualmente; ¿del régimen legislativo especial de la Ley del 30 de julio de 1962 o del régimen del derecho común? El segundo que no se presentará sino en la hipótesis en que ustedes estimen que la demandante puede pedir reparación según las reglas del derecho común es el siguiente: ¿Deben ustedes continuar subordinando el derecho de reparación, a la condición que el demandante de indemnización se encuentre en la situación 'jurídicamente protegida'? En otros términos, ¿Una concubina puede pedir indemnización por la muerte de su compañero?

"II. El primer problema entonces es el de determinar si el régimen legislativo especial de reparación definido por el artículo 13 de la Ley del 31 de julio de 1962 y aplicable a este caso, ya que el deceso de M. Broquet sobrevino en 1970, es oponible a la demanda de indemnización instaurada por Madame Muesser.

"Esta pregunta se decide en dos: ¿La demandante puede beneficiarse de la Ley de 1962? En la negativa, ¿Este régimen legislativo tiene como efecto excluir toda indemnización de la interesada según las reglas del derecho común?

"A. Sobre el primer punto, la duda no es posible: el régimen legislativo especial instituido por el artículo 13 de la Ley de Finanzas rectificativa de la ley de 27 de diciembre de 1975 que introdujo reforma a los regímenes de indemnización de los bomberos municipales no profesionales víctimas de un accidente ocurrido o de una enfermedad contraída en servicio pedido, no permite indemnizar a Madame Muesser: Además de que como lo veremos, la ley de 1962 instituye un régimen de pensiones a cargo no de los municipios sino del Estado, y que así, no es el Municipio quien en esta hipótesis debería ser demandado, se puede señalar que tales pensiones no pueden ser otorgadas sino a 'las viudas no casadas nuevamente, de un bombero no profesional' en virtud del artículo 13 de la ley.

"Si se agrega que el legislador de 1962 ha precisado en el aparte 2 del mismo artículo, que 'las viudas que contraen nuevo matrimonio o viven en estado de concubinato notorio' pierden 'definitivamente' su derecho a la pensión, es claro que Madame Muesser no tendrá derecho a una pensión o a un auxilio a título de la ley de 31 de julio de 1962.

"B. Queda entonces por determinar si, teniendo en cuenta estas circunstancias, la interesada puede solicitar una indemnización, esta vez a título del derecho común de la responsabilidad.

"1o. Una vez más, como ustedes ven, están confrontados, problema clásico pero delicado, de la oponibilidad de la compensación (A forfait, ¿predeterminada? ¿prefijada?) de la pensión: ¿la existencia de un régimen legislativo especial de indemnización tiene en este caso, por efecto, no solamente impedir que Madame Muesser pretenda una pensión de este régimen sino aún y sobre todo de excluir a la interesada de toda indemnización según las normas del derecho común?.

"a. Sobre este problema, su actividad es en general sobre todo restrictiva: ustedes tienen tendencia a estimar, por principio, que toda disposición legislativa constituye un régimen especial de reparación —en general—, bajo forma compensatoria "a forfait" regula definitivamente la materia, que escapa entonces al derecho común de la responsabilidad del poder público; e importa poco en ese plan que la protección

asegurada por dicho régimen especial sea incompleta, contenga exclusiones, implícitas o no; para ustedes es el índice suplementario que el legislador en realidad ha entendido limitar la reparación a los casos que explícitamente ha regulado.

"Es en este espíritu que ustedes juzgan si los funcionarios en servicio, víctimas de accidentes imputables a un servicio público no tienen otro derecho a reparación que aquellos que se desprenden de la legislación sobre pensiones de jubilación civiles y militares. Igualmente para ustedes, la regla de la (tarifa, "a forfait", predeterminada) compensación de la pensión se opone a que los causahabientes del funcionario puedan pretender una reparación pecuniaria que se agregue a su pensión.

"Su jurisprudencia entonces de una severidad que no se desmiente además si uno se refiere a alguna de las más recientes decisiones: en el caso "confoud" por ejemplo (As. 9 de julio de 1976) ustedes juzgaron en un caso bastante parecido al presente que un militar de contingente puesto a disposición temporal de un municipio para luchar contra los incendios, no podía pretender, por los perjuicios sufridos, una reparación distinta de aquella que le había sido concedida por el Estado bajo forma de pensión (R. Ec. Lebon página 354).

"A este primer motivo de duda se agregan otros tipos de consideraciones.

"b. La primera es que no es imposible sostener que la legislación de 1962 en cierta forma, voluntaria y expresamente, ha limitado la indemnización a los solos casos de modalidad que él regulaba explícitamente: el artículo 13 I) de la Ley 30 de julio de 1962, dispone, en efecto, que "ninguna ventaja suplementaria podrá ser acordada por las colectividades para la indemnización de riesgos cubiertos por la presente ley" y esta disposición podría ser eventualmente interpretada como prohibitiva a los municipios no solamente de otorgar un complemento a las pensiones estatales sino sobre todo, de indemnizar los perjuicios sufridos según el derecho común.

"c. Puede anticiparse una última consideración: si ustedes admiten que una persona cuyo caso no está regulado explícitamente por el régimen especial, puede actuar según el derecho común, ciertas consecuencias un poco sorprendentes a primera vista pueden resultar: la viuda casada nuevamente y la viuda concubina, sin hablar de la concubina simplemente, podrán actuar ante el Juez de derecho común, mientras que la viuda 'normal' no lo podrá, y, en ciertos casos, el régimen de derecho común, en cuanto al monto de la reparación, podrá revaluarse más favorable que el régimen especial. Se arriesgaría así de tener de alguna manera, una penalización de las situaciones más respetables.

"2o. Nosotros les proponemos entonces admitir que Madame Muesser, puede, aunque ella no pueda beneficiarse del régimen especial de la ley de 1962, pretender la reparación según las reglas del derecho común.

"Nos asisten tres tipos de razones:

"a. La primera es que es claro que el artículo 13-IX) de la Ley de 1962 no tiene en realidad el alcance que a primera vista se está tentando de asignarle: el estudio de los trabajos preparatorios de la Ley de 31 de julio de 1962 muestra en efecto que sólo un análisis literal de este artículo puede ser retenido: en realidad la disposición precitada tuvo por objeto no el de prohibir una indemnización por los municipios según el derecho común sino más simplemente, el de impedir a dichos municipios el mejorar las pensiones y ayudas acordadas por el Estado. Los regímenes anteriormente aplicables (leyes de 31 de julio de 1907, 28 de julio de 1927, 27 de julio de 1930, 22 de mayo de 1944, 7 de julio de 1945), se caracterizaban, en efecto, por una cierta desigualdad: si había sido

admitido finalmente que las pensiones reconocidas a los bomberos voluntarios victimas de una incapacidad de trabajo permanente serían fijadas a la par con aquellas acordadas a las víctimas de la guerra, las pensiones de viudas y de huérfanos quedaban calculadas sobre bases menos ventajosas; y los municipios se habían acostumbrado a suscribir contratos de indemnización complementarios, para restablecer una cierta igualdad; por tanto la Ley de 1962 puso fin a esta desigualdad, y todos los beneficiarios fueron alineados sobre el régimen de víctimas civiles de la guerra, como lo están por otras partes, en virtud de la Ley de 27 de diciembre de 1975 sobre el régimen de los funcionarios. Era entonces lógico que el artículo 13 IX de la ley de 1962 tienda a prohibir una indemnización complementaria que no tenía más razones de ser y que además generaba desigualdad, ya que las "ventajas suplementarias" varían según la riqueza de los municipios.

"b. Una segunda razón de principio nos empuja a proponer o admitir que el régimen especial de la ley de 1962 no sea obstáculo a que las personas que no puedan beneficiarse actúen según las reglas del derecho común, es el principio que la regla de la compensación 'a forfait' de la pensión no es oponible sino en la medida que la reparación del perjuicio invocado entre efectivamente en el campo de aplicación de la legislación especial; la exclusión del régimen de derecho común no existe en efecto sino en este límite.

"Es así como según su jurisprudencia, en cuatro hipótesis al menos la regla de la tarifa de la pensión no encuentra aplicación.

"Es el caso, en primer lugar, cuando la víctima no estaba en una de las situaciones que el régimen compensatorio 'a forfait' ha querido regular: un funcionario que sufrió, fuera del servicio, un accidente puede y debe actuar según el derecho común (sección. . .16 de noviembre de 1977, dama Marzeu, No. 95378, impedito).

"Sucede lo mismo cuando el perjuicio, en cuanto a su naturaleza, no puede verse vinculado a los riesgos que el régimen compensatorio 'a forfait' ha entendido cubrir: así lo han decidido implícitamente ustedes en el caso de afección sufrida por un auxiliar de correo que no tenía una enfermedad profesional en el sentido del Libro IV del Código de la Seguridad Social, decisión de Sección Delle. Dussol del 26 de noviembre de 1976. (a. J. D. A. 1977).

"La compensación 'a forfait' de la pensión tampoco es oponible, cuando la colectividad pública cuya responsabilidad se busca, no es aquella cuyo agente ella releva administrativa o financieramente, es decir, en nuestra opinión sobre todo cuando de una parte la demanda está dirigida contra una persona pública distinta de aquella que debe jurídicamente soportar la carga de la pensión y cuando, de otra parte, es una actuación de esta colectividad que es impugnada delante del juez (ver en este sentido: Rec, Lebon página 236).

"En fin, ustedes lo saben, ustedes no oponen la regla de la compensación 'a forfait' de la pensión cuando el demandante de indemnización no está entre el número de los beneficiarios del régimen especial: así, ustedes han admitido que los padres de un hijo muerto en condiciones que habían dado a su viuda derecho a la pensión, pueden pretender la indemnización según el derecho común de la responsabilidad, porque la legislación de las pensiones civiles no prevé pensión para el ascendiente. (Sec. Nov. 12 de 1949 Rec. Lebon pag. 27).

"Igualmente ustedes han juzgado que la pensión, compensatoria 'a forfait' cuando se trata de pensiones militares de invalidez, es oponible a los padres de un militar

muerto, pero que no lo es a la hermana de este militar, porque esta legislación no abre ningún derecho a pensión en provecho de los colaterales (julio 13 de 1963. Rec. Lebon 467).

"Entonces, sobre los dos últimos puntos, nos parece claro que la demanda de Madame Muesser no entra en el campo de aplicación del régien 'a forfait' definido por la Ley de 1962: de una parte, porque nosotros lo hemos dicho, ella no es uno de los beneficiarios de esta ley; y, de otra parte, porque la demandante solicita reparación no al Estado sino a la colectividad local al servicio de la cual M. Broquet falleció.

"Desde antes de la Ley de 27 de diciembre de 1975 que precisa explícitamente que las pensiones otorgadas a los bomberos voluntarios y a sus causahabientes son 'a cargo del Estado', es el Estado y no los Municipios lo que sorportarían la carga del régimen especial; la redacción del artículo 13 A IX lo demuestra en nuestra opinión así como su jurisprudencia sobre, por ejemplo, las pensiones de la Ley de 28 de julio de 1927. Entonces, aún si en el origen del Estado se contentó con girar subvenciones a los municipios (por ejemplo hay del 31 de julio de 1907) y si en una cierta medida puede ser considerado como actuando a nombre y por cuenta de los municipios de Nevelly, madame Muesser se dirige a una comunidad que no tiene jurídicamente la carga de la reparación 'a forfait' dictada por el legislador y que por lo tanto está en el origen directo del perjuicio.

"c. A estas consideraciones de principio, nos parece que ustedes no pueden oponer las circunstancias de que la demandante podría encontrarse eventualmente en una situación más favorable que la beneficiaria del régimen especial, si se le autorizara a actuar según el derecho común.

"Hay que recordar en efecto que el régimen de derecho común no es necesariamente más favorable que un régimen especial 'a forfait'; aún admitiendo que en ciertos casos la indemnización pudiere ser más alta, el demandante de indemnización en el régimen de derecho común debe siempre probar, como lo veremos, una falta: en ausencia de falta no hay reparación posible lo que hace indiscutiblemente inclinar la balanza en favor de los regímenes compensatorios 'a forfait' que están fundados sobre el riesgo.

"Si se agrega que en nuestra opinión, la cuestión moral de los derechos de la concubina no entra a nivel de la escogencia entre dos regímenes de indemnización (el problema sería idéntico si la demandante fuera por ejemplo la hermana de M. Broquet) parece entonces posible afirmar que la exclusión de Madame Muesser del beneficio de la ley de 1962 no tiene por efecto accesorio de prohibirle la actuación a título del derecho común de la responsabilidad, y aquello contra el municipio porque en materia de lucha contra los incendios las demandas deben estar dirigidas contra los municipios y no contra el Estado" (junio 17 de 1958. Rec. Lebon. página 295).

Por las razones anteriores, el fallo ha debido ser absolutorio.

Bogotá, D. E., enero veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Jorge Valencia Arango

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— ACCIDENTES.— (Salvamento de voto). Lo que las disposiciones tienen en cuenta, es la culpa del patrono, como lo prevé de manera expresa el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo respecto de los TRABAJADORES PARTICULARES y lo consagró tácitamente para los mismos el literal b) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945. ACCIDENTES DE TRABAJO.— No hay accidente de trabajo cuando falta uno de los elementos esenciales que lo constituyen, como es la relación de causalidad o de ocasionalidad, o sea, el nexo entre el trabajo y el hecho imprevisto y, repentino que produjo el daño orgánico. EL CONCEPTO ACCIDENTE DE TRABAJO EXCLUYE EL DE RESPONSABILIDAD POR FALTA O FALLA DEL SERVICIO, puesto que la última supone que el hecho causante de la lesión es ajeno a toda relación laboral entre el Estado o entidad pública y la víctima del daño y para el primero esa relación constituye premisa esencial, CULPA PATRONAL COMO CAUSA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.— No es aplicable esta teoría en las relaciones de naturaleza estatutaria, es decir, legal y reglamentaria, cuyo régimen es estrictamente legal, de derecho público. PRESTACIONES POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.— 1) La Ley 6a. de 1945 las omitió en su artículo 17, respecto de los servidores del Estado. 2) Luego el 1600 de 1945 en su artículo 11 dispuso la aplicación a los afiliados de la Caja Nacional de Previsión las mismas indemnizaciones para los trabajadores particulares. 3) Ley 64 de 1946, artículo 10 dispuso que los trabajadores nacionales tendrán también derecho a las indemnizaciones por accidentes y enfermedades profesionales. INDEMNIZACION PLENA POR CULPA PATRONAL.— Las disposiciones de empleados oficiales no hacen de ella ninguna referencia. REPARACION DE LOS PERJUICIOS.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

Referencia: Expediente 10.807. Ordinario indemnizaciones.

Actor: **Martha Lucía Arango viuda de Diaz.**

Por las razones que expondré a continuación no comparto las tesis y la decisión contenidas en la sentencia que se dictó en el negocio de la referencia, que debió ser denegatoria de las súplicas de la demanda y sin embargo condenó en abstracto a la Nación "al pago de la indemnización a que tienen derecho la señora Martha Lucía Arango viuda de Díaz y su hija María Andrea Díaz Arango con ocasión de la muerte del capitán de la Fuerza Aérea Colombiana Guillermo Enrique Díaz Muñoz causada por el accidente sufrido por el avión 'Mirage' 3025 que tuvo lugar el 21 de agosto de 1972".

1o. Según la relación de los hechos en que se fundamenta la demanda y pruebas que obran en el expediente, el Capitán Guillermo Enrique Díaz Muñoz prestaba sus servicios como piloto de la Fuerza Aérea Colombiana y murió a consecuencia de un accidente sufrido al realizar una operación de decolaje, el mando del avión Mirage 3025, en cumplimiento de una orden de vuelo de entrenamiento que le había sido dada. Se trata entonces de un accidente de trabajo, que no se desconoce, ni se califica de otro modo en la sentencia el hecho causante del perjuicio; sólo que, colocándose dentro de la teoría del riesgo profesional como fundamento de la indemnización que

se debe pagar al servidor del Estado o a sus causahabientes, plantea la cuestión de si en todos los casos aquella debe estar limitada al monto de las prestaciones que otorgan las correspondientes disposiciones legales.

Se dice en la sentencia que "la doctrina, en el caso de accidentes sufridos por agentes del Estado ha sostenido como norma general que la víctima no puede pretender más reparación que los derechos a pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral". Pero luego se hace la siguiente salvedad: "La aplicación de esta regla, llamada 'forfait de la pensión' naturalmente hace referencia a los daños sufridos por un funcionario en ejercicio de sus funciones y *en forma común* (subrayo). Más adelante se dice: "No obstante, cuando el daño se produce *en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino* que han sido causadas (sic) por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud". Finalmente, se expresa en el fallo lo siguiente: "Cabe pues aplicar la doctrina prevalente del Consejo de Estado sobre fallas del servicio pues el hecho que se discute en buena parte representa uno de aquellos casos en que el militar es víctima de hechos que *exceden los normales riesgos profesionales* (subrayo).

A las anteriores afirmaciones del fallo que se comenta habría que hacer esta observación: ni la ley ni la jurisprudencia ni la doctrina tienen en cuenta si un empleado o trabajador o militar, para referirme al caso concreto, ha sido víctima de hechos "que exceden los normales riesgos profesionales", o si el accidente que causó la lesión corporal ocurrió cuando prestaba sus servicios o ejercía sus funciones no "en forma común" o si el daño se produjo "en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio", como condición para que el accidentado o sus causahabientes tengan derecho a una indemnización plena, que se sale de la tarifa prestacional consagrada en las normas laborales, en los casos en que éstas lo prevén. Lo que las correspondientes disposiciones legales han tenido o tienen en cuenta al efecto, para referirme a la legislación nacional, es la culpa del patrono, como lo prevé de manera expresa el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de los trabajadores particulares, y lo consagró tácitamente para los mismos el literal b) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945, al decir: "En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontará del monto de la condenación ordinaria por perjuicios". El principio que inspiró al legislador cuando estableció la regla contenida en el derogado artículo 12 de la Ley 6a. de 1945 y en el 216 del Código Sustantivo del Trabajo, se expresa de este modo en el artículo 83 del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales:

"El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente Reglamento por parte del Instituto, exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común por causa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por neglicencia o culpa del patrono o sus representantes, o de un tercero, y diere lugar a indemnización común, el Instituto procederá a demandar el pago de esa indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.

Lo dispuesto en el inciso anterior no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de acuerdo con las normas de este Reglamento".

2o. Trae la sentencia a colación, para sustentar su tesis, ejemplos que no vienen al caso porque no configuran accidentes de trabajo, como el del "militar que perece al cruzar un puente en construcción, sin señales de peligro o que 'muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo sino que cruza accidentalmente por el lugar". Desde luego que en esos casos no hay accidente de trabajo, que descarta la misma sentencia, pues falta uno de los elementos esenciales que lo constituyen, como es la relación de causalidad o de ocasionalidad, o sea, el nexo entre el trabajo y el hecho imprevisto y repentino que produjo el daño orgánico.

Luego se dice en la sentencia que "también se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios del ejercicio. Tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de su avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley".

En la expresión de los dos últimos ejemplos está implícito el criterio de que se trata de accidente de trabajo, pero, según la sentencia, los hechos que la constituyen "exceden los riesgos propios del ejercicio", razón por la cual en esos casos "la actividad propia del militar no juega ningún papel. . ."

Con todo respeto disiento del anterior criterio porque el hecho de que las malas condiciones de un vehículo terrestre o de un avión hayan provocado el suceso infortunado no da base para deducir que en tales hipótesis la actividad propia del militar no jugó ningún papel, pues ello no corresponde a la noción de accidente de trabajo, que no puede ser si se descarta el nexo de causalidad como el de ocasionalidad. E incidencia tiene este último factor ya que si no fuera por el trabajo o por la actividad propia del militar el hecho causante de la lesión orgánica no lo hubiera alcanzado. En esos casos la actividad propia de la víctima sí juega un papel: dar ocasión al accidente. Comunes son los casos en que la causa del accidente de tipo profesional es extraña al trabajo, pero en que la actividad propia de la víctima constituye o crea la ocasión para que, en perjuicio de ella, acaezca el hecho funesto.

Ahora, si lo que se quiere significar es que en tales hipótesis el accidente tuvo como única *causa* la negligencia de los encargados del mantenimiento de los vehículos, entonces es pertinente la observación que ya se hizo: Esa regla que establece la sentencia excede las previsiones legales de carácter laboral, que no excluyen de su tabla indemnizatoria, de índole prestacional, para colocarlos en el terreno de la reparación plena por falta o falla del servicio, los perjuicios resultantes de la incapacidad o la muerte de un militar por lesiones recibidas a causa de hechos que "exceden los riesgos propios del ejercicio".

3o. La ley ha establecido un sistema de prestaciones monetarias para los casos de accidentes y enfermedades profesionales, que pueden consistir en indemnizaciones en forma de capital o en pensiones, sujetas a una tarifa predeterminada y únicamente a ellas se tiene derecho, salvo que el legislador haya previsto excepciones, como sería la indemnización plena, que no consagra en beneficio de los militares ni de los otros servidores públicos, ni de sus causahabientes.

El sistema de la responsabilidad del Estado como patrono, condición inherente a la calidad de sus vínculos con los trabajadores oficiales, o como empleador,

respecto de los empleados públicos, y el de la responsabilidad (extracontractual) por faltas o fallas del servicio, no se avienen porque la víctima se erige sobre la base de que el hecho que irroga el daño es extraño a toda relación contractual o legal y reglamentaria; en cambio, la primera se fundamenta en la existencia de un contrato de trabajo o de una relación de servicio de carácter estatutario; de todas maneras, en su vínculo de tipo laboral entre el Estado y la víctima del hecho imprevisto que causó en ella una lesión orgánica. En otros términos, el concepto de accidente de trabajo excluye el de responsabilidad por falta o falla del servicio puesto que la última supone que el hecho causante de la lesión es ajeno a toda relación laboral entre el Estado o la entidad pública y la víctima del daño y para el primero esa relación constituye premisa esencial. La anterior tesis es aplicable, con no menos rigor, a los militares.

4o. Desde luego que la fórmula de la sentencia constituye una manera de escoger, sin mencionar, para no reñir demasiado con la jurisprudencia y la doctrina, la institución de la culpa patronal como causa del accidente de trabajo.

Esta institución de carácter secundario es un residuo de las viejas teorías subjetivas de la culpa aquiliana y más que todo de la responsabilidad contractual, ambas de estirpe civilista, con que se trató de justificar la responsabilidad patronal en el caso de los infortunios de trabajo, que en forma limitada subsiste enclavado en el campo de las teorías que desplazaron a aquellas, es decir, las objetivas, como son la del riesgo creado, en franca declinación, la del riesgo profesional, de más aceptación y que acoge la sentencia, y la del riesgo de autoridad, con mucho fundamento y prestigio, a las cuales se agrega aquella que es tendencia general en el mundo moderno: la responsabilidad social, que en el seguro de la misma naturaleza encuentra su expresión institucional.

Esa figura de la culpa patronal, con su consecuencia, que es el resarcimiento pleno del perjuicio recibido por el trabajador, se justifica en el campo de las relaciones particulares de trabajo por razones que no es el caso examinar; dudosamente en el de las relaciones laborales, de índole contractual, entre entidades oficiales y sus servidores; pero en ningún caso en las de naturaleza estatutaria, es decir, legal y reglamentaria, cuyo régimen es estrictamente legal, de derecho público; de suerte que quien se encuentra dentro de la correspondiente situación no tiene más derechos de los que la ley le concede. Por otra parte, esa institución es de naturaleza subjetiva, contraria a la noción objetiva de la responsabilidad del Estado.

Recuérdese que la Ley 6a. de 1945 estableció en los literales a) y b) de su artículo 12, en beneficio de los trabajadores particulares, prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional; pero las omitió, en su artículo 17, respecto de los servidores del Estado, cualquiera que fuera la clase de su relación de trabajo dependiente. Esa omisión se corrigió primero en el artículo 11 del Decreto 1600 de 1945 que dispuso, en favor de los afiliados a la Caja Nacional de Previsión lo siguiente: "las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo serán indemnizados en la misma forma prevenida para los trabajadores particulares" (regla 5a.). Posteriormente la Ley 64 de 1946 dispuso, en su artículo 10: "Los trabajadores nacionales tendrán también derecho a las indemnizaciones por accidentes y enfermedades profesionales, en la forma prevista en el artículo 4o. de esta ley". Es de anotar que este último artículo no consagró la institución de la indemnización plena por culpa patronal ni aludió a ella de manera alguna, pues no se remitió al literal b) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945, única norma que la

contempla sino que se refirió al "inciso 1o. del ordinal a) de dicho artículo, para modificarlo. Por eso la Corte Suprema de Justicia, al someter a entidades oficiales a esta institución de la indemnización plena por culpa patronal, con relación a sus trabajadores vinculados por contrato de trabajo, aplicó el literal b) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945 por remisión del artículo 11 del Decreto 1600 de 1945, por ejemplo en las sentencias del 5 de marzo y del 13 de septiembre de 1957; en cambio, en la sentencia del 4 de febrero de 1965 aplicó directamente dicho literal, sin citar disposición alguna que remitiera a él (Gacetas judiciales, tomos LXXXV página 514, LXXXVI, página 306; CXI y CXII, página 359).

Las disposiciones que en materia de accidente de trabajo rigen actualmente para los empleados oficiales —empleados públicos y trabajadores oficiales— no consagran ni en forma alguna se refieren a la institución de la indemnización plena por culpa patronal o, más exactamente, del Estado, o por falta o falla del servicio; al contrario, sí contemplan la exoneración de aquel cuando "la lesión o perturbación fue provocada deliberadamente o por falta grave o intencional de la víctima o por violación expresa de los reglamentos de trabajo" (artículo 22 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, 19 y 25 del Reglamento 1848 de 1969).

Tampoco la consagraron en el pasado ni la establecen hoy las normas especiales que en esta materia se han dictado para los militares, cuyo régimen de indemnizaciones por accidentes de trabajo (lesiones recibidas en combate o "por acción del enemigo" y en general "en misión del servicio") es estricta o exclusivamente legal; es decir, tanto ellos como sus causahabientes sólo tienen derecho a lo que la ley les concede, según la tarifa establecida en las correspondientes disposiciones. Así fue diseñado el sistema en el Decreto 2337 de 1971, aplicable al caso *sub-júdice*, que fue subrogado por el Decreto 612 de 1977. Lo que en forma exceptiva se contempla en ese decreto, lo mismo que en el 612, es la pérdida del derecho a la indemnización cuando se adquieran las incapacidades "al realizar actos que impliquen violación de la ley, reglamentos u órdenes" (artículo 136 del decreto primeramente citado).

5o. Finalmente, se sostiene en el fallo a que se refiere este salvamento de voto que la "no indemnización plena" al militar que sufre un accidente de trabajo cuando "los hechos exceden los riesgos propios del ejercicio", "rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley". Prosigue la sentencia: "Este principio es fundamental, todo ciudadano es igual a los demás frente a la ley. El principio constitucional que ordena al Estado proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes y sobre el cual se fundamentan las acciones indemnizatorias según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, debe cubrir por igual a quien desempeña una función de servicio público como a quien es un simple ciudadano y no devenga sus ingresos del erario público. No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión".

En primer lugar, cabe anotar que en caso de accidentes de trabajo en que concurren las circunstancias que menciona la sentencia, el militar y, en general, los servidores del Estado no quedan desprotegidos, pues gozan del amparo del correspondiente régimen de prestaciones sociales; y no haría más eficaz la función preventiva del Estado frente a los infortunios del trabajo que podrían sufrir ellos la consagración del sistema de la indemnización total en caso de fallas o faltas de la administración como factor que desencadena tales riesgos.

En segundo lugar, en lo atinente al monto de la reparación de los perjuicios, precisa observar que, en este aspecto, no admite comparación la situación de los militares y en general de los servidores públicos con el resto de los colombianos. No es posible establecer una relación de igualdad entre extremos o situaciones desiguales, más aun, disímiles. No se puede equiparar, para dar igual tratamiento, dos situaciones sustancialmente diferentes, o sea, que no guardan entre sí ninguna relación de equivalencia y ni siquiera de semejanza. No gozan los particulares del régimen protector de las prestaciones sociales establecido por el Estado en beneficio de los empleados oficiales y especialmente de los militares, ni de la amplia cobertura de riesgos que los ampara, con cargo exclusivo al tesoro público, sin que esta observación vaya en desmedro de la incontrovertible justificación del sistema.

Claro está que muchas personas particulares disfrutan el régimen de las prestaciones patronales o del sistema de los seguros sociales, mas, amplios sectores de la población se encuentran al margen de ellos. Pero el caso es que ninguna de tales personas está frente al Estado en la misma situación de protección prestacional, especialmente en lo que atañe a accidentes y enfermedades, sean o no profesionales, en que, a cuenta y riesgo suyos, ha colocado a sus servidores.

Precisamente la reparación parcial de perjuicios que establece el derecho laboral hace, hasta cierto punto, contrapeso a la extensión de los riesgos por los que debe responder el patrono, los cuales incluyen hechos que no lo obligarían conforme a las reglas del derecho civil, que si bien otorgan total resarcimiento, reducen el campo de la responsabilidad.

El tratadista de derecho del trabajo Mario de la Cueva dice al respecto:

"La ley de accidentes del trabajo introdujo un nuevo principio de responsabilidad en el mundo del derecho positivo, pero era preciso fijar las bases para calcular las indemnizaciones. Pues bien, el principio de la indemnización 'fortfait', que es, justamente, la base para calcular las indemnizaciones, comprende, según Rouast et Givord, dos aspectos fundamentales: la idea de que la indemnización no debe ser total, sino parcial y el principio de la supresión del arbitrio judicial mediante el establecimiento de indemnizaciones fijas.

"I. La idea del riesgo profesional extendió la responsabilidad del empresario más allá del campo que podía prever el derecho civil, pero era indispensable mantenerla en un límite que no fuera de tal manera gravoso para los empresarios que pusiera en peligro sus posibilidades económicas y el buen orden de sus negociaciones.

"El principio de la indemnización forfaitaire constituye este límite y es, a la vez, una modificación más a las reglas del derecho civil".

.....

"En síntesis, la indemnización forfaitaire es la compensación que recibe el patrono por la extensión de la responsabilidad" (Derecho Mexicano del Trabajo. Volumen II).

Se justificaría esa apelación a la igualdad que se hace en la sentencia si por fuera del marco de la relación de servicio, contractual o legal y reglamentaria, es decir, en el de la responsabilidad extracontractual, o, en otros términos, si en caso de daño corporal proveniente de hechos no constitutivos de accidente de trabajo sino de faltas o fallas de la administración, se negara a los militares y, en general, a los servidores públicos, el derecho a la reparación plena de los perjuicios recibidos o se les reconociera éstos en situación de desventaja.

6o. En síntesis, considero que habiendo muerto el Capitán Guillermo Enrique Díaz Muñoz a consecuencia de un accidente sufrido en misión del servicio, no podían prosperar las pretensiones de la demanda, fundadas en que ocasionaron el infortunio faltas o fallas de la administración, pues sus derechos no eran otros que los de naturaleza laboral consagrados en el Decreto 2337 de 1971, entonces vigente.

Joaquín Vanín Tello.

Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

AUTO PARA MEJOR PROVEER.— Procedencia. Requisitos de ley. (Artículo 91 del Código Contencioso Administrativo).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., febrero veintidós (22) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejera Ponente: **Doctora Aydée Anzola Linares.**
Referencia: Expediente No. 11.015. Indemnización.
Actora: **Susana Martínez viuda de Sánchez y otros.**

De conformidad con lo aprobado en sesión de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fechado el trece de septiembre del año próximo pasado, el expediente de la referencia pasó a la consideración de la suscrita, por ser la consejera que le seguía en turno al ponente, en ese entonces, el doctor Suescún y cuya ponencia no fue aprobada por la mayoría de los asistentes a dicha Sala, pues se consideró que era el caso de dictar auto para mejor proveer.

Como en este proceso se llenan los requisitos que la ley exige (artículo 90 del Código Contencioso Administrativo) a fin de que pueda acudirse al auto para mejor proveer, pues existen puntos dudosos y oscuros de la controversia que deben aclararse mediante algunas pruebas documentales que fueron aportadas al expediente, mas no decretadas, se resuelve:

Téngase como pruebas, el Registro Notarial sobre la defunción de HUGO FERNEL SANCHEZ, visible a folio 60 del expediente principal y la relación de soldados fallecidos en la catástrofe que ocurrió en Cali el 7 de agosto de 1956, entre los cuales figura el citado Fernel Sánchez Martínez, relación que fue enviada por las Fuerzas Armadas de Colombia al señor Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Cali, quien a su vez la envió con destino a este negocio.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Despacho de la Consejera sustanciadora para proceder a dictar sentencia de fondo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto de auto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión del día 21 de febrero de 1984.

Mario Enrique Pérez Velasco, presidente, **Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, José Alejandro Bonivento F.**, ausente, **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Jacobo Pérez Escobar** ausente, **Gustavo Humberto Rodríguez R., Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy**, salvó voto, **Carlos Gustavo Arrieta**, Conjuez, **Joaquín Vanín Tello**, ausente.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

AUTO PARA MEJOR PROVEER.— PROCEDENCIA.— PRINCIPIOS DE LEALTAD E IGUALDAD PROCESALES.

SALVAMENTO DE VOTO.

Referencia: Expediente No. 11.015.
Actor: **Susana Martínez viuda de Sánchez.**

Por considerar que en este caso concreto no procede el auto para mejor proveer, con todo respeto, nos separamos de la mayoría.

El auto busca acreditar no cualquier punto sino el fundamental del proceso, como es el hecho que causó la muerte de la víctima. Para el efecto la parte actora tuvo amplias oportunidades y lo cierto es que no hizo uso de ellas. Ni al formular la demanda, ni durante la fijación en lista, los interesados se preocuparon por presentar o anunciar prueba alguna al respecto, como era su deber.

Pero lo más relevante para nuestra negativa es lo que tiene que ver con los principios de lealtad e igualdad procesales, en cuanto los documentos que buscan demostrar la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador y que ahora son objeto de auto para mejor proveer, fueron allegados al expediente sin ningún anuncio y fuera del período probatorio, exactamente cuando había pasado ya el término para alegar de conclusión.

A pesar de ser partidarios decididos del auto para mejor proveer, por las circunstancias específicas que dejamos anotadas, consideramos que en el presente caso no se podía hacer uso de la facultad inquisitiva que la ley deja a criterio del juez sino que tenía que dictarse sentencia absolutoria ante la falta de prueba del hecho fundamental, tal como lo proponía la ponencia sustituida por el año de que disentimos.

Carlos Gustavo Arrieta, Conjuez; **Eduardo Suescún Monroy.**

AUTO PARA MEJOR PROVEER.— Unicamente se dictan por iniciativa oficiosa del Juzgador y con la mira de aclarar puntos oscuros o dudosos de la controversia, más no para suplir o subsanar deficiencias probatorias de las partes.

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero Samuel Buitrago Hurtado.

Referencia: Expediente No. 11.015.
Actor: **Susana Martínez viuda de Sánchez y otros.**

Muy respetuosamente discrepo de la anterior providencia por estimar que los autos para mejor proveer de que habla el artículo 91 del Código Contencioso Administrativo y no el 90 como se dice en ella, únicamente se dictan por iniciativa oficiosa del juzgador y con la única mira de aclarar puntos oscuros o dudosos de la controversia, mas no para suplir o subsanar deficiencias probatorias de las partes, máxime que en el caso de autos que devino de la explosión de Cali, la responsabilidad estatal fue reconocida por el legislador mediante la Ley 179 de 1959, amén de que en el expediente hay prueba suficiente para la definición del problema planteado.

En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento de voto.

Samuel Buitrago Hurtado.

Bogotá, D. E., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— ELEMENTOS que determinan la responsabilidad y la obligación de carácter indemnizatorio.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— ABSOLUCION DEL AUTOR EN PROCESO PENAL.— La absolución del autor de un disparo en un proceso penal, no es óbice para el ejercicio de la acción contencioso administrativa enderezada a obtener el resarcimiento de los perjuicios que según los demandantes recibieron a causa de una falla o falta de los servicios de la administración.

RESPONSABILIDAD DEL AGENTE.— ATENUACION.— Es bien sabido que la ley atenúa en alto porcentaje la responsabilidad cuando al ejecutar un hecho en las circunstancias del artículo 24 (Constitución Nacional) el agente se excede en los límites impuestos por la norma legal, la autoridad y la necesidad. (Véase artículo 26 de la Constitución Nacional).

ARMAS DE FUEGO.— USO.— El Decreto 522 de 1971, establece lo siguiente: "Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga".

SENTENCIA PENAL.— Prueba. ¿Puede discutirse en proceso civil?

AUTORIDADES DE LA REPUBLICA.— ¿Para qué están constituidas? Artículo 16 de la Constitución Nacional. Concepción política, filosófica.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., marzo catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 10.768. Ordinario de indemnizaciones.
Actora: **Clara Inés Camargo viuda de Linares.**

La señora Clara Inés Camargo viuda de Linares, actuando en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad James Alberto, Harold Joaquín, Yalman Alexandro y Damaris Achuri Camargo, y los señores Ricardo y Fernando Linares Camargo, quienes obran en su propio nombre, presentaron demanda contra la Nación, ante el Consejo de Estado, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"I.1 La Nación es responsable de la totalidad de los perjuicios ocasionados a Clara Inés Camargo viuda de Linares, James Alberto, Harold Joaquín, Yalman Alexandro y Damaris Achuri Camargo y Ricardo y Fernando Linares Camargo, a raíz de la muerte de su hijo y hermano Guillermo Linares Camargo durante un procedimiento de captura llevado a cabo en cumplimiento de órdenes superiores por el Cabo Segundo de la Escuela de Infantería de Marina, Unidad Oscar, Segura Calvo Hernán, frente a la residencia número 8-37 de la calle 15, de Fontibón, el día 19 de abril de 1976.

"II.1 En consecuencia condénase a la Nación:

"III.1 A pagar a la señora Clara Inés Camargo viuda de Linares los daños y perjuicios, de carácter material, daño emergente y lucro cesante, incluyendo en este rubro los frutos corrientes de la suma a pagar (intereses compensatorios), en el curso (sic) que se demuestre en el curso del proceso, o,

"Subsidiariamente:

"Que resulten liquidados por el procedimiento señalado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"En el fallo, o en la liquidación, se distinguirá la indemnización debida o ya consolidada de la futura, a pagar por anticipado, y actualizará y hará presente su valor en la fecha de su probable cumplimiento en pesos corrientes del día del insuceso, esto es, tomando en cuenta la depreciación monetaria, y además, que las rentas son de suyo crecientes y dinámicas.

"III.2. A pagar a todos los demandantes:

"III.2.1 Lo que valgan mil gramos de oro de la fecha del fallo, como satisfacción de sus perjuicios morales subjetivos, o

"2o. En subsidio,

"Que se entregue a cada uno de los reclamantes de indemnización del daño moral subjetivo mil gramos de oro puro en compensación.

"III.2.3. Los gastos del proceso, y

"III.2.4. Los intereses corrientes de las sumas totales que resulten de su cargo en el fallo, o en la liquidación, desde la fecha en que se deba cumplir lo resuelto y hasta cuando el pago, efectivamente, se verifique.

"1.2. La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 121 y 127 del Código Contencioso Administrativo".

De la siguiente manera se exponen los hechos de la demanda:

"2.1. Guillermo Linares Camargo prestaba servicio militar, juntamente con su hermano Fernando, en la Unidad Oscar de la Escuela de Infantería de Marina, en esta capital.

"2.2. Linares Camargo a quien no faltaba sino un mes para recibir la baja resolvió desertar.

"2.2.1. Posteriormente fue capturado y condenado a nueve meses de prisión, que venía purgando en los Cuarteles del Batallón a que estaba adscrito.

"2.2.2 La semana anterior a su muerte violenta le comunicaron que sería trasladado a Cartagena para que terminara de pagar allí la pena.

"2.2.3 Lo anterior motivó su desesperación pues no quería dejar a Bogotá, a su madre y hermanos.

"2.2.4. Y en medio de dicha desesperación resolvió evadirse nuevamente, yendo a parar a su casa materna, situada en la calle 15, número 80-37 del municipio anexado de Fontibón.

"2.3. Fue entonces cuando el Comandante de la Guarnición, Capitán Ramiro Salazar Lizaraso, dio orden al Cabo Segundo Segura Calvo Hernán para CAPTURAR O DAR DE BAJA al fugitivo.

"2.3.1. En cumplimiento de la orden superior Segura Calvo se dirigió a la dirección ya indicada, tocó a la puerta, y cuando, Guillermo Linares Camargo asomó a la puerta y le dijo que si venía a matarlo, le descerrajó certero disparo con una pistola COLT 45 de dotación.

"2.3.2. La pregunta la hizo Linares porque ya lo habían llamado a advertirle que se había dispuesto su captura y que los encargados de llevarla a cabo tenían *orden de disparar*.

"2.4. El procedimiento en mención desde su origen hasta su ejecución, implica una clara falla de la Administración ya que:

"2.4.1. Linares Camargo se encontraba inerme;

"2.4.2. En ningún momento hizo resistencia a su captor;

"2.4.3. Ni siquiera intentó correr a eludir la captura;

"2.4.4. El ejecutor de la orden le disparó tan pronto Linares Camargo le abrió la puerta;

"2.4.5. No le dio voz de alto, ni le intimó rendición;

"2.4.6. Mucho menos hizo los disparos que el Reglamento obliga dirigir al aire antes que a la persona del capturado.

"2.5. Pero hay algo más que pone de manifiesto la sangre fría con que se ejecutó la captura mortal de Linares Camargo:

"Cuando cayó herido, su matador se fue, se alejó, sin socorrerlo, del lugar, y sólo volvió a aparecer como a la media hora, en una patrulla del F-2 de la Policía Nacional; cuando ya era tarde y se había desangrado como consecuencia de la lesión que le propinó.

"Buen ejemplo éste de la manera como se violan los derechos humanos por parte de algunos miembros de las Fuerzas Armadas en nuestro país.

"2.6. Como consecuencia de la herida y falta de oportuna atención Linares dejó de existir el mismo diecinueve de abril de mil novecientos setenta y seis.

"2.7 Linares Camargo había nacido 19 años atrás.

"2.7.1. Hijo de Clara Inés Camargo viuda de Linares, le ayudaba en su sostenimiento con lo que se ganaba antes de ingresar al servicio militar, y ya en él, con lo que pagaban como Cabo de Infantería de Marina.

"2.7.2. Con su muerte, su madre quedó privada de por vida, de su ayuda económica.

"2.7.3. Y ésta, la madre y sus hermanos James Alberto, Harold Joaquín, Yalman Alexandro, Damaris, Ricardo y Fernando, se han visto sumidos en profunda congoja, afligidos y adoloridos moralmente.

"2.8. Daños y perjuicios ligados causalmente a los hechos constitutivos de la falla de la Administración relatados con anterioridad".

Como disposiciones infringidas se señalan en la demanda los artículo 16, 20, 29 y 51 de la Constitución Nacional; "El Reglamento de Uso de las Armas del Ejército Nacional, el Reglamento de Guarnición para uso de las Fuerzas Armadas y el Reglamento de Régimen Disciplinario para las mismas (RFM. Pco. ser. No. 4 -Reg. RD)". (particularmente sus artículos 39, 20, 26, 29 literal m) No. 40, 2 e)". En torno a las anteriores disposiciones se desarrolla en la demanda el concepto de la violación.

La demanda fue admitida en la Sección Tercera con relación a los señores Ricardo y Fernando Linares Camargo, Clara Inés Camargo viuda de Linares y a los menores James Alberto, Harold Joaquín y Yalman Alexandro Achuri Camargo, representados por su madre; no así en cuanto a la menor Damaris Achuri Camargo, puesto que no se acreditó en el proceso "ni su existencia ni su representación" (folios 19 y 21 del cuaderno No. 1).

Intervino en el proceso el Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de apoderado, el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, principalmente con los siguientes argumentos:

"Se afirma en la demanda que el Cabo Hernán Calvo Segura protagonizó los hechos lamentables en la misma puerta del domicilio del finado, "tan pronto como Linares Camargo le abrió la puerta".

"Sin embargo, de las declaraciones allegadas al proceso aparece que el señor Linares Camargo salió de su casa y recorrió buena parte de la cuadra antes de recibir las voces de alto ordenadas con el fin de que atendiera el requerimiento y orden de captura.

"En la misión específica de llevar a cabo una captura se conjugan imprevistos que originan reacciones opuestas entre capturado y captor. No se puede suponer intención de dar muerte al desertor por parte de quien tenía que cumplir la orden de conducirlo.

"Al querer eludir la orden de reintegro a las filas, el señor LINARES CAMARGO pudo haber dado lugar a una reacción que trajo efectos contrarios a los buscados por la autoridad. El debía saber la rigidez y seriedad conque se le ordenaba regresar al servicio militar, y por tanto no debió huír de la presencia de quien tenía la orden expresa de conducirlo y sobre quien recaía la responsabilidad en caso de evasión del soldado desertor. Con esta aclaración, no se está justificando el hecho y desenlace del mismo, pero sí se puede traer el rechazo que el señor LINARES CAMARGO (q.e.p.d) hizo a la orden de captura como *culpa* de parte suya.

"De antemano conocía el señor LINARES que debía cumplir la orden, por ser lo viable y aceptable, pero nunca exponerse en la forma en que ocurrieron los hechos.

"Con seguridad que si hubiera acatado la orden de regreso a las filas, o a cumplir la sanción que ya con antelación había iniciado, no habría provocado el insuceso. Hubiera sido más explicable el querer eludir las órdenes militares, en persona que no tuviera conocimiento de los Reglamentos Militares, pero el señor LINARES debía tener claridad plena acerca de ellos.

"Faltándole un mes para recibir la baja, como se afirma en los hechos de la demanda, el señor LINARES CAMARGO desertó.

"Sin mayor esfuerzo, se puede deducir la culpabilidad por parte del señor GUILLERMO LINARES CAMARGO cuyo deceso todos lamentamos. El señor LINARES CAMARGO (q.e.p.d.) no colaboró de la mejor manera para resolver su situación y provocó el desenlace inesperado.

"La culpa se hace más evidente, si se mira el hecho de que su hermano FERNANDO también estaba prestando el mismo servicio obligatorio. No desconocían las ordenes militares.

"No se explica por qué en últimas y a punto de concluír la obligación de prestación del servicio militar hubiera llegado a desertar".

Como al fallarse el proceso en la Sección Tercera, se presentó empate, el negocio fue sometido a decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Debido a que el proyecto de sentencia elaborado por el Consejero conductor del proceso no fue aprobado, pasó el negocio al que le sigue en turno, por orden alfabético.

Dentro del período probatorio se recibieron diversas pruebas, entre ellas el "resumen clínico del señor GUILLERMO LINARES CAMARGO", elaborado por el Hospital Militar Central, concepto de la División de Laboratorios e Identificación —Grupo de Balística Forense del Departamento Administrativo de Seguridad, fotocopia del protocolo No. 1136 que contiene "diagnósticos macroscópicos", emanados del Departamento de Patología del Instituto de Medicina Legal, dictamen No. 79.666 y "diagrama de trayectoria y posible posición de la víctima en el momento del disparo", procedentes del Departamento de Criminalística —Laboratorio de Balística—del mismo Instituto, declaraciones de testigos de los hechos rendidas ante el Juez 41 de Instrucción Penal Militar, pero que no fueron ratificadas en el proceso contencioso administrativo, providencia de fecha 13 de septiembre de 1977, dictada por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual se revocó la del "Comandante del Batallón de Seguridad No. 3, quien en su condición de Juez de Primera Instancia, dispuso el cese de todo procedimiento contra el procesado Cabo Segundo de Infantería de Marina HERNAN SEGURA CALVO y sentencia del mismo Tribunal, del 28 de abril de 1978, en que se confirmó la proferida por la Presidencia del Consejo de Estado verbal que absolvió al mencionado militar "de los cargos que se le formularon por homicidio y ataque al inferior".

El Consejero a quien correspondió el negocio, una vez asumido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con la venia de ésta, dictó auto para mejor proveer a fin de aclarar puntos oscuros o dudosos del proceso, y en virtud de esta providencia se produjo la ampliación del dictamen No. 79.666 mediante el No. 470 de 1983, elaborado por el Departamento de Criminalística —Laboratorio de Balística— del Instituto de Medicina Legal.

La señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado emitió, con destino a la Sección Tercera, concepto parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, parte del cual se transcribe a continuación.

.....

"De los hechos que han sido plenamente probados en el proceso, quedó establecido, que el Cabo Segundo de Marina, actuó en forma precipitada, imprudente e irresponsable durante la captura de GUILLERMO LINARES CAMARGO, dando muestra de su total desconocimiento del procedimiento que se debe seguir en los casos de capturas, para evitar errores tan graves como los que se cometieron en el caso que nos ocupa.

"Es así como al ser capturado LINARES CAMARGO dentro de la casa donde se encontraba, no le fueron puestas esposas como medida de prevención, ni fue conducido inmediatamente a un vehículo, ni fueron hechos disparos al aire para intimidarlo. Solamente fue dada una voz de alto, a la cual se obedeció inmediatamente devolviéndose hacia su casa, momento en el cual el agente de la Marina disparó, causándole las heridas que más tarde le produjeron la muerte.

"De las declaraciones de LUZ MIRIAM PERDOMO (folios 104, 105 Cuad. No. 2) y de JAMES ACHURY CAMARGO (Folios 102 y 103 del Cuaderno No. 2) y los dictámenes periciales emitidos por el Departamento Administrativo de Seguridad (folio 110 del Cuaderno No. 2) y de Medicina Legal (folios 131 y siguientes) se establece que la víctima en el momento de recibir el disparo, se encontraba en posición INMOVIL o "COMENZANDO LA MARCHA" lo cual indica lógicamente, que no estaba corriendo con intención de huír, por el contrario, estaba a corta distancia y de frente a su captor, circunstancias que hubiera podido aprovechar el agente SEGURA CALVO para aprehenderlo, máxime si se considera que LINARES CAMARGO estaba desarmado, por lo tanto no ofrecía ningún peligro para la seguridad de quien debía darle captura. Además el hecho de haber obedecido de inmediato a las voces de "alto" es un claro indicio de la intención que tuvo LINARES CAMARGO de no oponer resistencia a su captura, luego no se justifica de ninguna manera la conducta del Cabo Segundo SEGURA CALVO.

"Bastaría solamente lo anterior para que se configurara la falla en el servicio, en el presente caso, pero además existen otras circunstancias que agravan aún más la situación y ponen de manifiesto la conducta culposa e irresponsable de quienes cumplían con la orden de capturar a GUILLERMO LINARES CAMARGO cuales son: a) La negligencia con que actuaron los Agentes de Marina para auxiliar al herido, inmediatamente que le fuera hecho el disparo, quien alcanzó a llegar hasta su casa de habitación donde permaneció por más de una hora desangrándose y sin que se le fueran prestados servicios médicos.

"b) La demora en conseguir un vehículo para transportar al herido a un centro hospitalario, a sabiendas que cualquier vehículo ya sea particular o de servicio público, está en la obligación de prestar el servicio cuando las autoridades se lo soliciten en casos como el presente.

"c) El transbordo del herido a otro vehículo cuando este era conducido al hospital, en la Avenida 68 con calle 13 (folio 108 del cuaderno No. 2), y

"d) La decisión de llevar al herido al Hospital Militar Central, conociendo la distancia que hay entre este Hospital y el Municipio anexo de Fontibón.

"No cabe duda entonces que toda esta serie de conductas equívocas produjeron la muerte de la víctima, lo cual se comprueba con la certificación médica expedida por el doctor Fred Enrique Segovia Sarasti, Jefe de la consulta externa del Hospital Militar Central y en la cual se dice las condiciones en que se encontraba la víctima cuando finalmente fue llevada al Hospital (folio 34 del cuaderno No. 2).

"De esta manera quedó plenamente establecido el daño cierto y determinado, la falla en el servicio y la relación de causalidad entre los dos, de donde se infiere la responsabilidad del Estado —Armada Nacional— por los perjuicios causados a los demandantes.

"Sin embargo del proceso no se estableció plenamente la dependencia y ayuda económica que el occiso prestaba a su madre y hermanos. Bien es cierto que la víctima como miembro de la Armada Nacional que era, recibía un salario, pero no se probó plenamente que con este salario ayudara económicamente a su familia, luego no se puede afirmar que los demandantes sufrieron daños materiales con la muerte de la víctima. Por lo tanto debe condenarse únicamente al pago de los perjuicios morales subjetivos".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. Los supuestos de la acción y su prueba.

Como lo tiene dilucidado y ha sostenido de manera constante la jurisprudencia del Consejo de Estado, los elementos que se reseñan a continuación determinan la responsabilidad del Estado y la consiguiente obligación de carácter indemnizatorio:

1o. Una falta o falla en el servicio o, propiamente, de la Administración Pública, por acción u omisión.

2o. Un daño o perjuicio, cierto, determinado o determinable, que consiste en la lesión de un bien jurídicamente protegido.

3o. Una relación de causalidad entre la falla o falta y el daño

Como en la demanda se pretende que la Nación sea condenada a indemnizar los perjuicios que dicen los demandantes recibieron por la muerte del infante de marina Guillermo Linares Camargo, cabe esclarecer si están probados los hechos en que se fundamenta la acción y, más concretamente, los anteriores supuestos determinantes de la responsabilidad de aquella.

Esa prueba era, desde luego, de incumbencia de los demandantes, quienes no cumplieron a cabalidad, por intermedio de su apoderado, con el deber de probar. Fue principalmente por esa omisión que no se ratificaron en el proceso contencioso administrativo declaraciones de testigos rendidas en el proceso penal militar que se adelantó contra el cabo segundo de infantería de marina Hernán Segura Calvo, por lo cual

no pueden ser tenidas en cuenta dichas pruebas sobre los hechos en los que el infante de Marina Guillermo Linares Camargo recibió las heridas que le causaron la muerte y respecto a las circunstancias que lo rodean, especialmente en materia de asistencia médica.

Es decir, correspondía a los actores demostrar los elementos determinantes o constitutivos de la responsabilidad de la Nación y a ésta los eximentes de ella.

II. Procedencia de la acción contencioso-administrativa.

Se enfrenta al proceso contencioso administrativo la circunstancia de que el autor del disparo, cabo Hernán Segura Calvo, fue juzgado y absuelto por la justicia penal militar. Pero al respecto caben estas observaciones: No se trata de deducir en este juicio la responsabilidad del causante de la muerte del infante de marina, ni siquiera en el orden administrativo. La acción ejercida por los demandantes no tiene como fundamento una responsabilidad subjetiva, o sea del agente, sino objetiva de la entidad en nombre de la cual actuó y por la que se debió prestar el servicio, en este caso de asistencia médica. De suerte que la absolución del autor del disparo, en un proceso penal, no es óbice para el ejercicio de la acción contencioso administrativa enderezada a obtener el resarcimiento de los perjuicios que, según los demandantes, recibieron a causa de una falla o falta de los servicios de la administración.

III. La responsabilidad de la Nación.

a) El daño corporal y su autor.

Con el fin de dilucidar si hubo falta o falla del servicio y, por consiguiente, responsabilidad de la Nación, precisa establecer primero si es cierto que el infante de marina Guillermo Linares Camargo falleció a consecuencia de heridas recibidas y esclarecer quién fue su autor y en qué calidad actuaba cuando las causó.

Para la Sala lo que tuvo siempre el carácter de incontrovertible a lo largo del proceso es el hecho de que el señor Linares murió (folio 10, cuaderno No. 1) a causa de las heridas que le causó el cabo Hernán Segura Calvo, miembro de la Armada Nacional (folio 83, cuaderno No. 2), cuando ejecutaba la orden que le fue dada de capturar al infante de marina, quien había desertado, es decir, mientras realizaba una misión de servicio, como agente de la Nación, al efecto.

A folio 67 del cuaderno No. 2 figura copia del escrito en que se le confirió comisión al cabo segundo de infantería de marina Hernán Segura Calvo "para que con dos (2) infantes capturen al IMAR (detenido) Linares Camargo Guillermo quien se fugó de la celda de la Unidad en la noche del 18 de abril de 1976".

Del hecho da cuenta la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, de fecha 28 de abril de 1978, mediante la cual se confirmó el fallo proferido por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, en el que "se ABSOLVIO al cabo 2o. de Infantería de Marina HERNAN SEGURA CALVO, de los cargos que se le formularon por homicidio y ataque al inferior", como reza la primera de tales providencias, cuyo mérito probatorio habrá de ser examinado más adelante (folios 115 a 130 del cuaderno No. 2).

b) La falla del servicio

1o. Por acción.

Estima también la Sala que está plenamente probado en el proceso que hubo una falta o falla del servicio puesto que al ser herido el infante de marina Guillermo Linares

Camargo no huía de su aprehensor, y no se demostró que en ese momento le hizo resistencia, ni que el cabo Segura hubiera tenido que actuar en legítima defensa.

Ciertamente, por falta de ratificación en este proceso, no se pueden tener en cuenta los testimonios que obraron en el penal militar sobre la forma como sucedieron los hechos; pero las pruebas técnicas son suficientes, en sentir de la Sala, para demostrar que el occiso no huía de su aprehensor cuando se le hizo el disparo mortal. Ellas son las siguientes:

1o. El protocolo No. 1136 del Instituto de Medicina Legal, correspondiente a la autopsia practicada al cadáver del infante de marina Guillermo Linares Camargo, según el cual éste "falleció en shock hemorrágico, secundario a herida de paquete femoral superficial derecho por proyectil de arma de fuego". Se deduce del mismo protocolo cuál era la posición de la víctima con relación al autor de las heridas: el proyectil entró por el "tercio inferior cara externa de pierna izquierda", a sesenta y un (61) centímetros del talón y salió por la "cara interna de tercio inferior de pierna izquierda", a cincuenta y cinco (55) centímetros del talón; volvió a entrar por el "tercio inferior cara posterior interna a cincuenta y cuatro (54) centímetros del talón" y salió por la "cara externa de tercio inferior de pierna derecha", a cincuenta y un (51) centímetros del talón. "Trayectoria: Eje dominante de izquierdo a derecha, *antero-posterior y supero-inferior*" (subraya la Sala. Folio 101 del cuaderno No. 2).

Según la anterior descripción de la trayectoria del proyectil que hirió al señor Linares, éste se encontraba a corta distancia del cabo Segura, teniéndolo delante, por la izquierda.

2o. El dictamen rendido por el Departamento Administrativo de Seguridad — Grupo de Balística Forense de la División de Laboratorios e Identificación—, en el cual se dice que el proyectil disparado penetró por la cara externa de la pierna derecha, atravesando las dos extremidades inferiores. Lo anterior debido a la posición de la víctima en el momento de recibir el impacto, la potencia del arma y la distancia a que fue hecho el disparo. La trayectoria indica que la víctima se encontraba de pies, éstos ligeramente abiertos, el derecho adelante levemente a la izquierda. El tirador se encontraba a la izquierda de la víctima a la misma altura y a una distancia de 4 a 5 metros.

3o. La víctima en el momento de recibir el impacto se encontraba inmóvil y la posición de los pies en la forma indicada en el punto anterior. Las piernas al igual que los pies se encontraban, la derecha ligeramente adelantada a la izquierda, permitiendo que el proyectil al atravesar el músculo recto anterior de la pierna izquierda, atravesara también la pierna derecha a la altura de los músculos abductores.

4o. Según el dictamen de Medicina Legal la diferencia de altura entre el orificio de entrada (61 centímetros) pierna izquierda y el orificio de salida (51 centímetros) pierna derecha, se establece que: en el espacio de 50 centímetros aproximadamente que hay entre las partes externas de las piernas, el proyectil trazó una trayectoria descendente de 10 centímetros. Lo anterior indica que la distancia entre la boca de fuego del arma y la víctima era de 4 a 5 metros. (Ver plano de la trayectoria).

Este dictamen confirma lo expresado en el protocolo No. 1136.

3. El dictamen 79.666 rendido por el Instituto de Medicina Legal —Departamento de Criminalística, Laboratorio de Balística—, que reproduce el contenido del protocolo No. 1136, expresa que "en base a la localización y situación de los orificios de entrada (tercio inferior *cara antero externa* de muslo izquierdo a 61 centímetros del talón)

Salida (cara interna tercio inferior de muslo izquierdo a 55 centímetros del talón), reentrada (tercio inferior de cara posterior interna de muslo derecho a 54 centímetros del talón), lesiones en muslo izquierdo y derecho y trayectoria descrita por el proyectil de arma de fuego en el cuerpo de la víctima, Linares Camargo al recibir el disparo se encontraba de pie, iniciando la marcha, donde el tirador se localizaría en la parte *antero lateral izquierda de la víctima* formando un ángulo de incidencia descendente con respecto al cuerpo del occiso (orificio de entrada de P A F) como se puede observar en la gráfica de trayectoria y posiciones de víctima y sindicado posible (sic) momento del disparo" (Subraya la Sala. folios 132 y 133 del cuaderno No. 2).

La descripción de la posición de la víctima con relación al autor de las heridas y de la trayectoria del proyectil (de izquierda a derecha y en sentido antero-superior y supero-inferior) aparece a folio 137 del mismo cuaderno).

Mediante auto para mejor proveer, dictado con la venia de la Sala Plena, por el Consejero Ponente, se ordenó solicitar al Instituto de Medicina Legal, Oficina de Bogotá, que ampliara su dictamen No. 79.666, con el fin de aclarar, por ese medio, algunos puntos oscuros del proceso. En lo concerniente a este aspecto de la cuestión dicho organismo oficial se expresó en los siguientes términos:

"Como quedó consignado en el dictamen No. 79.666 DC-LB de fecha diciembre 10 de 1979, emanado de éste laboratorio, pregunta literal c. Numeral Primero el Infante de Marina Linares Camargo al recibir el disparo se encontraba de pie iniciando la marcha esto en base a la localización y situación de los orificios de entrada, salida y reentrada de proyectil de arma de fuego que presentaba la víctima. Igualmente en dicho dictamen se describía la posición y localización del tirador en la parte antero lateral izquierda de la víctima donde la trompetilla a boca de fuego del arma formaría un ángulo de incidencia descendente con respecto al cuerpo del occiso (región tercio inferior cara antero externa del muslo izquierdo) como puede observarse en el gráfico adjunto a éste dictamen. Se quiere decir con esto que se ratifica el dictamen No. 79.666-DC-LB de fecha diciembre 10 de 1979".

La representación gráfica de la posición del autor del disparo y de la víctima, según la trayectoria del proyectil, hecha por el Instituto de Medicina Legal de acuerdo con su dictamen, indica que el señor Linares no estaba iniciando la marcha, si de eso se trataba, en sentido contrario a su aprehensor, o sea, en actitud de huida, que enfáticamente dijo el Tribunal Superior Militar, en su fallo, fundamentado en su mayor acervo probatorio, sobre todo de carácter testimonial, que cuando LINARES recibió el disparo, "no estaba en posición de quien huye sino estático", lo que concuerda con el dictamen del Grupo de Balística Forense del Departamento Administrativo de Seguridad, según el cual, en el momento de recibir el impacto la víctima "se encontraba inmóvil".

4o. El Tribunal dictó su fallo, en que confirma la sentencia absolutoria de primera instancia, con base, entre otros, en los siguientes razonamientos:

"Regresando al aspecto esencial, debemos estudiar si con fundamento en lo probado, y en lo alegado, es atendible o no la decisión del jurado, o por el contrario, debe tacharse de manifiestamente injusta.

"La Fiscalía Quinta es de opinión que se confirme la sentencia absolutoria, toda vez que en la muerte del Infante concurrieron 'una serie de circunstancias imprevistas, desapareciendo así el homicidio ultra-intencional, que se atribuye a Segura Calvo'.

"Para evitar confusiones, debemos precisar que el homicidio sí revistió esa característica que se le asigna. Hubo intención de causar una lesión, se actuó con dolo; sin embargo, los resultados fueron más allá de lo previsto, produciendo la muerte. En síntesis, existió dolo en el acto inicial, causar la lesión, y culpa en resultado; él sobrepasó lo querido inicialmente.

"Cuestión bien distinta es pensar, tal como lo anota nuestro colaborador fiscal, si dentro de lo probable, una atención oportuna de los galenos hubiese evitado la muerte del Infante. Hay prueba en el sentido de que el Cabo SEGURA por los medios a su alcance trató de evitar consecuencias más graves para el herido, sin conseguirlo, por incuria de los elementos encargados de prestar auxilio. Tal aspecto sí reviste importancia capital, y no sabemos hasta dónde el jurado haya negado la responsabilidad del acusado, por considerar que la muerte en definitiva no podría imputarse a SEGURA, no obstante su intención inicial de herir, sino ante todo a la falta de atención médica oportuna.

"Según lo reconoce el Acta del Consejo de Guerra, la Fiscalía pidió la condena en razón de que el acusado, 'según su modo de ver se extralimitó en sus funciones'.

"Es bien sabido que la ley atenúa en alto porcentaje la responsabilidad, cuando al ejecutar un hecho en las circunstancias del artículo 24 de la Constitución Nacional, el agente se excede en los límites impuestos por la norma legal, la autoridad y la necesidad. Véase artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Recordemos que el acusado es militar; como tal, recibió una orden de un superior jerárquico que estaba en la obligación de cumplir. Dicha orden consistía en dar captura al Infante LINARES quien se había fugado. Realizó los pasos necesarios para cumplirla, pero en desarrollo del procedimiento se le presentó una circunstancia imprevista a saber: el Infante no atendió la orden de detenerse, e inicialmente todo indica que pretendió huír. Según el acusado, no logró que se detuviera, y por ello disparó contra él. La prueba que anteriormente se analizó permitía advertir que cuando LINARES recibió el disparo, no estaba en posición de quien huye, sino estático. Desde luego que se presentó para el jurado una cuestión dudosa entre esos dos extremos que se planteaban.

"Lo que sí resulta evidente es que el acusado consideró que debía cumplir a cabalidad la orden impartida; y en desarrollo de ese celo extremo cuando vio que su misión quedaba burlada, ante el intento de huída, disparó para impedirla.

"Hubo exceso en el cumplimiento de la orden; es un hecho evidente. Podría arguirse que el exceso, en los términos del artículo 26 en modo alguno releva de responsabilidad. Ello es cierto.

"Pero si el jurado que es soberano en su decisión, consideró no obstante ese exceso, extralimitación en el cumplimiento de la orden, que el acusado no era responsable, tal decisión válidamente proferida no se considera que contraríe ostensiblemente la realidad procesal. Y ello hace relación con los dos cargos que se le formularon.

"De consiguiente, y por las razones últimamente expuestas, se impartirá confirmación a la sentencia absolutoria objeto de esta consulta".

Ya en la providencia del 13 de septiembre de 1977, el Tribunal Superior Militar, al revocar la de primera instancia, de fecha 1o. de abril del mismo año, que "dispuso el cese de todo procedimiento contra el procesado Cabo Segundo de Infantería de Marina HERNAN SEGURA CALVO", había dicho entre otras cosas:

"Que teniendo como base la descripción de la trayectoria del disparo hecha por los legistas, la versión de los testigos JAMES ACHURY CAMARGO Y LUZ MIRIAM RICO DE FARIAS, es la que guarda mejor relación respecto a la posición que ocupaban la víctima y el tirador.

"Que la víctima en el momento de recibir el disparo se encontraba INMOVIL, de pies y éstos ligeramente abiertos.

"En el acta de levantamiento se dejó anotación expresa que en una de las heridas había tatuaje de pólvora".

.....

"Pero además de lo anterior, existen aspectos probatorios que no fueron examinados con detenimiento, y que llevaron en forma involuntaria a un pronunciamiento totalmente equivocado.

"En primer término, el Cabo SEGURA CALVO recibió una orden escrita de un superior para localizar y capturar a LINARES CAMARGO, quien era prófugo de la justicia. A eso se limitaba exactamente la orden, y no podía el encargado de ejecutarla, transformarla a su manera y según su capricho en su orden de muerte, como efectivvamente ocurrió.

"Si en el cumplimiento de una orden militar se presentan aspectos o circunstancias que en ningún momento han podido ser previstos, corresponde tratar de cumplirla en la mejor forma y hasta donde los medios lo permitan, pero no llegar al extremo a que aquí se llegó de creer que como el sujeto por capturar pretendió escapar, resultaba legal el uso de las armas en su contra.

"En casos extremos la ley permite el uso de las armas. Valga el ejemplo del guardián que es atacado por el detenido y éste trata de usar las armas para proteger la huída. Otra situación similar se presenta en misiones de orden público cuando hay una agresión y resulta indispensable repelerla.

"Por ello la ley ha extremado esas autorizaciones, el Decreto 522 de 1971 establece lo siguiente:

" 'Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuego no pueden emplearse contra el fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga'.

"7o. Dijimos antes que la prueba no había sido examinada con el suficiente cuidado, y se da por aceptado que el Infante LINARES huyó, no atendiendo las voces de alto dadas por SEGURA y que de consiguiente, resulta legal el uso de las armas para impedir que escapara.

"Algunos de los testigos parientes de la víctima, y otros sin ese nexo, refirieron que el Infante al salir de la casa alcanzó a correr y ante las voces de alto dadas por SEGURA regresó con las manos en alto y cuando se disponía a subir al andén, el Suboficial le hizo el disparo.

"Bien podría pensarse, que los familiares con un ánimo de venganza hayan pretendido desfigurar la verdad, y que los hechos no se desarrollaron en la forma como los describen, sino como los planteó SEGURA.

"Pero tal observación no tendría la misma validez respecto a otros testigos, no parientes de la víctima.

"Ahora bien; nos parece que debe desecharse la especie o acusación grave en el sentido de que el Infante tenía las manos en alto cuando recibió el disparo. En cambio se considera que cuando ocurrió el hecho fundamental, contrario a lo que afirma el sindicado, LINARES había cesado en su propósito de huír, estaba cerca de él.

"Los propios familiares de la víctima afirman que el suboficial le gritó alto al Infante y su versión merece credibilidad y concuerda con la del propio sindicado. Cuando LINARES salió de la casa para entregarse, cerró el portón con brusquedad y trató de huír, de ello no hay duda; pero las voces de alto surtieron su efecto y alcanzó a regresar para detenerse cerca donde estaba el suboficial; fue en ese momento cuando éste le hizo un solo disparo que le interesó ambas piernas.

"La inspección judicial con reconstrucción de los hechos, demuestra que la posición que tenía el Infante respecto al Cabo SEGURA, corresponde a la que indica la prueba testimonial.

"Y si hubiese algún error en estas apreciaciones, recordemos que los peritos en quienes no se puede suponer interés alguno en falsear la verdad, afirmaron que esa versión era la más cercana a los hechos, y también, que en el momento de recibir el disparo LINARES estaba de pie, inmóvil.

"El acta de levantamiento contiene la atestación en el sentido de que se observaba tatuaje de pólvora, lo cual indica que las dos personas se encontraban muy cerca.

"Y la versión de SEGURA de que disparó cuando corría para escapar, también está contradicha por la prueba científica como es la autopsia, en donde se describe la trayectoria del proyectil. Y como la misma bala perforó las dos piernas a la altura en que se señala científicamente, nadie puede pensar con asomo de lógica que cuando recibió el impacto iba en veloz carrera. Por ello los peritos dicen con sobrada razón que el impacto lo recibió cuando se encontraba inmóvil.

"En síntesis, LINARES inicialmente pretendió escapar y cuando SEGURA CALVO advirtió su propósito le dio voces de alto; el Infante se frenó en su carrera y alcanzó a caminar hasta quedar cerca al Cabo, fue en este momento cuando se le hizo el disparo con las consecuencias graves conocidas.

"No hay entonces justificación en su conducta, o al menos un exceso en el cumplimiento de la orden, toda vez que cuando disparó el Infante había cesado en su propósito de huír".

Habrá la Sala de referirse exclusivamente al fallo dictado por el Tribunal Superior Militar, el 28 de abril de 1978, cuya incoherencia es evidente. En él se afirma que "el homicidio sí revistió esa característica que se le asigna", que *"hubo exceso en el cumplimiento de la orden"; "intención de causar una lesión, se actuó con dolo*; sin embargo, los resultados fueron más allá de lo previsto, produciendo la muerte. En síntesis, existió dolo en el acto inicial, causar la lesión, y culpa en (sic) resultado; él sobrepasó lo querido inicialmente". Dice que "el Infante no atendió la orden de detenerse, e *inicialmente* todo indica que pretendió huír", pero "cuando LINARES recibió el disparo, *no estaba en posición de quien huye, sino estático*" (subraya la Sala). No obstante, afirma que cuando Segura "vio que su misión quedaba burlada, ante el intento de huida, disparó para impedirla". Se colige de las anteriores contradictorias consideraciones que para el Tribunal Superior Militar la actuación del cabo Segura tiene esta explicación, desde

luego, nada convincente y en ningún caso justificativa de su conducta: como el desertor intentó inicialmente huir, aunque ya se había detenido, para evitar que tratara de huír de nuevo, disparó sobre él.

Es posible que fuera de alguna otra motivación, en la cual no puede entrar la Sala por el camino de la conjetura, hubiera influido en el fallo la convicción del Tribunal de que no hubo intención de matar sino de herir, que "el cabo SEGURA por los medios a su alcance trató de evitar consecuencias más graves para el herido, sin conseguirlo, por incuria de los elementos encargados de prestar auxilio", y la duda que plantea en cuanto a la causa determinante de la muerte del infante de marina, que "en definitiva no podría imputarse a SEGURA, no obtante su intención inicial de herir, sino ante todo a la falta de atención médica oportuna".

Pero, a pesar de la incoherencia entre la decisión y sus fundamentos y la aparente antinomia entre dos de las consideraciones del fallo, resaltan en él las nítidas y rotundas afirmaciones del Tribunal Superior Militar en el sentido de que el cabo Segura actuó con dolo, pues tuvo intención de herir a quien no huía sino que se había detenido cuando se le hizo el disparo y que es evidente que hubo exceso en el cumplimiento de la orden.

No desconoce la Sala que tradicionalmente la jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que un fallo por sí solo no constituye "plena prueba" de los hechos admitidos en él, es decir, de los que el fallador encontró probados y que sirvieron de base para su decisión. Pero ello no equivale a descartar de manera absoluta su carácter probatorio y no implica, por consiguiente, que no pueda estimarse con otras pruebas para formar la convicción del juzgador, en otro proceso, sobre la realidad de los hechos que se consideraron probados, que se aceptaron como ciertos en este fallo.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, aplicables en este sector de la jurisdicción, no puede discutirse en proceso civil, la declaración hecha en sentencia definitiva, ejecutoriada, proferida en proceso penal, según la cual el hecho que se imputó al sindicado no se realizó o que él no lo cometió "o que obró en cumplimiento de un deber o un ejercicio de una facultad legítima" o, en caso de fallo condenatorio, que el hecho sí existió y que es responsable de él la persona condenada.

Pero no dicen tales normas, ni se deduce de ellas, que cuando en sentencia absolutoria se declara que el hecho existió y que el sindicado lo cometió, sólo que existe una causal exculpativa o eximente de responsabilidad penal, no puede apreciarse el fallo correspondiente, con otras pruebas, podría decirse, accesoriamente, para efectos de la demostración del mismo hecho y de su autoría.

En este caso *no se contradice*, ni se desestima, la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar; se tiene en cuenta, pero no lo toma la Sala como elemento determinante de su convicción, ni siquiera principal de ella, ni como fundamento, en el orden probatorio, de su decisión, que le sirve ante todo a manera de trasluz en la interpretación de las pruebas de naturaleza técnica, por cuanto sus apreciaciones son reflejo de lo que vio y oyo en el teatro de los hechos y aquellas se basan en el testimonio de las cosas, de los elementos físicos que de ellos quedaron y constituyen una muda revelación de los mismos, pero obtenida con ciencia y razón.

Esas pruebas técnicas reseñadas antes, como son el protocolo No. 1136, emanado del Instituto de Medicina Legal —Departamento de Patología—, el dictamen, con su ampliación, y la indicación gráfica de la posición de la víctima con relación al autor del

disparo, elaborados por el Departamento de Criminalística —Laboratorio de Balística— del mencionado Instituto, y el dictamen de la División de Laboratorios e Identificación —Grupo de Balística Forense— del Departamento Administrativo de Seguridad, son suficientes para crear plena convicción sobre este hecho: el infante de marina Guillermo Linares Camargo no estaba huyendo ni intentaba hacerlo *cuando* fue herido por el cabo Hernán Segura Calvo.

Por otra parte, no existe prueba en el expediente y no se alegó por quienes tenían el encargo de defender los intereses de la Nación en el proceso, que el infante de marina hubiera hecho algo que colocara a su aprehensor en situación de legítima defensa, que de ninguna actitud agresiva suya dan cuenta alegaciones y elementos probatorios, que no lo muestran como criminal y mucho menos altamente peligroso; además, no se demostró que el cabo Segura hubiera hecho previamente los disparos reglamentarios al aire, si es que Linares trataba de huir, hipótesis contraria a la evidencia que arrojan las pruebas que obran en el expediente, ni que hubiera agotado los medios que aconseja la más elemental prudencia para aprehender a un fugitivo sin causarle daño.

2o. Por omisión.

Son, por el contrario, débiles las pruebas sobre la falla del servicio consistente en la falta de atención médica, que habría sido, en última, la causa del fallecimiento de Linares. Esa posibilidad es planteada, sin que haya al respecto una afirmación categórica, en la sentencia del Tribunal Superior Militar, que contó con elementos probatorios que no pueden ser tenidos en cuenta en este proceso por su falta de ratificación. Sólo indicios, que no logran formar convicción sobre el particular, resultan del "resumen clínico del señor GUILLERMO LINARES CAMARGO", elaborado por el Servicio de Bioestadística del Hospital Militar Central, según el cual el infante de marina ingresó a ese centro de salud el 19 de abril de 1976, a las 18.00, *sin signos vitales* y que la causa de la muerte fue un shock hipovolémico, y de la ampliación del dictamen del Insituto de Medicina Legal, en que se conceptúa que una persona de las características de Linares puede sobrevivir alrededor de veinticinco minutos después de recibidas las heridas de que fue víctima aquél (folios 101 del cuaderno No. 2, 60 y 61 del cuaderno No. 1).

No sería equivocada la deducción de que si el infante de marina hubiera sido trasladado sin demora a un centro hospitalario habría llegado con vida.

Pero es demasiado amplio el campo de las probabilidades y de las simples posibilidades, de las presunciones y suposiciones en un sentido u otro, que ni la ciencia médica puede aventurarse en él con una afirmación que sobrepase lo que ya se expresó en el concepto del Instituto de Medicina Legal. De suerte que no puede la Sala admitir como demostrada tal omisión, lo cual no es indispensable para que esté probada la falta o falla del servicio.

IV. Y podría afirmarse que se encuentra probado que en la actuación del cabo Segura hubo una falla del servicio, que por intermedio de él falló la Administración Pública Nacional en el proceso de captura del desertor Linares.

Inmóvil o estático, como se califica la posición del infante de marina en el dictamen del Grupo de Balística del Departamento Administrativo de Seguridad y en el fallo del Tribunal Superior Militar, o iniciando la marcha, pero no en sentido opuesto a su aprehensor, sino con rumbo a él, por su izquierda, como en parte se dice en el dictamen y aparece en la representación gráfica elaborados por el Instituto de Medicina Legal y en parte se colige de tales piezas probatorias, lo cierto es que cuando el occiso fue herido no estaba en postura o actitud de quien huye. Disparar sobre alguien que no huye ni ataca

carece de justificación desde todo punto de vista y denota una falla de la administración en el acto de captura de quien desertó del servicio militar o se fugó de un establecimiento de reclusión.

Le asiste pleno convencimiento a la Sala que el agente de la Nación, en este caso, obró con violación de la Constitución, la ley y los reglamentos militares y por lo menos con la mayor imprudencia,

En una esfera puramente conceptual, desligada, por tanto, de cualquier cuestión de tipo probatorio, tienen incuestionable valor, sobre todo porque provienen de hombres de armas, en su mayoría, los razonamientos del Tribunal Superior Militar sobre la no legitimación del uso indebido de aquellas en un Estado de derecho, que no lo suprime el estado de sitio, y sobre la obligación en que están quienes ejercen autoridad de velar por la vida de los asociados.

Dijo esa Corporación en la providencia del 13 de septiembre de 1977, mediante la cual se revocó aquella en que el Comandante del Batallón de Seguridad No. 3, "dispuso el cese de todo procedimiento contra el procesado Cabo Segundo de Infantería de Marina HERNAN SEGURA CALVO.

"Según la auditoría auxiliar de guerra No. 19 se está frente a la llamada 'ley de fuga', y como el Cabo disparó para evitar la fuga de LINARES, se le debe eximir de responsabilidad penal.

"En otros términos, según el criterio de dicho funcionario la aplicación de la llamada ley de fuga no conlleva a responsabilidad alguna y para evitarla se puede usar las armas, sin que al autor se le pueda derivar consecuencia alguna en el orden penal.

"Resulta tan equivocado ese criterio, tan contrario a la normación que regula nuestra ley penal, que nos abstenemos de comentarlo.

"Y según la motivación de la sentencia, como SEGURA hizo uso del arma para impedir la fuga y actuaba en cumplimiento de una orden superior, como integrante del brazo armado del Estado, estaría ejerciento un legítimo derecho, desarrollando la potestad de ese mismo estado, y de consiguiente, su conducta tampoco constituye infracción a nuestras leyes penales.

"Tal vez dentro de una concepción extrema de una de las tesis radicales del llamado nacional socialismo, podría resultar valedera esa argumentación, pero jamás dentro de un estado de derecho como el nuestro".

Y en la sentencia tantas veces citada se expresó en los siguientes términos:

"¿Acaso con la conducta atribuida al procesado, éste estaba velando por la vida y honra de los asociados? Creemos que todo lo contrario, en cuanto a la primera obligación.

"Finalmente, ¿qué tiene que ver la situación de estado de sitio que se vivía para la época del hecho materia del proceso, para justificar la conducta del Cabo SEGURA?

"¿Acaso dicho estado, que entre otras cosas no es de anormalidad en el sentido jurídico, por estar previsto en la Carta, significa el quebrantamiento total de las normas que tutelan un estado de derecho? De aceptarse tal planteamiento, tales consecuencias extremas, sobraría hablar de estado de derecho dentro del régimen de excepción del estado de sitio".

Alude el Tribunal al artículo 16 de la Constitución Nacional que, en su fórmula primigenia, consagra el principio de que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes", principio que sólo puede tener vigencia en un país de leyes, expresión positiva del concepto de estado de derecho.

Ese principio ha sido elevado, entre nosotros, como en otros pueblos de la misma vocación democrática y jurídica, a la categoría de una axioma y, en contraposición a las teorías transpersonalistas, expresa una concepción humana del hombre, del Estado y del derecho.

Esa concepción político-filosófica coloca la vida humana en rango superior dentro de la escala o jerarquía de los valores, de la cual son manifiestaciones, o sea, expresión de lo que el hombre es y de lo que él hace, la sociedad, el Estado y el derecho, todas sus instituciones y, en general, la cultura, que aquella, como primera realidad, les da origen y sustentación, pues sin ella no podrían existir, esto es, ni nacer ni subsistir. No puede entonces ser sacrificada a una razón de Estado, ni a ninguna otra de índole social, ni individual, a fortiori, corolario de ese principio constitucional, en lo que concierne a la vida humana, es la prohibición que establece la misma Carta, en su artículo 29, de imponer la pena de muerte, que tampoco es lícita la que consiste en daño corporal.

Se ha dicho que éste es un país de leyes, y a ellas están sujetos gobernantes y gobernados, los empleados públicos y los particulares, pero con más rigor quienes ejercen gobierno o autoridad.

Esas leyes, a las cuales debía obediencia quien recibió el encargo de capturar a Linares, no autorizan ni permiten suprimir la vida, ni atacar o lesionar la integridad física de un ser humano para castigar una falta o un delito o para colocar a quien no huia o cesó en la huida, en situación de no poder intentarla de nuevo, cuando, en este caso, inclusive una persona sin mayores dotes de razonamiento tenía que interpretar la actitud del fugitivo, que regresa o al menos se detiene, como un acto de entrega.

Se reveló el autor del disparo como persona sin madurez de juicio, ni ponderación en sus actos, desdeñosa del deber que tenía de no poner en peligro sino proteger la vida de quien nada hacía indigno de esa protección, ni siquiera su calidad de desertor. Su obligación era capturar al fugitivo; pero no matarlo ni herirlo; la orden de captura no lo eximía del deber constitucional de respetar la vida del infante de marina, ni lo autorizaba para causarle daño corporal.

En suma, falló el aprehensor y con él falló el servicio, es decir, la administración. Prescindiendo de todo elemento de índole subjetiva, que no encaja en este tipo de acción, no se puede menos que afirmar la responsabilidad objetiva del Estado, concretamente de la Nación.

No tiene, pues, razón el apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, que no justifica el hecho, según sus propias palabras, cuando expresa que el occiso "debía saber la rigidez y seriedad con que se le ordenaba regresar al servicio militar, y por lo tanto no debió huir de la presencia de quien tenía la orden expresa de conducirlo y sobre quien recaía la responsabilidad en caso de evasión del soldado desertor, porque probado está que en el momento del disparo no huía el infante de marina; ni razón tiene cuando en general pretende que la culpa de Linares al desertar, a pesar de ser "conocedor de la disciplina militar y de las condiciones de su propia familia", sirva para exonerar de responsabilidad a la Nación por la muerte del hijo y hermano de quienes pretenden resarcimiento de perjuicio en este proceso.

V. Daño o perjuicio

Razón tienen tanto el apoderado del Ministerio de Defensa como la Señora Fiscal cuando consideran que no se demostró en el proceso el perjuicio material que sufrieron con la desaparición de Guillermo Linares su madre y sus hermanos, pues no se probó la relación de dependencia económica de estos últimos respecto del primero y ni siquiera que el occiso les prestaba ayuda de la misma naturaleza.

Pero sí se produjeron, como es obvio, perjuicios morales, consistentes en la pena que el hecho luctuoso les causó, que no se puede menos que admitir como verdad incontestable, mientras no se demuestre lo contrario, teniendo en cuenta sus vínculos familiares y, por tanto, afectivos con el occiso.

Demostrado que el fallecimiento de Guillermo Linares se debió a una falla del servicio, probado queda que el daño moral es consecuencia de ella.

De los folios 4 al 14 del expediente No. 1 obra la prueba del parentesco de los actores con el infante de marina fallecido.

En lo concerniente a la evaluación y liquidación de los perjuicios morales, es jurisprudencia del Consejo de Estado que como los dos mil pesos ($ 2.000), tope que fijaba al efecto el artículo 95 del anterior Código Penal, aplicable al caso *sub-júdice*, equivalían a mil (1.000) gramos de oro, a éstos hay que traducir esa suma para mantener en su valor real el límite máximo señalado por el legislador y, por ende, la indemnización.

Por consiguiente, se condenará a la Nación a pagar a la madre del occiso una indemnización equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro; a los hermanos que eran menores de edad cuando sucedieron los hechos, una también equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro y a doscientos cincuenta (250) gramos para el único que era entonces mayor (Fernando Linares Camargo). Todos estos valores se liquidarán conforme a 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.

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:

Primero. La Nación colombiana es responsable de la muerte del señor Guillermo Linares Camargo, acaecida en la ciudad de Bogotá, el 19 de abril de 1976, a causa de un disparo que le hizo un miembro activo de la Armada Nacional, en misión de servicio.

Segundo. En consecuencia, condénase a la Nación colombiana a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales, los siguientes valores:

a) A la señora Clara Inés Camargo viuda de Linares, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro.

b) A James Alberto Achuri Camargo, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro;

c) A Harold Joaquín Achuri Camargo, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro;

d) A Yalman Alexandro Achuri Camargo, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro;

e) A Ricardo Linares Camargo, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro;

f) A Fernando Linares Camargo, el equivalente en pesos a doscientos cincuenta (250) gramos de oro.

Tercero: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cuarto: Se dará cumplimiento a esta sentencia en la forma prevista en el artículo 176 del Decreto Extraordinario 01 de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día seis (6) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Mario Enrique Pérez V., presidente, **Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker**, ausente, **Samuel Buitrago Hurtado**, ausente, **Carlos Betancur Jaramillo, Jose Alejandro Bonivento Fernández**, ausente, **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn**, ausente, **Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez, Jacobo Pérez Escobar, Gustavo Humberto Rodríguez**, ausente, **Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango**, ausente, **Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO.— SENTENCIA PENAL.— VALOR PROBATORIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.— De acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal la sentencia condenatoria constituye plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y no podrá ponerse en duda en otro proceso. Y aunque en el Proceso Contencioso Administrativo no se juzgue de nuevo la conducta penal del sindicado, los hechos permiten hacer una nueva inferencia en una esfera jurídica diferente, cual es la de la falla del servicio. Nada impide así que la misma conducta pueda ser constitutiva de delito y configurativa de una falla del servicio al subsumirse en dos normas con efectos y alcances diferentes.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., abril veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente No. 10.976.
Actor: **Ana Vanegas de Cabrera y otros.**

Negada la ponencia presentada por el señor consejero Valencia Arango pasa el suscrito ponente a elaborar una nueva contentiva de la tesis mayoritaria de la Corporación. Se utiliza la parte introductoria de aquélla por no existir discrepancia a ese respecto.

Así, se observa:

Los ciudadanos José Cabrera, Hernando, Ramiro, Leonel, Reinaldo, Miguel, Mercedes y Fanny Cabrera Vanegas, mayores y vecinos de Neiva y Ana Dolores Vanegas de Cabrera, en su propio nombre y en representación de su hija menor Martha Cecilia Cabrera Vargas, demandan, por medio de apoderado, en forma solidaria al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" y al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras "HIMAT", para que previos los trámites de un juicio contencioso administrativo se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. El Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras "HIMAT" e Insituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", son solidariamente responsables de la muerte violenta del señor Guillermo Cabrera Vanegas, ocurrida el 27 de septiembre de 1977, en la carretera que de Neiva conduce al Municipio de Palermo (Huila).

"2. Consecuencialmente, el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras "HIMAT" e Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, "INCORA", deberán pagar solidariamente a José Antonio Cabrera, Ana Dolores Vanegas de Cabrera, Hernando, Ramiro, Leonel, Reynaldo, Miguel, Mercedes, Fanny y Martha Cecilia Cabrera Vanegas, el monto total de los perjuicios, tanto morales subjetivos y objetivos como los materiales, teniendo en consideración las siguientes pautas y factores:

"a) Se actualizarán los ingresos del señor Guillermo Cabrera Vanegas, a la época en que se vaya a liquidar los daños materiales:

"b) Se tendrá en cuenta los aumentos que ha tenido el salario mínimo legal, desde la fecha en que murió Guillermo Cabrera Vanegas y la época en que se liquiden los perjuicios.

c) Se pagará a cada uno de los demandantes, a título de perjuicios morales subjetivos, la suma de dinero necesaria para adquirir a la época de la sentencia, o de la liquidación de los perjuicios, la cantidad de mil (1.000) gramos de oro puro, los que se cotizarán conforme a certificación expedida por el Banco de la República. O cualquiera otra fórmula, pactada o procedimiento que resultare más favorable a los intereses de los demandantes, y que fuere aceptada por el Honorable Consejero.

"d) Se distinguirán dos períodos de indemnización, a saber: lo que se deba a la fecha en que posiblemente se efectúe el pago; y, lo futuro, vale decir, desde esta fecha probable y hasta los límites máximos en el tiempo a que tiene derecho cada uno de los demandantes.

"e) Por la indemnización debida se reconocerán los intereses del veinticuatro por ciento (24%) anual, o los que resulte de aplicar la fórmula de las matemáticas financieras.

"3. Si no fuere posible establecerse el monto de los perjuicios durante el plenario, la condena debe hacerse en abstracto o *in genere*, para lo cual se tramitará el incidente, tal cual lo prevé el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"4. Las Entidades obligadas a pagar la indemnización, en forma solidaria, darán estricto cumplimiento al fallo, dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, so pena de que de ahí en adelante pagarán intereses moratorios o sea el doble de los intereses corrientes que para entonces certifique la Superintendencia Bancaria.

"5. Los entes administrativos aquí demandados, deberán pagar las costas del proceso" (folio 34).

La demanda expone los siguientes hechos:

"PRIMERO: El 27 de septiembre de 1977, entre las 9 y 10:30 de la mañana en el sitio denominado 'cruce hacia el Juncal', sobre la carretera que de Neiva conduce a Palermo (Huila), la volqueta de placas No. OW 8222, de propiedad del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'INCORA', pero utilizada para entonces por el Instituto Colombiano de Hidrografía, Meteorología y Adecuación de tierras 'HIMAT', atropelló en forma violenta al joven Guillermo Cabrera Vanegas quien se desplazaba de Palermo a Neiva, haciendo prácticas del deporte del ciclismo.

"SEGUNDO. De la colisión anotada, resultó muerto, instantáneamente el joven Guillermo Cabrera Vanegas.

"TERCERO. La volqueta de placas No. OW8222 era conducida al momento del accidente por Reinaldo Polanía León y se encontraba transportando un cargamento de madera de la ciudad de Neiva a la Inspección del Juncal para obras del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, 'HIMAT'.

"CUARTO. Al momento del accidente, viajaban en compañía de Reinaldo Polanía León, en la cabina, los trabajadores Dagoberto Santofimio Bautista y César Augusto Ruiz Vásquez, mientras que en el volquete o tasa, también viajaban los trabajadores José Hermes y Alberto Reyes Leal.

"QUINTO. Según el acta de levantamiento del cádaver de Guillermo Cabrera Vanegas, el cuerpo del extinto presentaba las siguientes heridas:

"En la pierna derecha presentaba, en el tobillo (parte externa) unos raspones, en la rodilla, parte del muslo también algunos raspones. La cabeza lado derecho y sobre el parietal presentaba una herida en forma de triángulo de aproximadamente cuatro por dos centímetros (4 por 2), a unos tres centímetros (3 cms.) de ésta tenía otra herida de un centímetro aproximadamente. En la parte de la sien de ese mismo lado una herida aproximadamente de cuatro centímetros, sobre la cara también tenía una herida de aproximadamente centímetro y medio. En el brazo derecho que tenía sobre la cabeza, presentaba una herida a la altura del codo de aproximadamente dos centímetros (2 cms.) y otros raspones en el brazo y sobre la mano. Al darle la vuelta y dejándolo boca arriba, se pudo apreciar: que tenía el ojo izquierdo totalmente afuera, la boca reventada, el ojo del lado derecho cerrado. El brazo izquierdo lo tenía partido a la altura del codo, pero no presentaba herida. En la parte del pecho sobre la camiseta había partículas de masa encefálica.

"SEXTO. Ante la Alcaldía Municipal de Palermo (Huila) se acentó el acta de registro civil de defunción correspondiente a Guillermo Cabrera Vanegas, el mismo día del fallecimiento, o sea el 27 de septiembre de 1977.

"SEPTIMO. Las primeras diligencias investigativas las llevó a cabo el Juzgado Primero Penal Municipal de Palermo, habiendo sido juez de conocimiento el Primero Superior del Distrito Judicial de Neiva.

"OCTAVO. Por auto de 5 de marzo de 1979, el Juzgado de conocimiento sobreseyó definitivamente al sindicado Reinaldo Polanía León, pero dicha providencia fue revocada por el Tribunal Superior de Neiva, superioridad que mediante auto de 14 de septiembre de 1979 dispuso: "Revócase la providencia apelada, en cuanto por ella el Juzgado Primero Superior de Neiva, sobresee definitivamente en favor de Reinaldo Polanía León, por el delito de homicidio cometido por culpa en accidente de tránsito y, en su lugar resuelve así mismo ABRIR CAUSA CRIMINAL y llamar a responder en juicio al mismo Reinaldo Polanía León de las condiciones personales y civiles conocidas en la injurada, por hallarlo responsable directo y único, del delito de homicidio de que trata el artículo 1o. de la Ley 164 de 1938, incorporado en el Título XV, Capítulo I, Libro 2o. del Código Penal.

"NOVENO. Al celebrarse la audiencia pública en donde se juzgó a Reinaldo Polanía León, por la muerte violenta de Guillermo Cabrera Vanegas, el jurado de conciencia encontró responsable del homicidio culposo porque se le había llamado a juicio.

"DECIMO. El Juzgado Primero Superior, acogió el veredicto del jurado de conciencia y dictó sentencia condenatoria contra Reinaldo Polanía León, por el delito de homicidio culposo en la persona de Guillermo Cabrera Vanegas, según hechos ocurridos el 27 de septiembre de 1977 de que se dio cuenta atrás.

"DECIMO PRIMERO. Según registro civil de nacimiento expedido por el Alcalde Municipal de Algeciras (Huila) el occiso Guillermo Cabrera Vanegas había nacido el 28 de agosto de 1960, en la ciudad de Algeciras, habiendo sido sus progenitores el matrimonio formado por José Antonio Cabrera y Ana Dolores Vanegas de Cabrera.

"DECIMO SEGUNDO. El padre de Guillermo Cabrera Vanegas, don José Antonio Cabrera, nació el 6 de septiembre de 1918, según la partida eclesiástica expedida por la Parroquia de Valvanera de Pitalito (Huila).

"DECIMO TERCERO. La madre de Guillermo Cabrera, doña Dolores Vanegas de Cabrera nació allí el 11 de abril de 1930, según partida de bautismo expedida por la Iglesia del Rosario de Garzón (Huila).

"DECIMO CUARTO. Los progenitores de Guillermo Cabrera Vanegas, contrajeron matrimonio el 24 de marzo de 1947, según registro civil de matrimonio expedido por la Alcaldía Municipal de Algeciras (Huila).

"DECIMO QUINTO. Además de Guillermo, el matrimonio de José y Ana Dolores Vanegas, procrearon los siguientes hijos: Hernando, nacido el 2 de enero de 1957; Ramiro, nacido el 12 de marzo de 1960, Leonel, nacido el 19 de agosto de 1952; Reinaldo, nacido el 5 de septiembre de 1955, Miguel Angel, nacido el 13 de noviembre de 1947, Mercedes, nacida el 1o. de febrero de 1948, Fanny nacida el 12 de julio de 1958 y, Martha Cecilia Cabrera Vanegas, nacida el 2 de enero de 1963.

"DECIMO SEXTO. Para el 27 de septiembre de 1977, fecha en que falleció el joven Guillermo Vanegas, trabajaba como ayudante en el almacén de bicicletas de Fabio Acevedo, establecimiento de comercio que funciona en la ciudad de Neiva.

"DECIMO SEPTIMO. El joven Guillermo Cabrera Vanegas ayudaba al sostenimiento de doña Ana Dolores Vanegas de Cabrera, a quien le debía alimentos por mandato legal.

"DECIMO OCTAVO. El matrimonio de José Antonio Cabrera y Ana Dolores de Cabrera ha vivido precariamente y por ello el joven Guillermo Cabrera tuvo que prescindir de sus estudios y dedicarse a trabajar para contribuir a los gastos del hogar, el que por el gran número de hijos demandaba mayores gastos.

"DECIMO NOVENO. En declaración judicial pero extraprocesal rendida por el señor Fabio Acevedo Córdoba el 1o. de septiembre de 1980, ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Neiva, dijo haber conocido a Guillermo Cabrera Vanegas, quien trabajaba en el almacén de su propiedad, para la época de la muerte, en el cargo de empleado, pues hacía las veces 'de mensajero, armador de bicicletas, aseador del almacén, colaborador en ventas, en una palabra, cuando yo no me encontraba en el almacén por algún motivo, era él quien se encargaba del mismo'.

"VIGESIMO. El propietario del almacén de bicicletas Fabio Acevedo, en la declaración antes citada dijo que en el momento en que falleció Guillermo Cabrera 'le pagaba en ese entonces el salario mínimo reconocido por la ley, que en ese entonces era de unos $ 1.700, mensuales'.

"VIGESIMO PRIMERO. Según el dicho del declarante que se viene comentando Guillermo Cabrera 'fue muy responsable muy honrado y observó muy buena conducta y efectivamente Guillermo practicaba el deporte del ciclismo, con algunas orientaciones de mi parte, y por tal motivo tenía permiso para sus entrenamientos, dos mañanas durante la semana, escogiéndo él el día de su entrenamiento, aclarando que era por los días laborales de trabajo que eran de lunes a sábado'.

"VIGESIMO SEGUNDO. La volqueta de placas OW-82-22, ha venido figurando como de propiedad del Instituto Colombiano de la Reforma agraria 'INCORA' desde el 14 de octubre de 1968, según lo certifica el Director de Tránsito y Transportes del Huila en documento expedido el 16 de julio de 1980.

"VIGESIMO TERCERO. Para el 27 de septiembre de 1977, la volqueta de placas OW-82-22 estaba siendo explotaba por trabajadores del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, "HIMAT" y concretamente su conductor era, para entonces, el señor Reinaldo Polanía León.

"VIGESIMO CUARTO. El sueldo que devengaba Guillermo Cabrera Vanegas lo repartía para sufragar sus necesidades personales y para ayudar a los gastos del hogar, entregándole dinero a su madre Ana Dolores Vanegas de Cabrera.

"VIGESIMO QUINTO. Con ocasión de la muerte de Guillermo Cabrera Vanegas, sus padres y hermanos se vieron afectados sicológicamente, durante varios días estuvieron con la nostalgia propia de haber perdido a un ser querido, dándose así el fenómeno de los perjuicios morales.

"VIGESIMO SEXTO. También el hogar formado por José Antonio Cabrera y Ana Dolores Vanegas de Cabrera, se vio disminuido en cuanto a la colaboración o ayuda económica que le prestaba su hijo Guillermo al hacerle entrega de parte de su sueldo a su señora madre Ana Dolores Vanegas de Cabrera, para contribuir a los gastos propios de todo hogar'.

En derecho citó los artículo 16 y 20 de la Constitución Política.

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 Segundo de la Corporación expone en su concepto de fondo:

"Para la prosperidad de las acciones indemnizatorias tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado, por fallas o faltas en el servicio se ha exigido por la jurisprudencia se demuestre la existencia de los siguientes elementos axiológicos:

"1o. Una falla o falta del servicio de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio.

"2o. Un daño cierto determinado o determinable.

"3o. Una relación de causalidad entre la falla o falta de la administración y el daño, sin el cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización.

"Corresponde a la parte demandante probar los hechos en que funda sus pretensiones y además que existió por parte de la administración falla o falta en la prestación del servicio público para que pueda condenarse a la Nación al pago de los perjuicios que ha ocasionado al particular.

"En el presente caso quedó plenamente establecido el accidente ocurrido en el sitio denominado 'El Juncal' sobre la carretera que de Neiva conduce a Palermo y en el cual perdió la vida el joven Guillermo Cabrera Vanegas. Obra en el expediente el informe de accidentes expedido por las autoridades de Palermo (folio 57 del cuaderno No. 3), la relación de reconstrucción de los hechos efectuada por la Dirección de Tránsito y Transportes del departamento del Huila (folios 116 y siguientes del cuaderno No. 3), informe del accidente de la sección técnica de la Dirección de Tránsito y Transportes (folio 144 y siguientes del cuaderno No. 3), croquis del mismo (folios 200 y siguientes del cuaderno No. 3), y copias de las diligencias sumariales en la investigación iniciada por el Juzgado 1o. Superior de Neiva (anexos 3a, 3b y 3c).

"Así mismo quedó demostrada la muerte del joven Cabrera Vanegas y que ésta se produjo como consecuencia del accidente, con el acta de levantamiento del cadáver (folios 67 y siguientes del cuaderno No. 3), necropsia del cadáver (folios 73 y siguientes del cuaderno No. 3) partida de defunción (folio 61 del cuaderno No. 3) y los informes de las autoridades respectivas ya citadas.

"El material probatorio también permite establecer la relación de parentesco entre la víctima y los demandantes (folios 12 a 23 del cuaderno No. 1). La propiedad del Incora de la volqueta causante del accidente (folios 82 y 13 del cuaderno No. 3), pero que en el momento de la ocurrencia de los hechos estaba bajo cuenta y riesgo del 'HIMAT' (folios 15 y siguientes del cuaderno No. 3), el vínculo laboral existente a la fecha del accidente entre el conductor del vehículo y el 'HIMAT', según constancia expedida por el Jefe de la División de Relaciones Industriales de la entidad citada (folios 15 y siguientes del cuaderno No. 3).

"En atención a las pruebas allegadas al proceso tendientes a establecer la forma en que ocurrieron los hechos, entre ellas el informe presentado por la Dirección de Tránsito y Transportes, Sección Técnica (folio 116), el croquis levantado en el lugar de los acontecimientos por el grupo de laboratorios e identificación del Departamento Administrativo de Seguridad (folios 120 y siguientes), la diligencia de reconstrucción de los hechos (folios 110 y siguientes) y las diligencias sumariales iniciadas en el Juzgado Promiscuo Municipal de Palermo, se pudo establecer que el accidente en el

cual perdió la vida el joven Cabrera Vanegas ocurrió cuando la volqueta de placas OW-82-22 conducida por el señor Reinaldo Polanía León se dirigía por el carril derecho de la carretera que de Neiva conduce a Palermo y al hacer el cruce hacia la izquierda para tomar el camino hacia "El Juncal" se estrelló con la bicicleta conducida por la víctima quien se dirigía por el carril derecho de la carretera que de Palermo conduce a Neiva, es decir en dirección contraria a la que llevaba la volqueta.

"De acuerdo al informe de la Sección Técnica de la Dirección de Tránsito y Transportes, la visibilidad hacia el lugar de los acontecimientos es superior a los 300 metros en ambos lados de la vía, distancia en la cual sin fenómenos atmosféricos y de día (el accidente ocurrió a las 9 a.m.) se puede apreciar cualquier obstáculo de alguna dimensión.

"Según el croquis levantado por las autoridades, la colisión se produjo cuando ya la volqueta había cruzado hacia la izquierda y entraba al camino que conduce al Juncal, llovía en ese momento y por lo tanto el ciclista venía con la cabeza baja para favorecerse de la lluvia.

"Se dice en el informe que de acuerdo a las normas de tránsito tiene derecho a la vía en la carretera, quien hace tránsito en forma directa sobre la vía.

"De lo anterior se deduce fácilmente la culpabilidad del conductor de la volqueta, ya que como se estableció, él pudo ver al ciclista a una distancia de 126.50 metros y pudo darse cuenta de la velocidad que traía y sin embargo imprudentemente cruzó hacia la izquierda, sin tener en cuenta en primer lugar, que el ciclista tenía la vía y en segundo lugar que él conducía un vehículo pesado al cual no podía imprimirle mucha velocidad al dar la curva.

"Al establecer la culpabilidad del conductor de la volqueta de propiedad del INCORA y conducida por un empleado al servicio del HIMAT en la ocurrencia del accidente en el cual perdió la vida el particular Guillermo Cabrera Vanegas, quedó demostrada la falla del servicio, el daño ocasionado y la relación de causalidad, dándose de esta manera los elementos axiológicos exigidos por la jurisprdencia para declarar la responsabilidad del Estado, por lo tanto deberá la Nación colombiana —Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, HIMAT— proceder al pago de la correspondiente indemnización consistente en el valor de los perjuicios morales causados a los demandantes derivados de su relación de parentesco y los perjuicios materiales por haberse demostrado en el curso del proceso que la víctima trabajaba al momento de su muerte y que ayudaba económicamente al sostenimiento de su familia. Así mismo deberá absolverse al INCORA.

"Por las anteriores consideraciones, este despacho solicita al Honorable Consejo de Estado acceder a las súplicas de la demanda". (folios 58 a 60).

Para resolver, se considera:

Aparecen bien establecidos dentro del proceso, los siguientes hechos:

a) Que el 27 de septiembre de 1977 murió en accidente de tránsito causado por la volqueta OW-82-22 del HIMAT el joven Guillermo Cabrera Vanegas (ver constancia a folio 15 del cuaderno No. 3).

b) Que el vehículo oficial que causó la tragedia perteneció hasta el 14 de enero de 1977 al INCORA (ver acta de entrega de ésta al HIMAT, a folios 2 y siguientes del cuaderno No. 2 y certificación que opera a folio 17 del mismo).

c) Que los demandantes son padres y hermanos de la víctima, tal como lo acreditan las partidas de orígen eclesiástico y los certificados de origen civil que obran a folios 11 y siguientes del cuaderno No. 1.

d) Que el extinto colaboraba con los gastos de subsistencia de su señora madre, según los testimonios ratificados y contestes de Fabio Acevedo C. (folio 26 del cuaderno No. 3) y Adolfo Casalinas D. (a folio 38 del mismo cuaderno).

e) Que los hechos trágicos ocurrieron tal como se detallan en los preveídos penales que obran dentro del expediente, en especial en la sentencia condenatoria de septiembre 11 de 1980 (a folios 193 y siguientes del cuaderno No. 3) en la que se destaca la máxima imprudencia del conductor Reinaldo Polanía, al servicio del HIMAT (ver constancia a folio 15 del cuaderno No. 3) quien violó los reglamentos de tránsito y causó la muerte del ciclista Cabrera Vanegas cuando transitaba éste por vía dotada de prelación.

Confirma esos mismos extremos el llamamiento a juicio hecho por el tribunal, mediante auto de septiembre 14 de 1979, en el cual revocó el sobreseimiento definitivo dictado por el Juzgado Primero Superior de Neiva y precisamente por encontrar plenamente comprobados los hechos culposos que terminaron con la vida del joven Cabrera V.

De acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia condenatoria constituye plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y no podrá ponerse en duda en otro proceso. Y aunque aquí no se juzga de nuevo la conducta penal del sindicado, los hechos permiten hacer una nueva inferencia en una esfera jurídica diferente, cual es la de la falla del servicio. Nada impide así que la misma conducta pueda ser constitutiva de delito y configurativa de una falla del servicio al subsumirse en dos normas con efectos y alcances diferentes. Se le da valor, así, a la sentencia penal condenatoria de prueba del hecho perjudicial, cuya ocurrencia con sus modalidades nadie podía poner en duda. Y sobraba, a todas luces la ratificación de los testimonios recepcionados dentro del proceso penal, porque con éstos no podría extraerse conclusión diferente sobre los hechos, sin violar la cosa juzgada.

Se comprobó que el señor Polanía era un servidor oficial; y que en actividades propias del servicio, con vehículo puesto a su disposición por el HIMAT, produjo la muerte del señor Guillermo Cabrera. Que ningún elemento de juicio establece que su conducta hubiera estado condicionada por un móvil personal de venganza; y antes, por el contrario, se puso en evidencia su manejo culposo.

Los hechos así comprobados y que no pueden ser discutidos ni puestos en duda por impedirlo la norma antecitada, ponen de presente que el servicio del HIMAT funcionó incorrectamente y causó un perjuicio a la familia del ciclista, no sólo en su esfera material sino moral, que debe ser indemnizado. En otras palabras, que en el caso *sub-lite* se dan los supuestos de la responsabilidad: la falla, el perjuicio y la relación de causalidad entre aquélla y éste.

Se demostró, igualmente, que el INCORA no tiene ninguna responsabilidad en el presente asunto, ya que el vehículo automotor no era de su propiedad y el agente público que lo conducía pertenecía a otra entidad. Por lo tanto, aquél establecimiento deberá ser absuelto.

Según la prueba testimonial la única daminificada por concepto de perjuicios materiales fue la señora Ana Vanegas de Cabrera, quien era la persona que recibía la ayuda de su hijo. Pero no se podrá hacer la condena en concreto porque no se demostró

el cuantum de esa ayuda. Para el efecto deberá establecerse el ingreso real del joven Cabrera o determinarse el salario mínimo a la época de su muerte. La condena no podrá exceder el máximo indicado en la demanda (superior a $ 1.000.000). Igualmente tendrá que demostrarse la supervivencia probable de la señora Vanegas y la situación económica de su familia en general. En la evaluación del monto se tendrá en cuenta los dos períodos: el vencido y el futuro, debidamente actualizado y la ayuda que el padre y los demás hermanos mayores suministraban para el sostenimiento del hogar.

En cuanto a los perjuicios morales se seguirá la regla ya reiterada en la jurisprudencia en el sentido de que los padres tendrán derecho al máximo posible, o sea a la equivalencia de 1.000 gramos oro para cada uno. Para los hermanos deberán acreditarse las condiciones de convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración para poder evaluar esos perjuicios morales, los que no podrán exceder de 250 gramos para cada uno. Se atenúa así la tesis reiterada de que esos perjuicios se deben única y exclusivamente por causa del parentesco. Se busca, en la nueva forma, no encontrar una regla matemática para cuantiar esos perjuicios, sino unos presupuestos aproximados para la utilización del arbitrio judicial.

Finalmente debe anotarse que la fundamentación jurídica de la demanda no deja qué desear. La referencia al artículo 2344 del Código Contencioso no desmejora este aspecto del libelo, el que se encuentra técnicamente desarrollado en torno a los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional en armonía con el artículo 127 del Código Nacional de Transporte y con sujeción a la tesis de la falla del servicio.

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora fiscal, 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:

1o. Declárase responsable administrativamente al HIMAT (Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras) por los hechos narrados en la demanda.

2o. En consecuencia, condénasele a pagar los perjuicios materiales causados a la señora Ana Vanegas de Cabrera, los que se tasarán con sujeción al incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las pautas dadas en la motivación.

3o. Condénasele a pagar perjuicios morales así: el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro tanto para el señor José Antonio Cabrera como para la señora Ana Vanegas de Cabrera, padres del joven Guillermo Cabrera V. vale decir, 1.000 gramos para cada uno, hasta un máximo de 250 gramos oro para cada uno de los hermanos Cabrera Vanegas (Martha, Mercedes, Miguel A., Fanny, Hernando, Ramiro, Leonel y Reinaldo) si se acreditan en el mismo incidente del numeral anterior las condiciones exigidas en la motivación.

4o. La equivalencia de los gramos oro se determinará con certificación del Banco de la República, para los padres a la fecha de este fallo; para los hermanos con referencia al fallo incidental.

5o. El pago debrá hacerse dentro de los términos indicados en los artículos 167 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

6o. Absuélvase al INCORA de responsabilidad en el presente asunto.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día diez de octubre de 1984, votada el 20 de septiembre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo**, **Aydée Anzola Linares**, salvó voto, **Reynaldo Arciniegas Baedecker**, salvó voto, **José Alejandro Bonivento Fernández**, ausente, **Samuel Buitrago Hurtado**, **Enrique Low Murtra**, salvó voto, **Carlos Martínez Conn**, salvó voto, **Alvaro Orejuela Gómez**, **Bernardo Ortiz Amaya**, **Jacobo Pérez Escobar**, **Gustavo Humberto Rodríguez**, **Eduardo Suescún Monroy**, **Roberto Suárez Franco**, **Joaquín Vanín Tello**, ausente, **Jorge Valencia Arango**, salvó voto.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

RESONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO.— SENTENCIA PENAL.— VALOR PROBATORIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.— PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO PENAL.— Las pruebas practicadas en tales procesos en los cuales no son partes las personas de derecho público de quienes se pretende la correspondiente indemnización, no pueden ser tratados al tenor del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil la responsabilidad del Estado surge del Título III de la Constitución Nacional y no del Código Contencioso.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.—

SALVAMENTO DE VOTO de los Consejeros doctores Enrique Low Murtra, Jorge Valencia Arango y Carmelo Martínez Conn.

Referencia: Expediente No. 10.976.
Actor: **Ana Vanegas de Cabrera.**

Las razones que tenemos para separarnos de la decisión mayoritaria, son las siguientes:

a) Que el 27 de septiembre de 1977 murió el jóven Guillermo Cabrera Vanegas, en accidente de tránsito causado por una volqueta que figuraba como de propiedad del INCORA pero que en realidad había sido traspasada al HIMAT y bajo su cuenta y riesgo viajaba el día de los acontecimientos;

b) Que los demandantes son padres y hermanos de la víctima;

c) Que el extinto colaboraba con los gastos de subsistencia de su señora madre, exclusivamente, según los testimonios de Fabio Acevedo Córdoba (folio 26 del cuaderno No. 3) y Adolfo Casalinas Duarte (folio 38 del cuaderno No. 3), únicos testimonios ratificados dentro de este proceso.

d) Se ignora cómo sucedieron los hechos en que perdió la vida el jóven Guillermo Cabrera y, por lo mismo, si hubo o no falla de la administración.

El apoderado de la parte actora se limitó a allegar al proceso copia auténtica del proceso penal adelantado contra el conductor de la volqueta oficial.

e) Reiteradamente ha dicho esta Sala que las pruebas practicadas en tales procesos en los cuales no son partes las personas de derecho público de quienes se pretenda la correspondiente indemnización, no pueden ser trasladadas a tenor del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

Tales probanzas deben ser reproducidas, con todo el rito probatorio, en estos procesos indemnizatorios a efecto de que las entidades demandadas puedan intervenir en su producción y ejercer su derecho de contradicción y, por su parte, el juez de la causa, a su vez, cumpla con el principio de la indemnización frente a tales medios de convicción.

No apareciendo probada la falla del servicio, sobra todo otro comentario.

f) También ha dicho reiteradamente la Sala que la responsabilidad del Estado surge del Título III de la Constitución Política y no del Código Contencioso, por lo que repugna el traslado de principios privatistas edificados sobre la culpa como conducta subjetiva y personal, la presunción de culpa o de responsabilidad, sobre las mismas bases y la presunción de responsabilidad edificada por los civilistas sobre el principio del "riesgo provecho" o "riesgo lucro" que no se da frente al Estado como empresario de servicios públicos en los cuales, por definición, brilla por su ausencia, el ánimo de lucro.

g) Dice el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil;

"Artículo 28. Valor del fallo penal en el juicio civil. 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".

El efecto de tal sentencia penal no es *erga-omnes*, sino *inter-partes*, por lo que sólo obliga el procesado y no al Estado que no fue parte en él.

Por lo demás, sin discutir la existencia del hecho y sin discutir la responsabilidad por culpa del condenado, continuaría en la penumbra, sin prueba alguna, la *falla del servicio* que es distinta, completamente distinta a la culpa o el dolo.

Puede existir dolo sin falla del servicio, falla del servicio sin dolo, culpa sin falla del servicio y ésta sin culpa.

h) El fallo, por lo mismo, ha debido ser absolutorio.

Bogotá, mayo 7 de 1984.

Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Jorge Valencia Arango.

TITULO XI

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.— PROCEDENCIA.— Contra las sentencias ejecutoriadas de única instancia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., junio primero (1) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 001. Recurso de anulación.
Actor: **Aster González Rodas.**

En escrito que obra del folio 81 al 85 del expediente, el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado interpuso recurso de reposición contra el auto de fecha 16 de mayo de 1984, por medio del cual el suscrito Consejero sustanciador admitió el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 21 de febrero de este año.

Para sustentar el recurso interpuesto, el señor Fiscal expone las siguientes razones:

"a) El Libro Cuarto PROCEDIMIENTO ANTE LA JURISDICCION EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO —TITULO XXIII — MEDIOS DE IMPUGNACION Y CONSULTA —Capítulo III— Del recurso extraordinario de anulación, el artículo 194 —procedencia— establece que dicho recurso 'procederá contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado. . .'.

"Es evidente que el proceso que está siendo recurrido, en donde se profirió sentencia, es de única instancia y por consiguiente procedía el recurso extraordinario de anulación; pero no en cuanto la sentencia recurrida no estaba 'ejecutoriada' cuando se interpuso el recurso.

"En efecto, el recurso (folios 72 a 75) fue presentado a la Secretaría de la Sección Primera el día 14 de marzo de 1984 (folio 75) cuando aún no se había fijado el edicto mediante el cual se notificaría la sentencia, cuya ocurrencia tuvo lugar sólo hasta el día 21 del mismo mes y año.

"b) El edicto No. 4250 (folio 76), como ya se dijo, se fijó el día 21 de marzo del año en curso y se desfijó el día 26 del mismo mes y año, según certificación que aparece al final de dicho edicto, expedida por el señor secretario de la sección.

"Siendo ello así, el recurso se interpuso EXTEMPORANEAMENTE, pues se presentó antes de que la sentencia que se pretendía recurrir estuviera ejecutoriada, de conformidad con el artículo 196 del Código Contencioso Administrativo que así lo consagra.

"c) El estatuto vigente (Decreto 01 de 1984), que es el que establece el recurso, en su artículo 196 determina:

"Artículo 196. Término para interposición del recurso. *El recurso deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia*' (Subraya la Fiscalía).

"Como bien puede observarse de lo transcrito, el estatuto consagra perentoriamente que la interposición del recurso extraordinario de anulación se deberá hacer en un término o plazo, que perentoriamente también el Decreto 01 determina, cual es 'dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia'.

"El término o plazo para interponer el recurso, como antes se transcribió, habla de 'dentro de los veinte (20) días' y el que se estudia fue presentado en tiempo extemporáneo, porque se hizo antes de la ejecutoria de la misma y no 'dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria', con lo cual no se dio cumplimiento a lo preceptuado en el estatuto.

"d) Por último, se considera por este despacho que ha debido declararse desierto el recurso de conformidad con el artículo 203 del Decreto 01 de 1984, que establece que 'si el recurso no reúne los requisitos previstos en los artículos 196. . .', como en efecto no los reúne como ya se vio, se solicita, por consiguiente del Honorable Consejero sustanciador con todo respeto, se revoque el auto en comento y, en su lugar, se declare desierto el recurso, por los motivos antes anotados".

Para resolver, se considera:

Le asiste razón al señor fiscal, pues de conformidad con el artículo 194 del Decreto Extraordinario 01 de 1984, el recurso extraordinario de anulación procede únicamente "contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia. . ." y según el artículo 196 del mismo estatuto procesal, aquel "deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia".

Es el caso que, a pesar de la constancia secretarial, en el sentido de que el recurso fue interpuesto en tiempo (folios 77 y 79), cuando el actor presentó el escrito correspondiente (14 de marzo de 1984), aún no estaba ejecutoriada la sentencia recurrida, pues el edicto mediante el cual se hizo la notificación a las partes sólo fue desfijado el 26 del mencionado mes. Por consiguiente, no habían comenzado a correr los veinte días a que se refiere el artículo 196 del Decreto 01 de 1984.

En tales condiciones, el recurso fue interpuesto extemporáneamente y contra una sentencia que no estaba ejecutoriada; por lo cual procede, como lo solicita el señor Agente del Ministerio Público, declararlo desierto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del citado decreto, previa revocación del auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Revócase el auto dictado el 16 de mayo de 1984 y, en su lugar, se dispone:

Declárase desierto el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1984 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cópiese y notifíquese.

Joaquín Vanín Tello.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario general.

TITULO XII

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.—No procede cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposiciones posteriores al reconocimiento, por no figurar dicha causal en el Decreto 01 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., mayo veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 10.711.
Pensiones, recompensas.
Actor: **Hernando Alonso.**

El apoderado del actor en el presente asunto, en memorial que obra a folios 20 y 21 del expediente, solicita:

"Que se acepte la presente demanda, se ordene tramitar de conformidad con el antiguo código, por haber sido interpuesta la acción consagrada en el artículo 110 y siguientes del antiguo código, antes de que comenzara a regir el nuevo estatuto y se le dé el trámite correspondiente.

En mención a los términos en que está concebida la anterior solicitud formulada por el mandatario judicial del accionante, este Despacho debe observar que aunque la demanda fue presentada ante la Secretaría de la Corporación con fecha 23 de noviembre de 1983, ello no basta para dar por iniciado el proceso —como equivocadamente lo considera el actor—, pues de acuerdo con lo establecido por la Corporación, es necesario que se haya admitido la demanda, para trabar la litis, dando cumplimiento a lo prescrito en el Decreto 01 de 1984.

Y como aquélla aún no ha sido admitida, su estudio deberá someterse a lo dispuesto en el nuevo código y al procedimiento que regula lo referente al juicio de revisión de que tratan los artículos 185 y siguientes del citado estatuto, pues como bien lo anota el apoderado del actor "la causal que contempla el artículo 185 del antiguo Código desapareció, en consecuencia, las pensiones, recompensas y demás reconocimientos de carácter nacional, departamental o municipal, a partir de la vigencia del nuevo Código Administrativo (1o. de marzo de 1984), sus sentencias no son susceptibles del RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION, cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposiciones posteriores al reconocimiento, por no figurar dicha causal en el mencionado artículo".

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Unitaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no admite la demanda presentada por el actor mediante apoderado y ordena devolverla al interesado para los fines a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

TITULO XIII

CUESTIONES PROCESALES

CAMARA DE COMERCIO.— El Consejo de Estado carece de Jurisdicción para conocer de los actos que emanan de la Cámara de Comercio en el ejercicio de la función pública de llevar registro mercantil. REGISTROS MERCANTILES.— Son nuevos actos administrativos no cuestionables ante esta Jurisdicción. INSCRIPCIONES.— Carecen de manifestación de voluntad y se limitan a servir de prueba de los actos objetos del registro y a darle publicidad a los mismos, sin que, en consecuencia, se pueda predicar que ellas quepan dentro de los "otros actos" o "demás actos", a que se refieren los artículos 62 a 66 del Código Contencioso Administrativo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., enero veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 4380.
Actora: **Ganadería Puntagrande Ltda.**

La Cámara de Comercio de Bogotá, entidad que ha sido reconocida como parte impugnadora en este proceso y que actúa por conducto de apoderado, interpuso el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, fechado el 24 de octubre del año en curso.

Como el mencionado recurso ha sido tramitado de manera legal, se procede a resolverlo, así:

El recurrente fundamenta el recurso en dos aspectos. El primero lo hace consistir en la incompetencia de jurisdicción y el segundo lo radica en la ausencia de presupuestos procesales de fondo. A estos puntos se hará alusión de manera independiente.

Incompetencia de jurisdicción. Afirma el recurrente que el Consejo de Estado carece de jurisdicción para conocer de los actos que emanan de la Cámara de Comercio en el ejercicio de la función pública de llevar el Registro Mercantil, aseveración que respalda con lo sostenido por esta Corporación con respecto al registro de un instrumento público sujeto a la formalidad de la publicidad mercantil. Concretamente se refiere a la sentencia de 23 de octubre de 1981, de la Sección Primera, en la cual se dijo que los registros mercantiles "son meros actos administrativos no cuestionables ante esta jurisdicción" y en la que también se reprodujo lo expuesto en el mismo sentido en el auto de 15 de octubre de 1980 (Expediente 3333), a saber: "Se agrega, en síntesis, que las inscripciones carecen de manifestación de voluntad y que se limitan a servir de prueba de los actos objetos del registro y a darle publicidad a los mismos, sin que, en consecuencia, se pueda predicar que ellas quepan dentro de los "otros actos" o "demás actos" a que se refieren los artículos 62 a 66 del Código Contencioso Administrativo'.

El Consejero Sustanciador no puede contradecir el planteamiento del recurrente e impugnador, toda vez que ello lo ha predicado en varias providencias y porque en este sentido el asunto es como lo ha enfocado el recurrente.

Mas sucede que en el caso *sub-júdice* se han impugnado dos actos. El uno es la inscripción de la escritura pública No. 1670 de 10 de agosto de 1982, de la Notaría Trece del Círculo de Bogotá, realizada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 29 de septiembre de 1982, en el Libro IX, bajo el No. 122.323. Y por el otro es el Acuerdo No. 14 de 10 de mayo de 1983, expedido por el Presidente Ejecutivo de la referida Cámara. Ahora bien, en el primer acto no hay manifestación de voluntad de la Administración y, por ende, tal inscripción no constituye un acto demandable. En efecto, éste es un típico acto de registro, que tiene por objeto darle publicidad a un acto jurídico celebrado entre particulares y, a la vez, perfeccionarlo y ayudar a su prueba. En cambio, no se puede decir lo mismo del Acuerdo No. 14, dado que en éste la Cámara de Comercio de Bogotá, al resolver unas peticiones del demandante, hace dos manifestaciones de voluntad. La primera para dar como notificada por conducta concluyente, a partir del 30 de noviembre de 1982, del acto por el cual hizo un registro mercantil. Y la segunda, para confirmar el acto por el cual fue registrada una escritura. Se agrega que para hacer tales manifestaciones de voluntad la Cámara de Comercio hizo extensas y complejas motivaciones jurídicas.

Así las cosas, si bien frente al acto de registro en sí mismo considerado no se está en presencia de un acto administrativo demandable, sí se está con respecto al Acuerdo No. 14 frente a un verdadero acto acusable.

Por la razón que antecede era precedente admitir la demanda. En cambio, lo improcedente hubiera sido rechazarla en lo atañedero a un acto y admitirla en lo pertinente al otro, porque eso hubiera equivalido a escindir la demanda, es decir, a romper su unidad.

Ausencia de presupuestos procesales de fondo. Este punto lo presenta el recurrente porque en su concepto se acudió ante esta jurisdicción sin haber agotado la vía gubernativa, tal como lo dispone el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

La réplica al razonamiento del recurrente es muy sencilla. En efecto, no se puede exigir agotamiento de la vía administrativa del acto de registro, en atención a que éstos no admiten notificación, por lo mismo que se hacen por ministerio de la ley. Y tampoco se puede exigir dicho agotamiento en relación con el Acuerdo No. 14, en virtud de que al ser notificado el representante legal de la Sociedad Ganadería Puntagrande Limitada, señor Alberto Rodríguez Rubio, se le advirtió expresamente que contra ella no procedía ningún recurso por haberse agotado esa vía, tal como consta en el acta de la diligencia de la notificación visible al folio 18 vuelto del expediente. En tal circunstancia, no se le puede imputar ninguna omisión al respecto a la parte demandante, ni menos derivar consecuencias en su contra.

Con base en las razones brevemente expuestas, no se le puede dar prosperidad al recurso de reposición.

En consecuencia, se resuelve:

No se repone el auto admisorio de la demanda.

Notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez, Consejero de Estado.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CADUCIDAD.—TERMINO.—COMO DEBE CONTARSE.—Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Las tres figuras del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. (Publicación, notificación y ejecución del acto) son sustitutivas la una de la otra en tal forma que, no existiendo la publicación, debe procederse a la notificación y, no habiéndose efectuado ésta, debe tomarse en cuenta la ejecución.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., febrero quince (15) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 9852. Apelación interlocutorios.
Actora: **Bertha Inés García de Valbuena.**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia de marzo 25 de 1983 por la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca rechazó *in-limine* la demanda que, por conducto de apoderado, instauró la señora Bertha Inés García de Valbuena para impetrar la nulidad de la Resolución No. 0905 de agosto 4 de 1982, proferida por el Director del Centro Hospitalario San Juan de Dios, y el correspondiente restablecimiento del derecho.

El fundamento de la decisión que se impugna está contenido en las siguientes consideraciones del Tribunal:

". . .Se acusa en acción de plena jurisdicción el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0905 de 4 de agosto de 1982, proferida por el Director del Centro Hospitalario San Juan de Dios, por medio de la cual se declara insubsistente a la actora del cargo de Trabajadora Social Diurna, la cual fue comunicada en la misma fecha de su expedición, y la demanda sólo fue presentada ante esta Corporación el día 9 de diciembre de 1982, habiendo transcurrido por tanto entre estas dos fechas un lapso superior a los cuatro meses de que habla el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo (folio 29).

Para resolver se considera:

Tal como lo señala el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad debe contarse a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto. En el caso de autos, la providencia por la cual se declaró la insubsistencia es de fecha 4 de agosto de 1982, y, como consta en el documento de folio 23, la decisión fue comunicada a la demandante en esa misma fecha, documento que fue acompañado a la demanda.

Alega la demandante que la Resolución 0905 de agosto de 1982 fue expedida el 4 de agosto, con fecha de efectividad del 9 de agosto y que, por consiguiente, se encuentra dentro del término legal para promover la demanda (folio 41) Pero no hay tal.

Como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, las tres figuras consagradas en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo (publicación, notificación, ejecución del acto) son sustitutivas la una de la otra en forma en que, no existiendo la publicación, debe procederse a la notificación y, no habiéndose efectuado ésta, debe tomarse en cuenta la ejecución, todo ello para efectos de que exista una fecha cierta a partir de la cual comience a correr el término de caducidad o de prescripción. En el caso de la comunicación o notificación, la fecha de ésta es la fecha de efectividad de la decisión porque es el momento desde el cual la persona interesada puede hacer uso de los recursos legales si así lo estima. La permanencia en el cargo por un lapso adicional y por cualquier razón que sea, no modifica la situación, la cual ha quedado definida en el momento de la notificación.

Así pues, asiste la razón al *a-quo* en su decisión de rechazar la demanda *in limine* por caducidad de la acción.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha del 25 de marzo de 1983.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 3 de febrero de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Solicitud y sustentación de modo expreso en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla. (Decreto Ley 01 de 1984. Inciso 4o., artículo 152).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., marzo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4613.

La señorita Blanca Nubia Ochoa Molano, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha pedido a esta Corporación que declare nulos los artículos 56, 57 y 58 del Decreto reglamentario No. 33 de 12 de enero de 1984. Además ha solicitado que se decrete la suspensión provisional de las normas acusadas, "toda vez que es flagrante y ostensible su contradicción con las disposiciones de superior jerarquía contenidas en los numerales 2o. y 3o. del artículo 120 de la Carta, con el artículo 7o. del Código de Comercio y con los artículos 1o. y 19 de la Ley 155 de 1959, toda vez que en ejercicio de la función reglamentadora el ejecutivo excedió sus facultades y de la mera reglamentación pasó a legislar, creando nuevas disposiciones, contrariando el espíritu de la ley y la voluntad del legislador".

La demanda reúne todos los requisitos formales y demás presupuestos procesales exigidos por la ley para su admisibilidad y ha venido acompañada de una copia como lo exige el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (artículo 139 inciso 6o.). Por consiguiente, debe procederse a estudiar la solicitud de suspensión provisional de las normas acusadas.

Considera la Sala Unitaria que la petición de suspensión provisional no reúne los requisitos que conforme al artículo 94 de la Ley 167 de 1941 debían cumplirse. Como se ha visto en la transcripción hecha de dicha solicitud, la peticionaria se limita apenas a señalar las normas de superior jerarquía que estima han sido infringidas en forma "flagrante y ostensible", pero no indica, así sea brevemente, las razones que la llevan a hacer tal afirmación. Así, no dice por qué los artículos 56, 57 y 58 del Decreto reglamentario No. 33 de 1984 violan los numerales 2o. y 3o. del artículo 120 de la Carta Política, el 7o. del Código de Comercio, 1o. y 19 de la Ley 155 de 1959. Ha debido expresar cuál fue el exceso que del ejercicio de sus facultades hizo el Gobierno al expedir las normas cuestionadas.

Esta Corporación ha expresado en forma reiterada que para que pueda prosperar la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo no basta señalar las normas superiores que se creen infringidas en forma ostensible o manifiesta, sino que conforme lo disponía el artículo 94 de la Ley 167 de 1941 se requiere además que se den en forma breve la razón o concepto de esa violación manifiesta, ya que una norma jurídica puede ser violada por otra de inferior jerarquía por varios conceptos. Por ello debe precisarse al juez administrativo el concepto de la violación; esta justicia ha sido y sigue siendo rogada y no oficiosa. En providencia de 29 de octubre de 1983 se dijo lo siguiente con ponencia del suscrito magistrado sustanciador: "En concepto de esta Sala, para que pueda prosperar la solicitud de suspensión provisional no basta con afirmar genéricamente que los actos acusados son violatorios en forma ostensible y flagrante de normas superiores de derecho o de las que se señalen. Es necesario además, que en la solicitud de suspensión provisional se concreten las normas que de tal manera se consideran infringidas y se exprese el por qué de cada afirmación. De no hacerse como queda indicado la petición de suspnsión provisional del acto administrativo no puede prosperar" (providencia de 23 de julio de 1981, Consejero Ponente Doctor Jacobo Pérez Escobar).

La anterior jurisprudencia se ve hoy muy reforzada por lo dispuesto en el inciso 4o. del artículo 152 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1984), en el cual se exige que la medida "se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla". Exigir que la medida "se sustente de modo expreso", es exigir que en la correspondiente petición se dé el concepto de la violación, que por afirmarse ser manifiesta debe ser breve, pues, según el inciso 2o. del citado artículo, hay manifiesta violación de una norma superior cuando "se pueda percibir a través de una sencilla comparación", esto es, de un solo golpe de vista, o, como se ha dicho también, *prima facie*.

Por lo expuesto se resuelve lo siguiente:

1o. Admítese la demanda. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Ministro de Salud.

b) Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación.

c) Fíjese en lista por el término legal.

d) Solicítase al Ministro de Salud que envíe con destino al presente proceso los antecedentes administrativos, si los hay, del Decreto Reglamentario No. 33 de 12 de enero de 1984.

2o. No se accede a decretar la suspensión provisional de los actos administrativos acusados en el presente proceso.

Notifíquese y cúmplase.

Jacobo Pérez Escobar.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

VIA GUBERNATIVA.— NOTIFICACION.— RECURSOS.— DERECHO DE PETICION.— Análisis evolutivo de las diferentes normas expedidas sobre este tema.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.—Bogotá, D. E., mayo catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 8192.
Actor: **Sociedad Inversiones de Cine S.A. Apelación de la sentencia de 29 de abril de 1981 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Revisión de la liquidación de impuestos de industria y comercio por la vigencia fiscal de 1977. Fallo.**

En sentencia se resuelve la apelación del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por la Sociedad Inversiones de Cine S.A., para que se revise la operación administrativa en virtud de la cual el Municipio de Cali —Secretaría de Hacienda Municipal y Junta de Rentas, Aforos y Reclamaciones—, gravó para la vigencia fiscal de 1977 a tal empresa por medio de la Resolución No. 05 de 11 de enero de 1978 y las de 21 de agosto de 1978, 331 de 1973 y 34 de 1979, por concepto el Impuesto de Industria y Comercio.

Subsidiariamente solicitó el actor que se disminuya la cuantía del impuesto teniendo en cuenta como base el activo bruto a 31 de diciembre de 1978.

Los hechos pueden sintetizarse así:

Con la Resolución No. 5 de 1978, la Secretaría de Hacienda de Cali fijó a dicha empresa por primera vez la cuantía del impuesto mensual de industria y comercio en un valor de $ 6.525, y le impuso un derecho de matrícula de $ 8.310.

Contra tal acto se interpuso reposición, que fue desechado por encontrarse vencidos los términos para incoarlo. Interpuesta contra tal providencia la impugnación, en reposición y apelación, se omitió la resolución 361 de 1973, negando la solicitud y concediendo la apelación. El recurso fue resuelto por la Junta de aforos, rentas y reclamaciones, en forma negativa, con la Resolución 34 de 1979.

Las providencias inhibitorias que resolvieron los recursos gubernativos se basaron en que ellos se interpusieron extemporáneamente. A su turno la contribuyente alegó que la Resolución No. 5 de 1978 no se había notificado legalmente.

La sentencia apelada fue inhibitoria, por considerar que la vía gubernativa no se agotó en debida forma. Se remitió a los argumentos expuesto por la Administración, según los cuales el artículo 2o. del Acuerdo No. 14 de 1975 manda que "Se entenderá surtida la notificación personal con el envío que se haga directamente al contribuyente de la resolución o del tabulado respectivo, a través del servicio de correos nacionales, mediante relación de planillas especiales, la última dirección indicada; y la administración comprobó mediante certificado de la Sección de reparto que el tabulado había sido entregado en la forma indicada en tal norma. El tribunal confirma tal comprobación, dado el certificado que obra a folio 39.

Por su parte el actor, en la demanda y al sustentar la apelación de la sentencia, sostiene, basado en alguna doctrina, de que en materia tributaria municipal deben observarse los trámites del Decreto 2733 de 1959.

SE CONSIDERA:

Es forzoso considerar previamente el fenómeno del agotamiento de la vía gubernativa en este caso concreto, con la consideración alegada de que no hubo notificación en forma legal del acto administrativo que fijó el impuesto, por estimarse que la comunicación por correo carece de validez por contrariar las normas del Decreto 2733 de 1959, que establecen la notificación personal y la subsidiaria por edicto.

1o. Un análisis evolutivo de las diferentes normas expedidas sobre el particular nos presenta las siguientes situaciones:

a) El anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), en su artículo 273 señaló una norma especial en materia de impuestos, así:

"Artículo 273. Si la ley, las ordenanzas o los acuerdos municipales hubieran establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto de carácter nacional, departamental o municipal, sólo podrá hacerse uso de la acción ante lo contencioso administrativo cuando se hubieren agotado aquellos recursos. *Sólo entonces la liquidación* tendrá el carácter de definitiva. . ." (se subraya).

b) El Decreto 2733 de 1959, en su artículo 10, dispuso que las providencias administrativas definitivas de carácter nacional se deben notificar personalmente al interesado o a su representante. El artículo 11 ib., dipuso que subsidiariamente deben notificarse por edicto. Luego, el artículo 19 ib., dispuso en lo pertinente:

"En los asuntos departamentales y municipales, se aplicará *el mismo procedimiento gubernativo*, salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales en asuntos que sean de la competencia legislativa de la asamblea. . ." (se subraya).

c) Por su parte, la reforma constitucional de 1968, dispuso que entre las funciones de los Concejos Municipales están las de ordenar, por medio de acuerdos, *lo conveniente para la administración* del distrito (artículo 10) (se subraya).

d) Por su parte, la ley 68 de 1982, artículo 1o. ordenó a los organismos de la rama ejecutiva nacional y a las Gobernaciones, reglamentar la tramitación interna de las peticiones, incluyendo las *peticiones* que corresponde resolver a las alcaldías, modificando así el artículo 6o. del Decreto-Ley 2733 de 1968. De igual modo, su artículo 11 facultó al Presidente de la República para modificar el Decreto-Ley 2763 de 1969 y *dictar normas*, de acuerdo con los principios de esta ley, *en materia de procedimiento gubernativo*. (Se subraya).

e) La orden para hacer tales reglamentaciones fue desarrollada y repetida en el artículo 32 del Decreto Extraordinario 01 de 1984, en el que se dice que los organismos de la rama ejecutiva nacional, las gobernaciones y las alcaldías de distritos especiales, deberán reglamentar la tramitación interna de las *peticiones* que les corresponda resolver; e igualmente, en los artículo 44 y 45 dispone que las decisiones administrativas definitivas se deben notificar personalmente —pudiéndose utilizar la citación por correo para tal efecto—, y en forma subsidiaria mediante edictos.

De igual manera ese Decreto Extraordinario No. 01 de 1984 dedica un capítulo especial a la vía gubernativa (artículos 49 y siguientes) en la cual las notificaciones deben hacerse en igual forma que para la "actuación administrativa", o para las peticiones.

2o. De las anteriores disposiciones se concluye:

a) Es diferente el derecho de "petición" del derecho a interponer recursos en la vía gubernativa. En efecto, esa diferencia la establece el Decreto Extraordinario 2733 de 1958, que dedica los artículos 1o. a 9o. al derecho de petición, y del 10 al 20 a la vía gubernativa. Además, esa vía gubernativa contemplada en tal estatuto, es la referente exclusivamente a dicho derecho de petición. Lo corrobora el hecho de que el estatuto en cuestión es reglamentario del derecho de petición consagrado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, como lo expresa su encabezamiento.

Lo confirma también el texto del artículo 1o. de la Ley 58 de 1982, cuando, modificando el 4o. del Decreto Extraordinario 2733 de 1959, ordena reglamentar lo pertinente a las peticiones; y el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, cuando destina normas diferentes para regular lo pertinente al derecho de petición y a la vía gubernativa, o sea el ejecicio de los recursos.

Así mismo, si el artículo 11 del Decreto Extraordinario No. 01 de 1984 facultó al ejecutivo para modificar el Decreto-Ley 2733 de 1959, y a renglón seguido agregó, con una "y" disyuntiva que también "y dictar normas (. . .) en materia de procedimiento gubernativo", es porque estaba distinguiendo el derecho de petición del derecho a recurrir, y porque consideró que ese Decreto 2733 de 1959 sólo aludía a la gubernativa que corresponde a la impugnación del acto administrativo emitido como consecuencia del derecho de petición.

c) La vía gubernativa que se ejercita con ocasión de las operaciones administrativas de liquidación de impuestos —sean nacionales, departamentales o municipales—, es diferente a la actuación administrativa propia del derecho de petición. Cuando un contribuyente recurre de la liquidación oficial de un impuesto no está ejercitando el derecho de petición, sino el de impugnación dentro de una vía gubernativa diferente.

Por ello, las normas reguladoras de las notificaciones contenidas en el Decreto Extraordinario 2733 de 1959, no son aplicables a las notificaciones ni a los recursos procedentes en las operaciones administrativas de liquidación de impuestos, sino como normas supletorias en ausencia de especiales. Es así como leyes especiales reguladoras de los procedimientos impositivos, en lo nacional, determinan el sistema de notificación y el de recursos. Tal es el caso del Decreto Extraordinario 1851 de 1961 y los que posteriormente se han dictado para modificarlo.

d) Fue así como el artículo 275 de la Ley 167 de 1941, ante el carácter especial del procedimiento tributario, dispuso en el texto antes transcrito, que deben observarse las normas reguladoras establecidas sobre esta materia en ordenanzas y en acuerdos municipales. Que los Concejos Municipales tienen facultad para señalar ese régimen procedimental gubernativo sobre los impuestos que la ley les señala como propios, se deduce que la función constitucional que les da el artículo 197 de la Carta, antes transcrito, pues deja a su conveniencia la administración de los mismos. La ley crea los impuestos, pero el Municipio los administra.

e) En tales condiciones, si el artículo 19 del Decreto Extraordinario 2733 de 1959 dispone que "En los asuntos departamentales y municipales, se aplicará el mismo procedimiento gubernativo, salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales", está recalcando el carácter supletorio de la norma.

f) De igual manera, las normas sobre notificaciones y vía gubernativa contempladas en el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984 tienen aplicación supletoria en ausencia de normas especiales, tal como lo dispone el inciso 2o. del artículo 1o. de tal estatuto.

g) De todo lo anterior se concluye que el Acuerdo No. 14 de 1975 es conforme a las autorizaciones constitucionales y legales y que al someterse al contribuyente a sus normas sobre notificaciones incurrió en extemporaneidad al ejercitar los recursos, por lo cual es forzoso aceptar que no agotó en debida forma la vía gubernativa.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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 Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

NULIDAD PROCESAL.— RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.— Admisión y trámite del Recurso sin resolver sobre la nulidad procesal.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., mayo quince (15) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 11.060.
Actor: **Héctor Manuel Barragán Collazos. Recurso de súplica.**

Examinado el expediente se encuentra que la sentencia de la Sección Segunda fue emitida el 8 de julio de 1983 y notificada por edicto fijado del 9 al 15 de septiembre del mismo año.

Con anterioridad a esa fijación, el 4 de septiembre, se propuso la nulidad de todo lo actuado, nulidad que volvió a ser propuesta en memorial del 14 de septiembre.

Las nulidades propuestas no fueron tramitadas por el Consejero Sustanciador, quien en cambio le dio trámite al recurso de súplica extraordinaria, interpuesto en memorial del 14 de septiembre.

Sobre estas bases se considera:

Es preciso resolver previamente la nulidad propuesta, para lo cual la competencia está señalada a la Sección Segunda de esta Corporación, y para ello se requiere decretar la nulidad de lo actuado a partir del recibo del expediente por parte de esta Sala Plena.

La nulidad propuesta en la oportunidad aludida impide el ejercicio del recurso de súplica extraordinaria.

Por lo expuesto, la Sala decide:

Declárase la nulidad de lo actuado a partir del recibo del expediente por la Sala Plena para la tramitación del recurso de súplica extraordinaria, y en firme esta providencia devuélvase a la Sección Segunda para que tramite la nulidad propuesta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudio y aprobó en la sesión de la fecha.

Mario Enrique Pérez Velásco, vicepresidente, **Gustavo Humberto Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado**, no asistió, **Jacobo Pérez Escobar, Aydée Anzola Linares**, no asistió, **Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker**, no asistió, **Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento F., Bernardo ortíz Amaya, Ricardo Castillo Dávila**, conjuez, **Carmelo Martínez Conn**, no asistió.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

NULIDAD PROCESAL.— RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.— Admisión y trámite del recurso sin resolver sobre la nulidad procesal. Competencia para decidir la nulidad propuesta.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Jorge Valencia Arango.

Referencia: Expediente No. 11.060.
Actor: **Hector Manuel Barragán Collazos.**

Mi discrepancia estriba fundamentalmente en que, suponiendo que la nulidad del proceso no deba entenderse desistida con la súplica propuesta, había dos nulidades: a) la propuesta como nulidad procesal que debe ser decidida, en principio, por la Sección Segunda; b) la nulidad de la sentencia por incompetencia de la Sección Falladora, que es la única causal del recurso extraordinario de súplica.

Lo anterior indica, dentro de la lógica procesal y la economía jurisdiccional, que la Sala Plena ha debido decidir el recurso de súplica. Si prospera, al proceder como *ad-quem*, para reemplazar la sentencia anulada, con las mismas facultades del fallador de instancia, adquiría competencia para estudiar cualquier causal de nulidad procesal, propuesta o no.

Si no prosperaba el recurso extraordinario, el proceso volvía a conocimiento del *ad-quem*, y éste entraría a resolver la nulidad propuesta.

Bogotá, D. E., junio once (11) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Jorge Valencia Arango.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

DEMANDA.— INTERPRETACION.— "NACION".— No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda, con la finalidad, como suele decirse, de no sacrificar el derecho a las fórmulas máxime que él es un verdadero colaborador para las partes en la administración de justicia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., mayo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4.524. Autoridades Nacionales.
Actor: **Sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión "GRANINVERSION S. A.".**

Contra la providencia dictada el 29 de febrero del año en curso, el señor apoderado de la Comisión Nacional de Valores interpuso el recurso de reposición con el fin de que se ordene la corrección de la demanda o se revoque el auto mencionado, pues ni en el libelo de demanda inicial ni en la corrección de la misma se designan las partes, no cumpliéndose por lo mismo con lo dispuesto por el artículo 84 del anterior Código Contencioso Administrativo, hoy, artículo 137 del nuevo Código.

Tramitado en legal forma el recurso aludido, se procede a resolver, previas las consideraciones que siguen:

No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda con la finalidad, como suele decirse, de no sacrificar el derecho a las fórmulas, máxime que él es un verdadero colaborador para las partes en la administración de justicia. Por ello no puede pensarse que vaya a sufrir mengua aquélla o la equidad misma por el hecho de que el juez entre a valorar el contenido de una demanda cuando ella no esté muy acorde con la técnica procesal.

En el caso presente si bien el señor apoderado de la demandante no determinó en todos sus detalles y con toda precisión las partes del contexto general del libelo surge con toda nitidez que la parte demandada no es otra que la Nación y así lo entendió el suscrito consejero cuando dictó el auto que ha sido objeto del recurso.

A términos del artículo 1o. de la Ley 32 de 1979, la Comisión Nacional de Valores es un organismo vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico que tiene por objeto estimular, organizar y regular el mercado público de valores, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 4o. de la misma ley, el Presidente de la Comisión Nacional de Valores es Agente del señor Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.

Por manera que cuando en la demanda se pide la nulidad de actos expedidos por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores y el reintegro de sumas de dinero que pagó la actora a título de multa "y que por ministerio de las expresadas resoluciones, ingresó al Fondo Especial de la Comisión Nacional de Valores. . ." indudablemente que se está demandando la Nación, así se omitan las frases sacramentales para determinarla.

En tal virtud, NO SE REPONE la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

DEMANDA.— AUTO ADMISORIO.— Notificación. Artículo 207 No. 2 del Decreto 01 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.—Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., mayo treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

SALA DE DECISION

Consejero Ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**
Referencia: Expediente No. 7.696. Autoridades Nacionales.
Actor: **Luciano Moreno Uribe.**

Conoce la Sala de Decisión del recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado del doctor Cornelio Reyes contra el auto de 21 de marzo de 1984 mediante el cual se decidió en Sala Unitaria que no era el caso de declarar la nulidad de la actuación a partir del auto admisorio de la demanda.

Para resolver, se considera:

I. ANTECEDENTES

1o. Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el doctor LUCIANO MORENO URIBE ha demandado la nulidad de la Resolución No. 433 de febrero 5 de 1982, expedida por la Directora de Vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro y por la cual se destituyó al accionante del cargo de Notario Cuarto del Círculo de Bogotá, así como las Resoluciones números 1331 de marzo 31 de 1982 y 3138 de julio 9 de 1982, con las cuales se confirmó la primera decisión como consecuencia de los recursos interpuestos. Para efectos del restablecimiento del derecho, pide el actor su restitución al cargo de Notario Cuarto de Bogotá y los reconocimientos consiguientes que consagra la ley (folios 76 a 103).

2o. El demandante hizo entrega de la Notaría Cuarta de Bogotá, como consecuencia de los actos impugnados, al doctor Cornelio Reyes, según se expresa en el hecho 12 de la demanda. (folio 78).

3o. Mediante providencia de octubre 14 de 1982, se admitió la demanda y se dispuso la notificación del auto admisorio al Superintendente de Notariado y Registro y al Fiscal Cuarto de la Corporación (folio 104).

4o. A folio 106 obra una constancia expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro —División Legal— según la cual el doctor LUCIANO MORENO URIBE ejerció el cargo de Notario Cuarto, nombrado mediante Decreto No. 312 de marzo 2 de 1973, hasta el 16 de agosto de 1982, "fecha en la cual hizo entrega de la Notaría al doctor Cornelio Reyes".

5o. En el memorial de pruebas de la parte actora (folio 111) se pide, entre otras, "que se ordene a la Superintendencia de Notariado y Registro el envío de copias autenticadas de las relaciones de ingresos del doctor Cornelio Reyes como Notario Cuarto de Bogotá, que obran allí desde la época de la posesión hasta la fecha".

6o. Conforme a la constancia del folio 162, expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro—División Legal—, el doctor CORNELIO REYES tomó posesión del cargo de Notario Cuarto de Bogotá el 16 de agosto de 1982 y continuaba allí en la fecha del documento, a saber, el 11 de agosto de 1983.

II. EL INCIDENTE DE NULIDAD

1o. A folios 165-166 obra el memorial en que el apoderado del doctor Cornelio Reyes solicita nulidad de todo lo actuado en este proceso, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, por la causal contemplada en el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, numeral 3o.

Sustenta la solicitud en las siguientes consideraciones:

"A) La demanda promovida por el doctor Luciano Moreno Uribe es de plena jurisdicción y contempla además de la nulidad de la resolución que decretó su destitución del cargo de Notario Cuarto del Círculo de Bogotá, el restablecimiento del derecho, para lo cual pide, entre otras pretensiones, que se le restituya en el cargo de tal;

"B) La Superintendencia decretó la destitución, y para reemplazar al destituido, el Gobierno Nacional designó a mi representado, doctor Cornelio Reyes Reyes, quien se encuentra en el momento en el ejercicio de su cargo;

"C) El doctor Reyes, conforme al estatuto respectivo, tiene derecho a continuar ejerciendo las funciones de Notario Cuarto de Bogotá, hasta tanto se presenten las circunstancias de retiro forzoso, o de sanción, o hasta tanto se venza el período para el cual fue designado;

"D) Una de las pretensiones de la demanda, conlleva que para restituir al actor en su cargo, deba ser removido del mismo, mi poderdante doctor Cornelio Reyes;

"E) Tal circunstancia, claramente apreciable de la sola lectura del proceso y de la demanda, implica la modificación de una situación concreta, y al desconocimiento del derecho que le asiste a mi representado, todo ello, sin que hasta el momento se le hubiese notificado en la forma legal;

"F) Ha sido criterio del Honorale Consejo, para casos similares, considerar que debe notificarse personalmente al afectado con la sentencia, de llegar a ser favorable a las peticiones de la demanda, y el que no se —haga, implica o acarrea nulidad por violación del artículo 36 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 113, numeral 3o. del Código Contencioso Administrativo".

2o. En la misma fecha del anterior memorial el apoderado del doctor Cornelio Reyes, alegando encontrarse *sub-júdice* la actuación en virtud de la solicitud de nulidad formulada por él, interpuso recurso de reposición contra la providencia en que se dispuso traslado a las partes para alegar de conclusión y expresó:

"Si está *sub-júdice* el valor de toda la actuación, es apenas natural que una etapa importante para las partes, como es la de alegar de conclusión, no deba correr hasta tanto, de manera segura, se sepa si lo actuado es o no, válido" (folio 167).

La solicitud aparece coadyuvada por el apoderado de la Superintendencia de Notariado y Registro (folio 168). Se opuso el apoderado del actor. (folios 169 - 170).

3o. En providencia de octubre 14 de 1983, dispuso la Sala Unitaria:

"No por acto de magnanimidad sino por razones simplemente de origen legal, póngase en conocimiento de las partes la causal de nulidad a que se contrae el escrito de folios 165 y 166, por el término de tres días" (folios 171 a 174).

En la motivación de esta providencia expresó la Sala;

"En cuanto respecta el recurso de reposición, considera este Despacho que como éste tiene como soporte principal el hecho de haberse pedido con anterioridad la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda, es apenas lógico pensar que hasta que no se resuelva el incidente de nulidad no puede saberse si la reposición puede prosperar o no. Entonces no sería éste el momento preciso para impetrar dicho recurso, resulta inocuo proponerlo. Por estas breves razones SE NIEGA" (folio 173).

III. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Niega la nulidad impetrada, con fundamento en las razones que se compendian a continuación.

1o. El doctor Cornelio Reyes no fue señalado como parte demandada en este proceso. Por lo tanto, no tenía por qué ser notificado del auto admisorio de la demanda. (folio 180).

Expresa la Sala a este respecto:

"Al hacer una lectura cuidadosa de la demanda, se observa que en ella no se ataca en forma directa a su elección o nombramiento como Notario Cuarto de Bogotá, ni podía hacerse porque la providencia por medio de la cual se destituyó al demandante doctor Luciano Moreno Uribe del mismo cargo es totalmente autónoma y separada, es decir, independiente del acto por medio del cual se designó también como Notario Cuarto del Círculo de Bogotá a quien hoy aparece como impugnador en este negocio".

2o. En el Código Contencioso Administrativo no se encuentra prevista la notificación personal del auto admisorio de la demanda a las personas cuyos intereses puedan resultar afectados por la sentencia. (folio 183). Lo que está previsto conforme al artículo 126, es que el negocio se fije en lista por el término de cinco días para que el citado funcionario (se refiere al Agente del Ministerio Público) "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" (folios 183 - 184).

3o. No existe en el Código Contencioso Administrativo la figura del *litisconsorcio* necesario consagrada en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil "y por lo tanto, esta norma no tiene nada qué hacer en esta controversia contencioso administrativa" (folio 184).

Luego puntualiza:

"Pero como puede suceder que los intereses de una o más personas sean afectados con las resultas del proceso, existe en el Consejo de Estado una corriente, que en ocasiones por mayoría de votos ha dispuesto en sentencias de Sala Plena, especialmente en negocios electorales en los cuales se impugnan actos de elección a cargos colegiados y las correspondientes credenciales que deben expedirse para poder ejercerlos, o porque el beneficiado con el nombramiento no reúne las condiciones para su ejercicio, notificarles la demanda a esos interesados o invitarlos a que comparezcan al proceso porque se considera, como ya se ha dicho, que tienen un interés en el resultado de la controversia y porque además debe evitarse que se quebrante el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"También en casos como el de autos algunas Secciones del Consejo de Estado, entre ellas, la Segunda de la cual hace parte quien redacta la presente, ha ordenado la citación personal de las personas cuyos intereses pueden resultar afectado con la sentencia que comete la *litis*, sin que por esto se trate de un *litisconsorcio* necesario propiamente dicho pues el posible perjuicio que ese tercero podría sufrir sería un resultado indirecto de la anulación del acto demandado, en el cual aquél nada tuvo que ver y además no se trata de un pronunciamiento contra él, porque el acto atacado por nulidad sustancial, como en el caso de estudio, tiene entidad propia e independiente y la ley no exige que ese tercero sea citado forzosamente como ya hubo oportunidad de destacarse en los apartes anteriores" (folios 184 - 185).

.....

"Lo que existe en el caso de autos es, por lo tanto, un *litisconsorcio* voluntario o facultativo y, en consecuencia, la intervención del actual Notario Cuarto de Bogotá, es meramente facultativa. Por consiguiente, forzoso es concluir que la teoría o medida que en algunos casos ha aplicado el Consejo de Estado en el sentido de citar a los terceros que puedan resultar perjudicados si la sentencia accede a las pretensiones del demandante, es sin duda conveniente, pero al haberse dejado de practicar, como sucede en el presente, ningún vicio procesal puede generar, por tratarse de un *litisconsorcio* facultativo, como ya se apuntó. Ello en desarrollo de lo previsto en el artículo 89 del anterior Código Contencioso Administrativo, que es el aplicable" (folios 185 -186).

4o. El haber concurrido voluntariamente al proceso el doctor Cornelio Reyes, en su carácter de Notario Cuarto actual, designado en reemplazo del demandante, ha mermado cualquier irregularidad que pudiera existir por su no citación y ésta quedó satisfecha al darle oportunidad de ser oído, como interviniente impugnador en calidad de *litisconsorte* facultativo" (folio 186).

Luego aclara:

"Por otra parte, no sobra decir que todo interviniento voluntario toma el proceso en la situación procesal en que se encuentre sin que tenga derecho a exigir que se retrotraiga" (folio 186).

Más adelante insiste en la comparecencia efectiva del doctor Cornelio Reyes, subrayando que:

"Aun en el caso de que me aceptara, en gracia de discusión, que se trata de un *litisconsorcio* necesario, que no lo es, como ya se dijo, la concurrencia espontánea del *litisconsorte* dejado de citar sanea cualquier irregularidad puesto que ha quedado satisfecha la garantía constitucional del derecho de defensa. Lo que importa cuando ocurre *litisconsorcio* necesario incompleto, es que haya sido completado antes del momento de dictarse sentencia, luego con mayor razón no existiendo esa clase de *litisconsorcio*. . ." (folio 187).

IV. LOS ALEGATOS

Impugna la providencia el apoderado del doctor Reyes con los planteamientos siguientes:

1o. En la demanda se solicita la nulidad del acto por el cual se destituyó al doctor Luciano Moreno Uribe del cargo de Notario Cuarto del Círculo de Bogotá y se pide, como restablecimiento del derecho, el reintegro del actor a este mismo cargo, del cual

precisamente hizo entrega al doctor Cornelio Reyes. (Peticiones 1a. y 2a. y hecho 12). La restitución solicitada afecta necesariamente al actual Notario, en caso de prosperar. (folio 188-189).

2o. Al doctor Cornelio Reyes "le asiste el derecho de permanecer en el cargo de Notario por el resto del período, mientras no incurra en falta alguna o haga dejación voluntaria del mismo". Se pretende privarlo de él sin dársele la oportunidad de ser oído y vencido en este proceso. (folio 189).

3o. El doctor Cornelio Reyes es *litisconsorte necesario*, según los términos del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. (Folio 189), pues la posible decisión favorable al actor obligaría también al doctor Reyes (folio 191).

4o. La comparecencia del doctor Reyes al proceso es tardía, por lo que no está subsanada con ella la nulida ni garantizado el derecho de defensa. (folio 192).

Replica el apoderado del actor en la forma que a continuación se sintetiza.

1o. El recurrente confunde entre *litisconsorte necesario, litisconsorte facultativo* y parte adhesiva. La sola presencia de un interés directo en las resultas del proceso no da lugar a un *litisconsorcio necesario*. La relación del doctor Cornelio Reyes es con el Estado en razón de su nombramiento, el cual no es objeto de debate en este proceso. "Si bien la sentencia que se profiera podría afectarlo desfavorablemente, si el Estado fuere vencido dentro de este proceso, ello no sería por razón de los efectos jurídicos de la sentencia misma sino como consecuencia de los actos que el Estado tendría que proferir para darle cumplimiento a la sentencia". (folio 195 - 196).

Tratándose de un *litisconsorte facultativo*, está legitimado para actuar o no dentro del proceso y, si lo hace, se le tiene como tal desde cuando lo haga y, si no actúa, la validez del proceso no se afecta por ello (folio 196).

2o. "En el caso de autos lo pedido es la declaratoria de nulidad de una sanción disciplinaria de desinvestidura, impuesta por un acto de la administración del cual no se deriva ninguna relación jurídica sustancial cuyo titular sea el doctor Cornelio Reyes, pues el presunto derecho de este emana de un acto administrativo diferente que no es materia de este proceso" (folio 196).

3o. En parte alguna de la demanda se ha pedido la remoción del doctor Cornelio Reyes. La remoción del doctor Reyes, si a ella hubiere lugar, se produciría por acto propio de la administración y no por ministerio de la sentencia". (Folio 197).

V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORPORACION

Consistente ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado al exponer, a través de varias de sus secciones, su criterio en casos de la naturaleza del *sub-lite*.

A continuación se transcriben, por vía de ejemplificación, algunas providencias.

Sentencia de mayo 11 de 1975 (Sección Primera, Consejero Ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla, Referencia: 2437. Actor: Transportes Rápido Ochoa, S.A.).

"El INTRA afirma que no se integró en debida forma el contradictorio porque se le dio acceso como parte principal en el proceso, a la empresa beneficiaria del permiso impugnado. Esta Corporación ha sostenido en repetidas ocasiones que, cuando se impugna como en este caso un acto del cual deriva una situación jurídica de la cual es

titular una persona, no puede adelantarse el proceso sin su audiencia porque se configura un típico *litisconsorcio necesario* de carácter pasivo, frente al cual surge para el juez el deber imperioso de la citación prevista en el artículo 83 del Código de procedimiento Civil" (Anales, numeros 457 y 458, página 345).

Sentencia de abril 10 de 1981 (Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar, Expediente No. 3469, Actor: Palmas Oleaginosas del Ariguan Limitada).

"Como bien lo sostiene la sociedad demandante, esta Corporación en varias oportunidades ha considerado que, cuando se demande la nulidad de un acto del cual puede originarse una situación jurídica individual o concreta, debe notificársele el auto admisorio de la demanda a la persona a cuyo favor se creó dicha situación, porque en este caso se configura un *litisconsorcio necesario* de carácter pasivo, por lo que sin su citación no puede integrarse el contradictorio". (Anales, números 469 - 470, página 593).

Sentencia de septiembre 19 de 1978 (Sección Primera, Consejero Ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla, Expediente No. 2664, Actor: Transportes Oriente Antioqueño Ltda.).

"La jurisprudencia del Consejo de Estado y en particular la de la Sección Primera se ha caracterizado por el celo en la defensa del principio del *litisconsorcio necesario* y de la integración del contradictorio para evitar que se produzcan pronunciamientos de mérito sobre nulidad de actos creadores de situaciones jurídicas concretas sin la participación de los titulares de esos derechos" (Tomada de Diccionario Jurídico, Tomo III, página 119).

Por otra parte, siempre que con el acto acusado se haya constituido adicionalmente una situación individual y concreta que podría verse modificada a consecuencia del proceso en caso de sentencia favorable al actor, la Sección Segunda, en forma definida y constante, ha decidido que el auto admisorio de la demanda debe notificarse a la persona para quien se ha creado, a través del acto acusado, esa situación, en razón de que la sentencia desfavorable podría afectar sus derechos sin habérsele dado la oportunidad de ser oída.

Pero evidentemente se trata de casos en que, dentro del propio acto de la administración que es objeto del debate procesal, se crea la situación en referencia. La tercera persona que ha de llamarse al proceso para la integración adecuada del contradictorio, debe aparecer señalada en el acto acusado. Dicho de otra manera, en el acto de desinvestidura figura simultáneamente una nueva investidura para el mismo cargo. Una y otra aparecen integradas en la decisión administrativa.

No sería esta la situación contemplada en el *sub-lite*, pues el acto acusado no menciona personas diferentes del demandante, y, por lo tanto, del texto mismo no podría deducirse que con el acto se ha creado una situación individual y concreta que apareja derechos para un tercero.

Sin embargo, no se ha planteado en esos términos el debate. Al mismo se ha vinculado, desde el propio libelo incoativo, al doctor Cornelio Reyes, como puede verse en la redacción del Hecho 12, aparte de que en la petición segunda se solicita el reintegro del actor precisamente al cargo de Notario Cuarto del Círculo de Bogotá, cargo que, según la demanda, es ocupado por el doctor Cornelio Reyes.

La jurisprudencia en cita previó con sabiduría lo que hoy es norma de obligatoria aplicación, con la disposición del artículo 207, numeral 2o., del Decreto 01 de 1984,

según el cual en el auto admisorio de la demanda se deberá disponer que ésta se notifique, además del Ministerio Público, "a los particulares que, según la demanda o los actos acusado, puedan tener interés directo en los resultados del proceso".

En el caso de autos, fue el propio demandante quien, sin proponérselo, vinculó al debate al actual Notario Cuarto de Bogotá. Injurídico sería que se adelantara la actuación sin su comparecencia, dispuesta procesalmente.

En tal virtud, habrá de revocarse la providencia recurrida para declarar, en sustitución, que es nula la actuación a partir del auto admisorio de la demanda, el cual, por consiguiente, deberá ser notificado al actual Notario Cuarto de este Círculo Notarial.

En mérito de las consideraciones anteriores, se dispone:

1o. REVOCASE la providencia de fecha veintiuno (21) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

2o. Declárase la nulidad de la actuación a partir del auto admisorio de la demanda, el cual deberá notificarse personalmente al doctor Cornelio Reyes.

Cópiese, notifíquese y vuelva el expediente al Despacho de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 28 de mayo de 1984.

Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO Y HECHO.— Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. (Decreto 01 de 1984). Las misiones son hechos si la ley no las regula específicamente ni deduce las consecuencias también específicas de las mismas. Si por el contrario, la ley las contempla, debe estarse a sus prescripciones, que en este sentido tienen un carácter excepcional.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., junio ocho (8) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4.650.
Actores: **José Nicolás Rivas de Zubiría, Camilo Alfonso Ospina Bernal y Juan Manuel Charry Urueña.**

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los ciudadanos José Nicolás Rivas de Zubiría, Camilo Alfonso Ospina Bernal y Juan Manuel Charry Urueña solicitaron ante esta Corporación la declaración de nulidad del "acto administrativo constituido por la abstención del Congreso Nacio-

nal al no constituir la Comisión Especial Permanente de que trata el artículo 80 de la Constitución Política de Colombia, en otros términos declarar violatoria de la Constitución y la ley la abstención por parte del Congreso".

Dicen los demandantes que es de público conocimiento que el Congreso Nacional se ha abstenido de integrar la Comisión Especial Permanente a que se refiere el artículo 80 de la Constitución, cuyo inciso primero es del siguiente tenor:

"Artículo 80. Habrá una Comisión Especial Permanente encargada de dar primer debate a los proyectos a que se refiere el ordinal 4o. del artículo 76 y de vigilar la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, lo mismo que la evolución del gasto público. Durante el receso del Congreso, esta Comisión podrá sesionar, por iniciativa propia o convocatoria del Gobierno, y rendirá los informes que determine la ley o las Cámaras le soliciten".

En opinión de los actores la abstención comentada viola los artículos 80, 72, 55 y 32 de la Carta Política. Dicha transgresión la precisan, así:

Con respecto al artículo 80, afirman:

"Resulta claro que, al no haberse constituído la comisión de que se trata, el Congreso Nacional ha incumplido manifiestamente la importantísima función, encomendada por la Constitución, de planificar las obras públicas y el gasto público, o sea fijar las directrices de la administración del Estado e impedir la ejecución de obras públicas emprendidas desordenadamente sin atender a un orden de prioridades y necesidades primarias con el mejor aprovechamiento de los recursos. Además, incumpliendo la función de vigilancia sobre el ejecutivo en lo referente a la evolución del gasto público.

"La ausencia de planificación no permite el desarrollo coherente de la política de gastos emprendida por cada uno de los gobiernos, arriesgando los recursos gravemente, emprendiendo obras que nunca se culminan, cada cuatro años se enfrenta el país a un programa de gobierno inconcluso, seguido de otro de distinta orientación.

"El Congreso Nacional se ha abstenido de cumplir una clara función constitucional, dando vía libre a la improvisación de inmensos perjuicios para la comunidad, bastaría citar el cierre intempestivo de las importaciones, la crisis de energía eléctrica en el interior del país, el déficit presupuestal y tantos otros males que la nación debe soportar como fruto de la ausencia de planificación".

Sobre el artículo 72, comentan:

"Resulta evidente la violación del artículo 72 de la Carta Fundamental, por cuanto el Congreso no ha elegido los miembros de la comisión de que trata la abstención objeto de esta demanda, con el agravante de que no se trata del incumplimiento de un trámite legal sino de uno previsto en la Constitución Nacional".

En cuanto al artículo 55, expresan:

"La abstención por parte del Congreso es un evidente incumplimiento del mandato constituyente consignado en el artículo 55, pues le impide a la Administración la obtención del plan correspondiente para la ejecución de las obras públicas, mostrándose reacio a colaborar con la Rama Ejecutiva en la realización de los fines del Estado".

En lo concerniente al artículo 32, manifiestan:

"Con el comportamiento del Congreso Nacional se ha visto entorpecido el cumplimiento de este precepto constitucional, ya que no se han racionalizado los recursos nacionales a fin de colocarlos en situación tal que se logre un desarrollo integral donde se obtenga el máximo beneficio respecto de todos y cada uno de los recursos con que cuenta la Nación colombiana.

Igualmente los demandantes indican como infringidas las Leyes 38 de 1981 y 17 de 1980, sin precisar cuáles de sus disposiciones consideran contrariadas. Refiriéndose a la primera dicen que "no se ha realizado el trámite en ella forjado para lograr la efectividad del mandato constitucional consagrado en el artículo 80 de la Carta". Y aludiendo a la segunda afirman que no se ha observado la reglamentación que ella contiene, por lo cual se ha "burlado el establecimiento de un plan económico".

Los accionantes finalizan su planteamiento jurídico de la siguiente manera:

"El Congreso Nacional no ha ejercido el poder en los términos establecidos por la ley de leyes, se ha quedado corto, pues no ha constituido una comisión encargada de dar debate al proyecto de plan que debe el gobierno presentar. A nuestro juicio el Congreso está incumpliendo con una de sus funciones y obstruyendo así el cumplimiento de los fines del Estado".

Para resolver sobre la admisión de la demanda, se hacen las siguientes CONSIDERACIONES:

Expresa el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo:

"Artículo 83. Extensión del control. La actividad administrativa se cumple mediante actos o hechos y toda estará sujeta al control jurisdiccional en los términos previstos en la Constitución Política, en las leyes y en este código.

"Son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efecto jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

"Las llamadas 'operaciones administrativas' y 'vías de hecho' se considerarán, en adelante y para todos los efectos, actos administrativos".

Como atrás se vio, en el petitum de la demanda los actores le dan a la abstención del Congreso Nacional al no constituir la Comisión Especial Permanente de que trata el artículo 80 de la Constitución Nacional, la denominación de acto administrativo, figura jurídica ésta que define el inciso segundo del artículo que se acaba de reproducir.

Una visión de conjunto de la demanda permite concluir que ella se encuentra estructurada, bien pudiera decirse que calcada, sobre la definición de acto administrativo, que precede, la cual los indujo a equivocación. En efecto:

1o. La jurisprudencia había considerado que las omisiones constituyen hechos y que éstos pueden originar responsabilidad extracontractual de la Administración.

2o. Sin embargo, existen casos, como los que configuran el silencio administrativo, de los que la ley deduce las consecuencias de la omisión, en todos los cuales ella considera que se trata de actos presunto o tácitos de denegación.

3o. Por consiguiente, puede decirse, a manera de conclusión, que las omisiones son hechos si la ley no las regula específicamente ni deduce las consecuencias también específicas de las mismas. Si, por el contrario, la ley las contempla, debe estarse a sus prescripciones, que en este sentido tienen un carácter excepcional.

4o. Los criterios expuestos, que constituyen principios esenciales, deben orientar la interpretación del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto atañe a los actos y a los hechos y regula las omisiones. En este orden de ideas, si la Administración o un determinado órgano del Estado que actúe en función administrativa omite lo que le corresponde, no por ello ha expedido actos cuestionables ante esta jurisdicción, a menos que la ley tenga como tales esos hechos de abstención.

5o. Lo antes expuesto se corrobora con lo dispuesto por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto contempla la posibilidad de promover acción para que se obligue a la Administración a realizar el deber que elude. En este caso la ley no considera, como parece que los actores lo estiman, que la abstención o la omisión, que son sinónimas, sean actos tácitos o presuntos de abstención.

6o. Lo expuesto significa que si las Cámaras no han designado la Comisión del Plan, tal como lo dispone el artículo 80 de la Constitución, ello no equivale a que hayan producido actos de abstención o de omisión, crónicos o reiterados, sino que se trata de hechos que, en modo alguno, implican denegación de efectuar la designación. Por consiguiente, como la demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de esos supuestos actos, que en realidad no se han expedido, tal como ella se halla propuesta, no se encuentra en forma, por cuanto no permitiría una decisión de mérito. Esto determina el que se inadmita la demanda.

Con base en la motivación que antecede, el Consejero Ponente resuelve:

Inadmítase la demanda de nulidad promovida por los ciudadanos José Nicolás Rivas de Zubiría, Camilo Alfonso Ospina Bernal y Juan Manuel Charry Urueña.

Notifíquese y Cúmplase.

Mario Enrique Pérez, Consejero de Estado.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

DECRETO 01 DE 1984.— VIGENCIA.— Artículo 266. Interpretación y aplicación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., junio trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

I. Dispone el artículo 266 del nuevo Código Contencioso Administrativo:

"Artículo 266: Vigencia. En los procesos iniciados antes de la vigencia del presente estatuto, los recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr, y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente, cuando se interpuso el recurso empezó a correr el término o principió a surtirse la notificación.

"Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de este código, correspondan a los tribunales en única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, siempre que no se haya dictado auto de citación para sentencia.

"Los procesos existentes que eran de única instancia ante el Consejo de Estado y que según este código deban tener dos, seguirán siendo conocidos y fallados por dicha corporación".

De tal manera, surge:

a) Interpretado el primer inciso, aisladamente, permite concluír: 1o. Que los negocios iniciados antes de la vigencia del estatuto, se rigen por la ley nueva, al entrar a regir esta, con las excepciones expuestas en la misma norma, de los "recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones y citaciones que estén surtiendo" todas las cuales se regirán por la ley anterior; 2o. Como corolario, en virtud del principio de la aplicación inmediata de las normas sobre jurisdicción y competencia, tales negocios surtidos los trámites excepcionalmente señalados en la ley, sobre tránsito de legislación deberán continuar a conocimiento de quienes resulten competentes conforme al nuevo código; 3o. Y como el nuevo estatuto sometió toda controversia contractual o extracontractual a conocimiento de los tribunales administrativos en única o primera instancia, con la salvedad de los procesos indicados en el artículo 128 ibídem, pues deberían ser enviados a tales corporaciones.

b) Pero interpretando todo el artículo, en su integridad y buscando la armonía de sus previsiones, resulta: 1o. Que los negocios iniciados antes de la vigencia del nuevo código, continuarán al conocimiento de las mismas corporaciones que venían conociendo de ellos con la única excepción de los de única instancia actualmente en el Consejo de Estado y que en virtud de las nuevas reglas competen a los Tribunales, en única instancia, los cuales deben ser enviados a dichas entidades en el estado en que se encuentren, salvo cuando se haya dictado auto de citación para sentencia; 2o. Que los anteriores negocios se rigen, en lo demás, por las nuevas reglas de procedimiento, salvo los términos comenzados a correr, los recursos interpuestos y las notificaciones y citaciones que estén surtiendo, todos los cuales se regirán por la ley antigua; 3o. Que los negocios de única instancia ante el Consejo de Estado en curso al momento de entrar en vigencia el nuevo código y que quedan de dos instancias en virtud de este último estatuto, continuarán tramitándose como de única instancia ante el Consejo de Estado; 4o. Que con las salvedades anteriores, los procesos iniciados antes de la vigencia de la nueva ley, no sufrirán cambios en relación con la competencia.

II. a) Pero todo lo hasta aquí expuesto, exige como presupuesto ineludible que el *proceso* se hubiera iniciado antes de la vigencia del nuevo estatuto y ello no puede predicarse sino de aquellos en que se hubiera dictado el auto admisorio de la demanda, momento en el cual el juez, avoca el conocimiento, se pronuncia sobre su propia competencia y da lugar a la iniciación del proceso. Desde tal momento existe *proceso* aunque todavía no exista *relación jurídico* procesal la que sólo se constituye con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado.

b) Luego, las demandas presentadas antes del primero de marzo del año en curso cuyo auto admisorio no se hubiera dictado antes de esa fecha, se rigen para efectos de la competencia, por los artículos 128, 129, 131, 132 y 133 del Código Contencioso Administrativo.

III. Por tanto, el asunto *sub-júdice*, controversia sobre responsabilidad extracontractual, corresponde al Tribunal Administrativo de Boyacá, teniendo en cuenta el

territorio donde sucedieron los hechos, en única instancia si la cuantía es inferior a $ 2.000.000 y en primera, si es superior a tal cifra.

Por lo expuesto:

1o. No se admite la anterior demanda por falta de competencia.

2o. Por competencia, previa desanotación en los libros respectivos, envíese el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango.

Arturo Mora Villate, Secretario.

PROCESOS DE EXPROPIACION DE INMUEBLES ADELANTADOS POR ENTIDADES PUBLICAS.— Incompetencia del Consejo de Estado. Competencia de los Juzgados Civiles de Circuito (No. 6 del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil). CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., junio veinte(20) de mil novecientos ochenta y cuatro(1984).

Referencia: Expediente No. 4.676.

El señor Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá ha enviado a esta Corporación el proceso de expropiación del bien inmueble distinguido en la nomenclatura urbana de esta ciudad con el No. 21-20 de la carrera 5a., iniciado por el Instituto de Desarrollo Urbano —IDU— del Distrito Especial de Bogotá. El señor juez tomó esta decisión con fundamento en las siguientes consideraciones consignadas en su providencia de 20 de marzo de 1984.

"Como el artículo 268 del nuevo Código Contencioso Administrativo derogó expresamente el numeral 1o. del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil que le atribuía a los jueces civiles del circuito la competencia por factor subjetivo de las entidades de que allí se habla, totalmente, caso en el cual la regla 16 numeral 12 ibídem no tiene aplicación ante la jurisdicción civil, es del caso dar aplicación al numeral 13 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, remitiendo el presente proceso al Honorable Consejo de Estado, a objeto de que continue su curso".

En relacion con la competencia del Consejo de Estado para conocer de procesos de expropiación de inmuebles adelantados por las entidades públicas, la Sala Unitaria se permite hacer las siguientes consideraciones: que el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá ha debido tener en cuenta antes de tomar una decisión como la que lo llevó a enviar a esta Corporación el expediente del mencionado proceso.

1o. El artículo 2o. de la Constitución Política consagra entre nosotros el llamado Estado de derecho al disponer que los poderes públicos "se ejercerán en los términos que esta Constitución establece". Este principio lo desarrolla la propia Carta Política al

establecer en el artículo 63 que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento", y como complemento necesario de las disposiciones anteriores el artículo 20 ibídem preceptúa que "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

De acuerdo con las normas transcritas se tiene que las competencias atribuidas a las corporaciones o funcionarios públicos, cualquiera que sea la rama del Poder Público a que pertenezcan, son expresas. De esto se desprende de que no basta que se derogue una norma que da competencia a un determinado funcionario para que automáticamente la administración la adquiera otro, a menos que exista una cláusula general de competencia dentro de la cual quepa el asunto de que se trata.

2o. En el presente caso se observa que si bien el Decreto-Ley 01 de 1984 en su artículo 268 derogó el numeral 1o. del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, según el cual los jueces civiles de circuito conocían en primera instancia de los procesos "contenciosos en que sea parte la Nación, un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial de alguna de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa", ello no quiere decir que esa supresión de competencia signifique que se le ha asignado al Consejo de Estado, pues las de éste ya las tenía desde antes de expedirse el Decreto 01 de 1984, razón por la cual la citada norma hacía la excepción de lo que no correspondiera el conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa.

El Decreto-Ley 01 de 1984 no sólo no dio competencia para conocer de los procesos de expropiación a la jurisdicción contencioso administrativa, los cuales sólo pueden ser iniciados por una entidad pública, sino que no derogó el numeral 6o. del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, que expresa que los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los procesos "de expropiación". Este código además establece el procedimiento correspondiente en los artículos 451 a 459.

3o. Fuera de ignorar el señor Juez Tercero Civil del Circuito la vigencia del numeral 6o. del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, en forma inexplicable expresa que el conocimiento de esos procesos corresponde al Consejo de Estado por aplicación del numeral 16 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo. Esto no es cierto por cuanto el numeral 16 del citado artículo 128 expresa que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: "de todos los demás de carácter administrativo, para los cuales no exista regla especial de competencia" y son de carácter administrativo los asuntos de que trata el artículo 82 ibídem, según el cual "la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas", actos y hechos administrativos definidos en el artículo 83 de la misma obra. Mas resulta que cuando una entidad pública demanda la expropiación de un inmueble, conforme el artículo 30 de la Constitución Nacional y las leyes pertinentes, está ejerciendo una acción procesal y no profiriendo un acto administrativo en sus diversas modalidades o realizando un hecho del cual se deriven consecuencias jurídicas. Simplemente ejerce una acción judicial de la cual es titular.

4o. Finalmente conviene recordarle al señor Juez Tercero Civil del Circuito que conforme al artículo 216 del Decreto-Ley 01 de 1984 los conflictos de jurisdicción "no se suscitan de oficio" sino a petición de parte. En el presente caso ha sido de oficio, violándose así la mencionada norma.

Podrían agregarse muchos argumentos más para demostrar lo equivocado de la solución jurídica dada por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá a la derogatoria del numeral 1o. del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, pero lo expuesto es suficiente para concluir que, siendo él el competente para conocer el proceso de expropiación por disponerlo así el numeral 6o. del artículo 16 de la expresada obra, se le debe devolver el expediente.

Por lo tanto se resuelve:

Envíese este expediente al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, para que siga conociendo del mismo por competencia, de acuerdo con lo expresado en el numeral 6o. del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil.

Publíquese y Cúmplase.

Jacobo Pérez Escobar.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ACCION DE LESIVIDAD.— La administración como demandante. Concepto. Artículo 72 de la Ley 167 de 1941. Se trata de una acción de SIMPLE o POPULAR nulidad; no de la conocida como de plena jurisdicción.

INTERVENCION DE TERCEROS.— Bajo la Ley 167 de 1941 y bajo el nuevo Código Contencioso Administrativo. (Artículo 1o. del Decreto 01 de 1984).

DEMANDA.— Traslado. El artículo 126 de la Ley 167 de 1941 no lo autorizaba. Autorización en el nuevo Código Contencioso Administrativo. (Decreto 01 de 1984).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio veintidós (22) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 10.752.
Actor: **Dolly Pedraza de Arenas. Fiscal Sexto del Consejo de Estado. Recurso de súplica contra auto del doctor Ortiz Amaya. Auto.**

Se resuelve en esta providencia el recurso de súplica interpuesto contra el auto de sala unitaria de fecha 8 de mayo pasado.

Antecedentes:

La señora Fiscal Sexto ante el Consejo de Estado presentó ante esta corporación demanda en ejercicio de la acción de NULIDAD consagrada en el artículo 72 de la Ley 167 de 1941, contra el auto No. 001 de 29 de marzo de 1983 proferida por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de la Intendencia de San Andrés islas, previa citación del señor Aníbal de Jesús Muriel Cruz.

El auto acusado revoca las liquidaciones de revisión números 120 y 11 de 23 de junio de 1982 y 25 de enero de 1983, respectivamente y se confirman las liquidaciones privadas de los años 1979, 1980 y 1981 del contribuyente Aníbal de Jesús Muriel Cruz.

En el auto admisorio de la demanda se ordenó, además de lo de la ley, notificar personalmente al señor Aníbal de Jesús Cruz por ser el *beneficiario* del auto acusado (Se subraya).

El señor Muriel Cruz otorgó poder a dos abogados "para que asuman mi representación y defensa de mis derechos en el juicio" aludido.

El apoderado que ha actuado en este proceso, en memorial de 17 de febrero pasado pidió "que se tenga *como parte* a mi mandante para impugnar el proceso de la referencia, con arreglo al artículo 39 del Código Contencioso Administrativo" (folio 31) (se subraya).

Igualmente, en memorial de la misma fecha, y diciendo que actúa como representante de la *parte impugnadora* en el proceso de la referencia" interpuso recurso de súplica contra el auto que suspendió provisionalmente los efectos del auto acusado. (Se subraya).

Después, en memorial de 6 de abril de 1934, el mismo abogado diciéndose "apoderado del IMPUGNADOR. (Subrayó) solicitó algunas pruebas.

En la misma fecha anterior, pasó nuevo memorial diciendo que solamente ha tenido la posibilidad de actuar en el presente proceso en su única calidad de *impugnador*, es decir, como *litisconsorte facultativo*, y ello en los términos de los artículos 89 y 126 de la Ley 167 de 1941 y con ocasión de haberle sido notificado tan sólo el auto admisorio de la demanda (. . .); "y como en virtud del Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto 01 de 1984 (debe comparecer como *litisconsorte necesario* —es decir, como demandado—, con el debido respeto solicito que se disponga por su Despacho lo que sea legalmente procedente, para que se integre debidamente el contradictorio y así pueda ejercer el 'derecho de defensa' y por lo tanto pido se le ordene comparecer a este juicio en la forma en que procesalmente tiene derecho" (folio 69).

En auto de mayo 8 pasado, el consejero sustanciador expresó:

"Como en este negocio el Estado por medio de la señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado ha asumido la posición de demandante para obtener la nulidad de un acto administrativo que le creó una situación jurídica subjetiva y concreta al beneficiario de dicho acto, señor Aníbal de Jesús Muriel, el despacho desde un principio lo consideró *como parte demandada* y por esa razón dispuso notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda (Se subraya).

"No es necesario por lo tanto realizar ninguna diligencia procesal para su reconocimiento como parte demandada pues el contradictorio está ya integrado" (folio 73).

Contra este auto interpuso recurso de súplica "en la condición reconocida al suscrito *apoderado de la parte impugnadora*", según expresó el memorialista, para solicitar se revoque el auto anterior y, en consecuencia, se le reconozca como *parte demandada*, para que quede integrado en la forma debida el *litisconsorcio* necesario y contradictorio. Argumenta que simplemente se le notificó el auto admisorio de la demanda y ésta se le dió a conocer en forma incompleta, no dándose cabal cumplimiento al artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, *que dispone la entrega de copia de la demanda y sus anexos*, lo que no se hizo.

Consideraciones:

Para resolver sobre esta última súplica se hacen varias consideraciones. así:

1o. En síntesis, lo que pretende el impugnador es que se le reconozca la calidad de demandado a su representado, y en tal condición se ordene darle traslado de la demanda y sus anexos.

2o. Debe considerarse que la demanda interpuesta y el auto admisorio de ella se regía no por el actual Código Contencioso Administrativo, (D. E. No. 01 de 1984), sino por lo dispuesto en la Ley 167 de 1941.

3o. Igualmente debe considerarse que la acción interpuesta fue la especial de nulidad consagrada en el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo, que es la que la doctrina denomina de lesividad, y que contempla la Ley 167 de 1941.

4o. Ese artículo 72 de la Ley 167 de 1941 disponía:

"Artículo 72. También la administración, por conducto del respectivo agente del ministerio público, podrá solicitar la anulación de los señalados".

O sea que se trataba de una *acción de simple y popular NULIDAD*, no de la conocida entonces como de plena jurisdicción. La jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que esa es la única acción contemplada en tal norma legal. De la de plena jurisdicción se ocupa el artículo 87, *ibídem*.

5o. Como en las acciones de simple nulidad se demanda es un acto administrativo, y no a una persona en particular, disponía el artículo 89 de la Ley 187 de 1941:

"Artículo 89. En las acciones de nulidad de un acto administrativo, cualquier persona puede pedir que se le tenga *como parte para coadyuvar o impugnar la demanda. . .*".

Esto significa, entonces que los coadyuvantes también son "partes" dentro del proceso contencioso administrativo, con los derechos y obligaciones a ellos impuestos por la ley.

A este respecto, se observa que en la demanda se pidió que el proceso se tramitara "previa citación" del beneficiario de los actos revocados por el acusado. O sea que se anticipó a que se formulara la impugnación, que como se dijo, una vez aceptada otorga la calidad de parte.

Ante el texto del transcrito artículo 89 se aprecia que no tiene fundamento la solicitud del impugnador cuando manifiesta que simplemente se le ha reconocido la calidad de "impugnador", siendo así que su representado debe tener la de "parte", pues todos los impugnadores aceptados bajo el régimen de la Ley 167 de 1941 tienen la calidad de "partes".

6o. El auto admisorio se dictó bajo el régimen de la Ley 167 de 1941, en cuyo artículo 128, destinado a reglar el contenido de dicho auto, se omitía el traslado a la demanda, porque hasta entonces se consideraba que en el proceso contencioso administrativo el debate en ejercicio de cualquiera de las acciones y en particular de la de nulidad, no era entre partes, sino que estaba destinado era al examen de legalidad de una determinada actividad de la administración.

Fue el nuevo Código Contencioso Administrativo, o sea el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, con vigencia solamente desde el primero de marzo de tal año, el que introdujo a dicho proceso figuras jurídicas de extracción privatista, como el traslado de la demanda, la perención, la condenación en costas, y adoptó múltiples procedimientos regulados en el Código de Procedimiento Civil, adopciones discutibles para poder ser entendidas como avances en el dearrollo del derecho administrativo colombiano.

La Ley 58 de 1932, ley de facultades al ejecutivo para expedir el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, en su artículo 11, numeral 8o., había autorizado para revisar el procedimiento ordinario a fin de adaptarlo a "las nuevas tendencias procesales", entendiéndose que se trataba de las nuevas tendencias procesales administrativas, y las introducidas y ya enunciadas ni son nuevas ni son administrativas.

Es, pues, en razón de que el artículo 126 de la Ley 167 de 1941 no autorizaba el traslado de la demanda, que el auto admisorio comentado no lo ordenó, actuación que ahora no es posible convalidar, máxime cuando el apoderado impugnador en su memorial de fecha 17 de febrero de 1984 contestó la demanda, cuando afirmó:

"Desde ahora niego los fundamentos de hecho y de derecho alegados por la parte actora para apoyar la pretensión de nulidad del acto administrativo acusado, pues con dicho acto no se violaron las normas aducidas por la demanda, esto es, el artículo 6o. del Decreto 235 de 1983, artículo (sic) 19 de la Constitución Nacional, artículos 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959 y 35 del Decreto 3803 de 1982, según lo demostraré en la debida oportunidad procesal". (folio 31).

De suerte que el derecho de defensa no se ha afectado. Otra cosa es que la debida "oportunidad procesal" era ese mismo momento, pero siguie existiendo para el impugnador parte, a efecto de que complemente su defensa si lo tiene a bien, o desvirtúe los planteamientos de la demanda.

7o. Dado, entonces, que era diferente el régimen previsto en la Ley 167 de 1941, no era posible dar aplicación al artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, sobre intervención adhesiva y *litisconsorcial*, pues como está visto, el artículo 89 de la dicha Ley 167 de 1941 le atribuía a los impugnadores la calidad de partes. Como se ve, era un régimen especial y distinto, que por lo tanto no permitía la remisión de normas, en ese aspecto, a las del procedimiento civil.

En el vigente Código Contencioso Administrativo. (Decreto Extraordinario No. 01 de 1984) se mantiene ese mismo régimen. En efecto, en el artículo 146 se dispone:

Artículo 146. Intervención de terceros. En los procesos de simple nulidad cualquier persona podrá pedir que se le tenga *como parte coadyuvante o impugnadora* (se subraya).

Añade que en las acciones relativas a contratos y en las de reparación directa y cumplimiento "la intervención de *litisconsortes* y de terceros se regirá por los artículos 50 a 68 del Código de Procedimiento Civil".

De lo anteriormente expuesto se deduce: a) En los procesos con acción de nulidad, tanto en el régimen anterior como en el vigente, los impugnadores son partes; b) únicamente en los procesos con ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento cabe la figura jurídica del *litisconsorcio* y c) como la acción que se tramita en este proceso es la de nulidad en su modalidad de lesividad, el impugnador tiene la calidad de parte y no es admisible el instituto del *litisconsorcio*.

En consecuencia si el auto suplicado expresó que desde el admisorio de la demanda consideró al impugnador como "parte demandada", y al apoderado se le ha reconocido como "parte impugnadora", en ambas ocasiones se le ha tenido como "parte" dentro de este proceso, dado que esa calidad tienen los impugnadores. No hay, pues, lugar a revocar la providencia suplicada por cuanto que esa calidad ya está reconocida.

8o. No sobra considerar que es impropio hablar de *litisconsorcio* cuando una de las partes contendientes está constituida por una sola persona, como ocurre en este proceso. La misma palabra "consorcio" implica asociación de personas con idénticos intereses, según la explicación etimológica y jurídica. Ese consorcio en la litis sólo es "necesario" cuando implica una "carga" procesal, esto es, cuando la suerte de cada componente de la asociación resulta inescindible. Y es claro que cuando el impugnador es uno sólo, no hay consorcio ni puede hablarse de inescindibilidad en la relación sustancial ni en la decisión de la sentencia.

Por todo lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resuelve:

Confírmase el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase. Cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado., Secretario.

PROCESOS DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO.— DETERMINACION DE LA CUANTIA.— Para efectos de la competencia. Artículo 131, numeral 10 (inciso final o tercero) Código Contencioso Administrativo. (Decreto 01 de 1984 en armonía con el numeral 1o. del artículo 20 de la Constitución de Procedimiento Civil. Interpretación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., junio veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4.230. Indemnizaciones.
Actor: **Jesús Alfonso Monsalve Arango.**

Para resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 12 de marzo del presente año, mediante el cual, por competencia, se ordenó enviar el proceso de la referencia al tribunal administrativo de Antioquia, se considera:

Estimó el señor consejero ponente, con base en el artículo 266 del nuevo código administrativo, y vista la cuantía señalada en la demanda, que se daba la hipótesis contemplada en su inciso segundo, y que por ende, debía hacerse remisión al mencionado tribunal, porque:

a) El proceso, iniciado antes del nuevo código, se tramitaba en única instancia en esta Corporación.

b) El mismo proceso, de haberse iniciado después del 1o. de marzo del presente año (punto de partida de la vigencia del Decreto 01 de 1984), habría tenido que presentarse ante dicho tribunal para su trámite de única instancia, en razón de su cuantía.

c) En el caso *sub-júdice* aún no se había dictado el auto de citación para sentencia.

d) La cuantía estimada por el mismo demandante, para la pretensión mayor, es de 1.000 gramos oro.

e) En el caso presente la cuantía no puede determinarse en la forma indicada en el numeral 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, sino en la prevista en su numeral 2, ya que aquél se refiere a la simple acumulación objetiva "o sea de objetos, cosas o pretensiones y éste a la acumulación mixta de personas o sujetos o procesos y de pretensiones u objetos".

Para el recurrente, la súplica debe prosperar, porque:

a) Los perjuicios valen más de dos millones de pesos según la demanda, lo que no haría el asunto de única ante el tribunal (artículos 266, 129 y 132 numeral 10, en relación con el 131, ibídem y numeral 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil).

b) La cuantía para efectos de competencia, se determinará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda en forma razonada, conforme al artículo 20, numeral 1o., del Código de Procedimiento Civil".

c) El actor puede ser una o varias personas naturales o jurídicas.

d) Perjuicios causados son todos los debidos al actor desde el momento de la controversia, según el artículo 1615 del Código Contencioso.

e) Valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, es el contenido económico de lo que pide el actor; el precio del pleito. El numeral 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil no distingue entre pretensiones ni entre demandantes; y al señalar el indicado numeral está excluyendo a los demás.

f) El equivalente en pesos de la demanda como perjuicios morales, valía el 1o. de marzo de este año $ 16.830.000

g) Además de lo pretendido por esos perjuicios los demandantes Jesús Alfonso Monsalve A. y Mercedes Rosa Jiménez demandan igualmente daños materiales por un valor estimado de $ 2.756.343.50 para el primero y de $ 3.000.432 para la segunda.

h) Lo pretendido por los diferentes conceptos (lucro cesante, daño emergente, reajuste monetario) debe sumarse para determinar el valor de la pretensión.

i) La providencia recurrida viola directamente los siguientes artículos: 20 numeral 2o. del Código de Procedimiento Civil por aplicación indebida; 226 del Código Contencioso Administrativo por aplicación indebida; 20 numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación; 129 y 132 numeral 10 en relación con el 131 del Código Contencioso Administrativo; artículo 2o. del Decreto 01 de 1984, por aplicación indebida.

j) Aún dentro de la tesis del auto la determinación de la cuantía, sumando los distintos conceptos, permitiría concluir cosa diferente a la resuelta.

Para resolver se considera:

Estima la parte demandante la cuantía "para los efectos formales", así: $ 1.500.000 para cada uno de los padres del señor Alfonso de Jesús Monsalve J. señores Jesús Alfonso Monsalve Arango y Mercedes Jiménez de Monsalve por perjuicios materiales: el equivalente en pesos colombianos de 1.000 gramos oro para cada uno de los citados y para los hermanos del occiso, por concepto de perjuicios morales; los gastos y costas del proceso; y los intereses aumentados con la variación promedio del índice nacional de precios al consumidor.

La situación así planteada, hizo que el asunto, iniciado antes de la vigencia del nuevo código administrativo, (el auto admisorio se dictó el 2 de noviembre de 1980) fuera del conocimiento de esta Corporación en única instancia (artículo 30, 19 b. del Decreto 528 de 1964), con apoyo en los factores subjetivos (la índole de la persona demandada) y objetivo (la cuentía).

Expedido el nuevo código y ante la norma que regula el tránsito de legislación, el artículo 266, el ponente consideró que el caso concreto pedía subsumirse en la regla contemplada en su inciso 2o. y debía continuar su trámite ante el tribunal de Antioquia, en única instancia, por razones de la cuantía. Para arribar a esa conclusión aplicó el numeral 2o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y no el numeral 1o. del mismo artículo.

La definición del presente asunto impone algunas precisiones en torno a la norma del nuevo Código Administrativo que señala cómo se determina la cuantía, para efectos de competencia, en los procesos de reparación directa y cumplimiento que se siguen ante esta jurisdicción o sea el numeral 10 (inciso final o tercero) de su artículo 131, en armonía con el numeral 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

Dichas normas disponen, en lo pertinente:

Artículo 131 del Código Contencioso Administrativo: "Cuando sea del caso la cuantía para efectos de la competencia se determinará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 20 numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil" (inciso 3o.).

Artículo 20 numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil. Determinación de la cuantía.

"La cuantía se determinará así:

"1o. Por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se acusen con posterioridad a la presentación de aquélla".

Para la Sala la cita que hace el inciso transcrito en primer término del numeral 1o. del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil no puede significar que el legislador extraordinario quiso someter la estimación de la cuantía a este único extremo con exclusión de lo demás. Aunque en apariencia sería aplicable el adagio "inclusio unus, exclusio alterius", en el fondo no sucedió así porque esto sería tanto como afirmar que en los procesos de reparación directa no existe la posibilidad de la acumulación de pretensiones, sea de índole objetiva o subjetiva. Pretendió así, el legislador reafirmar el principio de que los accesorios no causados no juegan en ese estimativo.

Hay que aceptar que el numeral 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil se refiere a las pretensiones de un mismo sujeto, una principal y otras accesorias, porque en los casos de que la demanda configure una acumulación objetiva de varias pretensiones principales o conjugue las pretensiones de varios demandantes, la estimación tendrá que hacerse como lo ordena el numeral 2o.

En otros términos, el numeral 1o. lo único que define es cuando las pretensiones accesorias juegan o no en la estimación de la cuantía y por eso trae como hito definidor la presentación de la demanda. Por lo mismo los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios no podrán tenerse en cuenta cuando se causen con posterioridad a la indicada presentación.

De allí que ese numeral imponga como cuantía, para efectos de competencia, el estimativo de la pretensión principal o única y sus accesorios causados hasta el momento de la presentación de la demanda.

Esta es la interpretación racional porque, de lo contrario, habría que sostener que tanto el numeral 1o. como el 2o. se refieren a casos de acumulación de pretensiones en una misma demanda. O lo que es lo mismo, que el primero tiene que ver con la demanda en general (con o sin acumulación de pretensiones) y el segundo con las que presenten dicha acumulación.

La posición del recurrente tendría sentido si dentro del litigio administrativo no fuera posible la acumulación, bien de pretensiones o de procesos. Pero este no es aceptable. Lo que sucede es que este campo está gobernado, salvo las excepciones contempladas dentro del proceso electoral, por el Código de Procedimiento Civil. En tal sentido, cuando en el administrativo se presenta una acumulación de pretensiones en la demanda o se da una acumulación de procesos, la situación queda gobernada por el aludido estatuto procesal civil, tanto en el aspecto de la cuantía como en los demás.

La interpretación hecha por la Sala encuentra su respaldo en lo que sostiene el profesor Hernán Fabio López, en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano (parte general) en torno al alcance del numeral 1o. del artículo 2o. Anota el mencionado profesor:

En suma, para comprender el querer del legislador en este inciso primero del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil debe tenerse presente que es el caso en el cual hay varias pretensiones, pero una de ellas es la principal, las demás dependen de ésta.

Estima la Sala, en interpretación quizás más valedera, que el numeral 1o. del artículo 20 sienta una regla general para el estimativo de la cuantía: los accesorios no causados o, mejor, las pretensiones sobre accesorios no causados al momento de la presentación de la demanda, no pueden incluírse en el estimativo de la cuantía para efectos de competencia.

Y se afirma que es la regla general porque se aplica tanto cuando en el libelo se da una sola pretensión principal con otras accesorias (numeral 1o.) como cuando en la misma demanda se presente la acumulación de pretensiones (numeral 2), porque aquí para calificar "la pretensión mayor" tampoco se podrán incluir esos "accesorios" no causados.

En las acciones de reparación directa y de restablecimiento el Código Administrativo quiso expresamente que no se tuvieran en cuenta para la determinación de la cuantía dichos accesorios; lo que no puede significar, en forma alguna, que tales extremos no

puedan reclamarse. Se recalca este aspecto, porque el estimativo que se hace con la demanda condicionará, a perpetuidad las instancias posibles (una o dos) pero no más. En otros términos, el proceso de única instancia, iniciado así porque la pretensión mayor no llegaba a los dos millones al momento de la prestación de la demanda, podrá exceder en el fallo, gracias a esos accesorios, dicha cifra sin que el asunto deje de ser de única. No podrá, entonces, el tribunal del conocimiento afirmar que como el actor fijó para efectos de competencia la cuantía en cifra inferior a esos dos millones, la condena no podrá sobrepasarla. Una es la cuantía estimada para la competencia y otra, la de la pretensión, que ya sí podrá cobijar los accesorios (intereses, perjuicios, multas, etc.) causados con posterioridad a la demanda. Como es obvio, en caso de varios demandantes, la cuantía de la condena deberá hacerse separadamente, como si fueran procesos distintos.

Pero es claro también que en estos asuntos de reparación directa o de restablecimiento, los perjuicios deban tomarse como una sola pretensión, incluyendo dentro del concepto los morales y los materiales y en éstos, el lucro cesante y el daño emergente. Estos factores no constituyen pretensiones diferentes.

Aplicando estas ideas al caso concreto, en el que se da una acumulación de pretensiones (de diferentes sujetos), que incluso habrían podido demandar separadamente, resulta:

Pretensión mayor:

Al momento de la demanda la pretensión mayor para efectos de competencia deberá tener en cuenta, razonablemente el estimativo de los:

a) Perjuicios morales para el padre: 1.000 gramos oro

b) Perjuicios materiales al momento de la demanda, o sea lo que el padre dejó de percibir desde el 7 de diciembre de 1980 al 6 de octubre de 1983 (fecha de presentación).

c) Valor del ingreso mensual al momento de la muerte estimado en $ 8.000, con descuento del 25% de propia subsistencia y con el 50% del resto para el padre. Con estos presupuestos, en los cuales no juega la vida probable (la que valdrá para la decisión final, según lo afirma la jurisprudencia) el valor de la pretensión mayor tiene que ser inferior forzosamente a dos millones aún aceptando que los morales ya valían $ 1.540.000.

Lo precedente no quiere significar que el estimativo ya no sea del demandante sino del juez. Lo que pasa es que el calificativo "en forma razonada" le permite a éste su propia apreciación de lo contrario quedaría al capricho del demandante elegir su juez y las instancias posibles.

Por lo expuesto: Confírmese la decisión tomada por el señor ponente en el auto de marzo 12 del presente año.

Cópiese y notifíquese.

Aprobación en sesión de fecha 28 de junio de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO XIV

SALA DISCIPLINARIA

FALTAS DISCIPLINARIAS.— CONCEPTO.— Cierre de despachos judiciales con motivo de un carnaval. Cierre en las oficinas públicas en días hábiles. (Artículo 112, Código de Procedimiento Civil). VACANCIA JUDICIAL.— Determinación legal. (Ley 31 de 1971. Artículo 1o.) HORARIO EN LAS OFICINAS JUDICIALES.— Reglamentación (Decreto 250 de 1970, artículos 126 y 127). CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.— Definición legal contenida en la Ley 95 de 1980. Artículo 1o. Jurisprudencia Civil. Elementos esenciales. Diferencias. Distinción en el Derecho Administrativo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Disciplinaria.— Bogotá, D. E., marzo veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 1.072.
Actor: **Alfonso González Rubio.** Disciplinario.

El señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial mediante Resolución No. 01 de 1984, enero 16, dispuso acusar ante el Consejo de Estado a los doctores Mario Ceballos Araújo y Ernesto Rafael Ariza Muñoz, magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico por el siguiente cargo:

"Que sin existir los motivos previstos en el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil, ni circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito dispusieron declarar en receso las actividades oficiales de ese Tribunal y la suspensión de términos durante los días 26 y 27 de febrero de 1979; 18 y 19 de febrero de 1980; 2 y 3 de marzo de 1981; 22 y 23 de febrero de 1982 y 14 y 15 de febrero de 1983" (folios 133, 83 y siguientes).

En la parte motiva, para sustentar el cargo, entre otras consideraciones expresa la Procuraduría en tal resolución:

"En el presente caso, al disponerse el cierre operaba lógicamente la suspensión de términos, pero no la vacancia, que tuvo su origen en la expresa voluntad del Tribunal al acordar la inasistencia de funcionarios y empleados" (folio 138).

I. ANTECEDENTES

a) Mediante providencia de 12 de agosto de 1983 de la misma Procuraduría se dispuso correr traslado a los citados magistrados del siguiente cargo:

"Que sin existir los motivos previstos en el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil, ni circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito dispusieron declarar en receso las actividades oficiales de ese Tribunal y la suspensión de términos durante los días 26 y 27 de febrero de 1979; 18 y 19 de febrero de 1980; 2 y 3 de marzo de 1981; 22 y 23 de febrero de 1982; y 14 y 15 de febrero de 1983 (folios 45 y 61 a 64).

"Tal conducta es contraria a lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 31 de 1971 que señala taxativamente los días de vacancia judicial y del artículo 127 del

Decreto 250 de 1970 según el cual en las oficinas judiciales debe haber despacho de lunes a viernes de 8 a.m. a 12 m. y de 2 p.m. a 6 p.m. y los días sábados de 8 a.m. a 12 m., pudiendo constituir la falta disciplinaria contra la eficacia de la administración de justicia prevista en el numeral 3o. del artículo 95 del Decreto 250 de 1970 por cerrar sin motivo legal las oficinas y limitar indebidamente las horas de trabajo" (folio 84).

b) A folios 45 y siguientes obran las fotocopias auténticas de los Acuerdos del citado Tribunal de los años 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, en los cuales, de manera uniforme se dispone declarar "en receso las actividades oficiales" durante los días de carnaval en Barranquilla, y en consecuencia "no corren los términos" en tales despachos.

A folio 95 obra el Acuerdo No. 1 de 1982, mediante el cual el doctor Mario Ceballos Araújo fue elegido en propiedad por el Consejo de Estado como Magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico para el período que se inició el primero de agosto de 1981, fecha desde la cual ejerce el cargo.

A folios 103 y siguientes obra la constancia de que el doctor Ernesto Ramírez Ariza Muñoz ejerce el cargo de magistrado del mismo Tribunal desde el mes de junio de 1978.

Se concluye que para las fechas de los Acuerdos que motivaron la acusación, los Magistrados Ceballos Araújo y Ariza Muñoz ocupaban tales cargos.

II. LOS DESCARGOS

Los doctores Ariza Muñoz y Ceballos Araújo hicieron un relato de los hechos, que puede resumirse así:

a) El receso de las actividades judiciales y la suspensión de términos en los días de carnaval de Barranquilla son hechos tradicionales, reconocidos por sus antecesores en providencias por ellos expedidas.

b) En circular expedida por la Procuraduría Regional de Barranquilla, recibida el 11 de febrero de 1983, se hizo saber a los magistrados acusados que los días de carnaval no son de vacancia y que el ejército controlaría la entrada y salida de los empleados en tales fechas. Igualmente recibieron un oficio de la Gobernación del Departamento, el mismo día, solicitando la lista de los empleados del Tribunal para garantizarles el acceso, mas no de los litigantes y demás personas que concurrieran a esos despachos. A su turno, los magistrados solicitaron del Comandante de la Policía Nacional, División Atlántico, se les informara si podía garantizar tales accesos, sin haber obtenido respuesta. Igual solicitud elevaron al Gobernador del Departamento, quien también guardó silencio. El Tribunal funciona en el edificio en donde se encuentra la Gobernación.

Sus descargos pueden resumirse así, previa anotación que hicieron en el sentido de manifestar su extrañeza y perplejidad por la publicidad a los cargos que les formularon antes de ser éstos notificados, "conducta que atenta contra la dignidad de la Administración de Justicia prevista en el artículo 94, ordinal 6o. del Decreto-Ley 250 de 1970", según afirma (folio 9 del cuaderno no. 2):

a) Fundamento de la parálisis judicial que ocurre en los días de carnaval es el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, que permite no tomar en cuenta los términos, no sólo en los días de vacancia judicial sino también en *"aquellos en*

que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho". O sea que el legislador previa la ocurrencia de otras circunstancias que ameriten la suspensión de términos y el cierre de los despachos judiciales, como las de fuerza mayor o caso fortuito (elección de jueces, mudanzas, etc).

b) El carnaval de Barranquilla es un fenómeno sociológico que genera fuerza mayor. Como hecho social, es coercitivo, irresistible, que altera sustancialmente el ritmo de vida social, pues se da licencia a los instintos y pasiones en forma que rebasa los límites del respeto institucional; aparecen los disfraces que no sólo divierten sino que crean inseguridad general; todo lo cual conduce al concepto de fuerza mayor, del cual no puede sustraerse la administración de justicia, ni pudo sustraerse el propio Procurador Regional de Barranquilla, ni se sustraen todos los funcionarios administrativos departamentales y municipales, todos los cuales tendrán que ser investigados, entonces, dado que existe para ellos la misma causal.

c) Durante los días de carnaval no hay garantías de vigilancia y seguridad para funcionarios y empleados del Tribunal, para las dependencias del mismo, ni para el libre acceso de personas particulares a sus instalaciones. Esas garantías fueron solicitadas y no obtenidas. Sólo se garantizó por el secretario general de la gobernación el acceso de funcionarios y empleados del Tribunal, no así a los litigantes y al público en general, por lo cual los términos no podían correr en tales días. Una conducta contraria sería violar el derecho de defensa y el de debido proceso que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

III. PETICIONES DE PRUEBAS

Como pruebas acompañaron copias de los acuerdos que desde 1964 ha expedido el Tribunal sobre cierre de oficinas y suspensión de términos en los días de carnaval; declaración extrajuicio de un empleado según la cual el doctor Alfonso González Rubio Burgos, como Fiscal del Juzgado Primero Superior de Aduanas de Barranquilla no trabajó en los días de carnaval en los años 1980, 1981 y 1982; copia del Decreto 022 de 14 de enero de 1983, de la Alcaldía Municipal de Barranquilla "por el cual se reglamenta la temporada del carnaval de 1983, permitiendo los disfraces y de los regocijos populares en sus 24 horas; copia de la Resolucón No. 402 del 1o. de febrero de 1983 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que autoriza el cierre de las Oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla durante los días de carnaval, y dispuso la suspensión de términos; copia del télex enviado por el presidente de la Junta Directiva y del director de la Asociación Bancaria al Primer Delegado de la Superintendencia Bancaria solicitando autorización para no abrir los bancos en esas fechas; copia del télex de 9 de febrero enviado por el Jefe de la División de Bancos de la Superintendencia Bancaria dirigido al secretario del Comité Intergremial del Atlántico para comunicarle que el Superintendente Bancario autorizó el cierre de los Bancos en los días de carnaval; copia de la comunicación enviada por tales Magistrados al Comandante de la Policía Nacional, División Atlántico, solicitándole garantías de vigilancia y seguridad en los días de carnaval, a los funcionarios y a los particulares que requieran acceso al Tribunal; copia de la comunicación enviada por los mismos Magistrados al Gobernador del departamento del Atlántico en igual sentido; copia del oficio de 11 de febrero dirigido por dichos Magistrados al Procurador Regional explicando los motivos de su decisión relacionada con los días de carnaval, copia de los avisos dados por el Tribunal sobre cese de actividad y suspensión de términos, copia de la proposición del Concejo Municipal de Barranquilla, del 5 de agosto de 1983, solicitando al Procurador Regional de la misma ciudad retire los cargos formulados contra los magistrados; copias de varias crónicas periodísticas en las cuales se ofrece respaldo a los magistrados.

Además solicitaron la práctica de algunas pruebas:

a) Recibo de declaración jurada al Procurador Regional de Barranquilla, Alfonso González Rubio Burgos, sobre si como funcionario público que era laboró en los días de carnaval de los años 1980, 1981 y 1982; b) Recibo de declaración certificada al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, José Eduardo Gnecco Correa, sobre si como funcionario de la rama jurisdiccional en Santa Marta laboró en los días lunes y martes de carnaval, c) Recibo de certificación jurada al magistrado Dante Luis Fiorillo Porras en igual sentido, como funcionario judicial que fue de Barranquilla; d) Recibo de declaración jurada a los exmagistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, José Vicente Amarís Díaz, Dilio Donado Comas, Enrique Nieto Caroll, César Bustos y José Palacios o Plazas, en igual sentido; e) Igual declaración del doctor Eduardo Marino D'urso, de los ex-gobernadores departamentales Eduardo González Martínez y José Lacorazza Varela, de los Directores de FENALCO en Barranquilla y de la Cámara de Comercio de la misma ciudad, Jairo Cepeda Sarabia y Arturo Sabaria Better, del Gobernador del departamento Abel Francisco Carbonell Vergara, del exalcalde de Barranquilla Ernesto Suárez Flórez, del Presidente del Tribunal Superior de Bogotá, éste último sobre si suspende términos judiciales para elegir jueces, y f) Recibo de la declaración de los directores de los periódicos "El Heraldo" y "Diario del Caribe" sobre si circulan sus publicaciones en los días lunes y martes de carnaval.

Las anteriores pruebas fueron igualmente solicitadas por el apoderado de los citados magistrados.

La Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial ordenó en providencia de 7 de octubre de 1983 (folio 78) tener como pruebas la documental presentada y recibir el testimonio del gobernador del departamento; y negó la práctica de las restantes apoyada en lo dispuesto por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal (sic) en concordancia con el artículo 20 de la Ley 20 de 1972, "porque —dijo— no conducen a establecer directa ni indirectamente los hechos que son materia de la presente investigación, toda vez que los mismos están encaminados a establecer la conducta de personas ajenas al proceso y el concepto de terceros sobre los hechos investigados".

El gobernador Francisco Carbonell Vergara en su declaración jurada manifestó que durante los días lunes y martes de carnaval de 1983 "no laboraron las oficinas públicas departamentales, como ha sido costumbre en la ciudad de Barranquilla y el Departamento del Atlántico"; que "la cesación de labores durante los días antes mencionados se debe a que hay una parálisis total de las actividades, tanto del sector público como del sector privado, en todo el departamento del Atlántico por ser los carnavales una festividad donde nuestro pueblo olvida las pesadumbres que presenta la vida diaria y se entrega de lleno al esparcimiento"; que "durante los días de carnaval la actividad de las fuerzas de policía en el departamento del Atlántico se concentra en jornada ininterrumpida, desde el sábado hasta el martes de carnaval, en la vigilancia de los espectáculos públicos (verbenas, bailes, bares, cantinas, etc) que se desarrollan en todos los barrios y sectores de la ciudad de Barranquilla como en los demás municipios que forman parte del departamento. Por tal causa una vigilancia especial a las dependencias del Tribunal Administrativo, como a las personas de sus magistrados y empleados, implicaría un análisis conjunto con el señor Comandante de la policía de esta Sección que lógicamente traería como consecuencia qu se destacara un personal de policía para este efecto en detrimento de la vigilancia general, particularmente de Barranquilla"; que "el carnaval es una fiesta donde predomina el disfraz y la gente embriagada, lo cual hace imposible garantizar la seguridad de los funcionarios y empleados del Tribunal como de sus dependencias. Máxime si se tiene en cuenta que funciona en el 9o. piso del edificio de la Gobernación del departamento, y éste permanece cerrado durante esos días". Finalmente, y por lo anterior, considera justificado el

cierre de los despachos judiciales y la suspensión de términos durante los días de carnaval (folio 86 y 87 del cuaderno No. 2).

En alegato presentado por el apoderado de lo magistrados ante el Consejo de Estado, elevó su protesta por la decisión de la Procuraduría de no decretar algunas pruebas, que estaban destinadas a demostrar "la existencia de circunstancias locales específicas resultantes de un hecho social llamado carnaval que genera una falta de garantía y seriedad en la recta administración de justicia" (folio 88 y siguientes del cuaderno No. 2).

IV. LA SUSTENTACION DE LOS CARGOS

Oídos los descargos y analizadas las pruebas, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial mediante la citada Resolución No. 1 de 1984, enero 16, tomó la decisión de acusar ante esta Corporación a los magistrados Mario Ceballos Araújo y Ernesto Rafael Ariza Muñoz, la de enviar copia de la misma providencia a la División de Registro y Control de la Procuraduría, y la de enviar copia de la misma resolución a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en lo dispuesto en el artículo 112 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar esas decisiones, a partir del punto 7o. de dicha resolución la Procuraduría Delegada argumentó, en síntesis:

a) Que el artículo 127 del Decreto 250 de 1970 establece un horario para las oficinas judiciales, del cual se exceptúan los días de vacancia judicial, señalados en el artículo 126 del Decreto 250 de 1970 y 1o. de la Ley 31 de 1971, y los festivos, todos los cuales son señalados por la ley, y entre ellos no están los lunes y martes de carnaval. Además, el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil autoriza el cierre de las oficinas por razón de inventario general, o de visita autorizado por la ley y en ningún caso por diligencias judiciales. Con ello se indica que los funcionarios en esta materia, y en general, sólo les es permitido hacer lo que expresamente les autoriza la ley.

b) El caso fortuito o fuerza mayor como causa de cierre extraordinaria sólo puede tener origen en un hecho imprevisto y ajeno a la voluntad del funcionario, conforme al artículo 1o. de la Ley 95 de 1980, y en este caso el cierre de las oficinas fue producto de la de los magistrados, expresada en documentos públicos.

c) Los carnavales son efectivamente un hecho social, pero que en nada afecta la responsabilidad y las obligaciones de los funcionarios públicos. Las circunstancias de peligro alegadas son evitables mediante la adopción de medidas oportunas para permitir el funcionamiento normal de las oficinas. En este caso los magistrados simplemente presumieron la incapacidad de las autoridades de policía para darles seguridad y la de los particulares que concurrieran a los despachos.

d) El cierre de los despachos judiciales implica suspensión de términos, generalmente, según el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, pero no siempre conlleva vacancia, como es el caso de inventarios, visitas, repartos y ocasionalmente la elección de jueces. O sea que la suspensión de términos no implica el cierre de los despachos judiciales ni la vacancia. En este caso al disponerse el cierre operaba lógicamente la suspensión de términos, pero no la vacancia.

e) Que conforme al artículo 28 del Decreto 546 de 1971 los funcionarios con jurisdicción y los agentes del Ministerio Público "no están obligados a tener despacho para el público sino en la medida en que ello sea necesario para cumplir funciones de su cargo o cuando ley especial o naturaleza de tales funciones, así lo indique. Pero corresponde en

todo tiempo al Ministerio Público y a los Presidentes de las Corporaciones, velar porque el trabajo de dichos funcionarios se cumpla pronta y eficazmente, mediante la aplicación oportuna de las leyes sobre la materia". De tal norma deduce que la obligación que tenía los funcionarios de asistir a sus despachos en los días de carnaval, por ser hábiles, así no atendieran público y estuvieran suspendidos los términos, era ineludible. Que no puede aceptarse que "por temores a supuestos peligros" paralicen la administración de justicia, dejando de cumplir los deberes que les imponen los artículos 65, 16 y 20 de la Carta. Que tal tesis no puede aceptarse ni aún para los funcionarios que laboran en zonas de violencia.

f) Que la mayor actividad de las fuerzas de policía en los días de carnaval, como lo afirma el gobernador, no es óbice para afirmar que los funcionarios de la rama jurisdiccional deben asistir en ellos a sus lugares de trabajo.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) El cargo formulado por la Procuraduría se fundamenta en que dispusieron declarar en receso las actividades oficiales del Tribunal y la suspensión de términos judiciales en los días de carnaval de los años 1979, 1980, 1981, 1982 y 1983 "sin existir los motivos previstos en el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil"; y en que con esa conducta se violó el artículo 1o. de la Ley 31 de 1971, 127 del Decreto 250 de 1970 y del numeral 3o. del artículo 95 del mismo Decreto 250. De suerte que es preciso analizar en primer término tales normas, que disponen:

Código de Procedimiento Civil, artículo 112: *"Cierre extraordinario de los despachos.*

"Cuando por razón de inventario general o de visitas autorizadas por la ley, deba cerrarse el despacho en días hábiles, el secretario lo anunciará al público por medio de aviso fijado en la puerta de la oficina, con indicación del motivo que hubiere dado lugar a la medida. Los avisos serán legajados en orden cronológico.

"No podrá cerrarse el despacho por diligencias judiciales, pero si éstas deben practicarse fuera de la sede del tribunal o juzgado, a ellas concurrirá un secretario *ad-hoc*, que en lo posible será un empleado. En esos días no correrán los términos para el juez o magistrado".

La Ley 31 de 1971, artículo 1o., señala para todos los efectos legales los días de vacancia judicial, entre los cuales no están los lunes y martes de carnaval de Barranquilla.

Decreto 250 de 1970, artículo 127. "En las oficinas judiciales y del Ministerio Público debe haber despacho de lunes a viernes de 8 a.m. a 12. y de 2 p.m. a 6 p.m., y los sábados de 8 a.m. a 12 m."

Decreto 250 de 1970. Artículo 95: "Son conductas de los funcionarios y empleados, contrarias a la eficacia de la administración de justicia:. . . 3o.) Dejar de asistir injustamente a la respectiva oficina, o cerrarla sin motivo legal, o limitar indebidamente las horas de trabajo o de despacho al público".

b) El artículo 112 del Código de Procedimiento transcrito alude al cierre de las oficinas en días hábiles por razón de inventarios general o de visitas, y prohibe cerrarlas por diligencias judiciales. Como puede apreciarse, no siendo la causal del "receso" decretado para los días lunes y martes de carnaval identificable con las diligencias judiciales, ni con los inventarios y visitas, no se ve cómo la conducta imputada pueda ser violatoria de tal norma legal.

Por su parte el artículo 1o. de la Ley 31 de 1971 señala taxativamente, para todos los efectos legales, los días de vacancia judicial. De lo cual puede colegirse que los no comprendidos en esa enumeración, y no están los de carnaval aludidos, podrían constituir violación de tal norma al no ser laborados. Pero es claro que la aplicación de esta norma a cada caso concreto sólo puede tener lugar mediante el previo examen concordante con lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 95 del Decreto 250 de 1970, que describe el tipo de falta diciplinaria contraria "a la administración de justicia", y que consiste en dejar de asistir "injustamente" a la oficina o cerrarla sin motivo legal, o en limitar "indebidamente" las horas de trabajo o de despacho al público.

Sólo el examen de las pruebas permitirá precisar si la conducta atribuida es violatoria de esas normas. Y conforme a la prescripción del artículo 102 del Decreto 250 de 1970, la deducción sobre la existencia de la falta, su gravedad y su sanción correspondiente, requiere tener en cuenta "la naturaleza de la falta, las funciones desempeñadas por el infractor, su grado de participación en aquellas y sus antecedentes", y deberán ser evaluadas "según las reglas de la sana crítica". Esta, como enseña la doctrina, es un sistema calificador racional, que consiste simplemente en la aplicación de la lógica y de la experiencia humana, dos factores que deben concurrir inevitablemente. Lo cual significa que la aplicación jurisdiccional de la norma legal disciplinaria no puede predecirse a la simple exégesis literal del precepto, sino que se requiere recurrir a las reglas de la hermenéutica jurídica y a las de la sana crítica.

c) Tampoco pueden omitirse las reglas generales del derecho disciplinario, para el caso controvertido. Conforme a las enseñanzas del tratadista italiano Renato Alessi en su tratado de Derecho Administrativo, el disciplinario es un derecho de doble naturaleza: la administrativa y la sancionatoria o punitiva, carácter éste último que no la confunde con la penal, porque ni la falta disciplinaria es delito, ni sus sanciones son depurativas sino correccionales, ni su trascendencia es social sino limitada a la esfera del órgano estatal correspondiente, ni su procedimiento se identifica en absoluto con el penal, así tomo de éste algunas de sus instituciones.

El concepto de falta disciplinaria surge de la inobservancia o violación de los deberes, obligaciones y prohibiciones que la ley les señala a los funcionarios públicos. También por el desconocimiento de sus derechos. Por acción u omisión se puede incurrir en ellas, si se quebranta el fundamento jurídico sobre el cual, en cada caso, están instituidas.

Ese fundamento es vital para la determinación de la falta. Como dice el tratadista argentino Bielsa en su tratado de derecho administrativo, el poder disciplinario se ejerce en el régimen de derecho público como en el privado, para aplicar una corrección (penas medicinales las llama Mayer) "no por lo que ha hecho *(quia pecatum est)* sino para que no vuelva a hacerlo *(ne peccetur)*". Y no sólo para corregir, en consecuencia sino para preservar especialmente la unidad moral correspondiente.

Para el caso en estudio, el fundamento de la falta disciplinaria imputada es la "eficacia de la administración de justicia", según lo indica el artículo 95 comentado. Habrá que saber en consecuencia si con la conducta atribuida se afectó esa eficacia, y en caso positivo, cuáles fueron sus móviles, o porqué pueden darse circunstancias de justificación, como ocurre en el campo procesal penal, al cual hay que acudir forzosamente en este aspecto. Dentro de los descargos se han alegado causales de esa naturaleza, como otras de fuerza mayor, que es preciso analizar, máxime cuando el numeral 3o. de tal norma tipifica la falta disciplinaria si la inasistencia a la oficina se produjo "injustificadamente".

Ese fundamento recaído en la eficacia confirma el carácter o naturaleza administrativa del derecho disciplinario, como en otros casos puede ser la dignidad o el buen crédito, trátese de la administración pública o de la de justicia.

b) Sentadas las anteriores premisas se pueden examinar y evaluar las pruebas aportadas y analizar los argumentos de cargo y de descargo.

Está procesalmente probado que los doctores Mario Ceballos Araújo y Ernesto Rafael Ariza Muñoz son magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico por lo menos desde el año de 1979, a que se remonta la acusación.

Está probado dentro del informativo con los documentos respectivos que los aludidos magistrados expidieron los acuerdos de tal Tribunal ordenando el cese de actividades con la calificación de "receso" y la suspensión de términos en los días lunes y martes de los carnavales de Barranquilla, en los años antes citados.

Con la versión del señor gobernador y la manifestación de los magistrados acusados, no desvirtuada, se acredita que el Tribunal funciona en uno de los pisos más altos del mismo edificio de la Gobernación Departamental.

Con la fotocopia autenticada se demostró la existencia del Decreto 22 de 1983, enero 14, expedido por el alcalde de Barranquilla, mediante el cual "se permite en la ciudad toda clase de disfraces y regocijos públicos que no sean contrarios a la moral y las buenas costumbres" en los días de carnaval, autorización que comprende las veinticuatro horas del día" en los días lunes y martes (folios 46 y siguientes).

Con la copia de los acuerdos del Tribunal visibles a folios 23 y siguientes del cuaderno No. 2 se acredita que la orden de receso de actividades y suspensión de términos es inveterada, pues ellos demuestran que existe desde 1964.

Con la proposición aprobada por el Concejo Municipal de Barranquilla (folio 62) se acredita que en el carnaval "participan en forma activa y colectiva todos los estamentos de nuestra ciudad, pero con acentuado e incuestionable predominio popular"; que es costumbre "reiterada e inveterada en el historial judicial de Barranquilla, suspender actividades en estas fechas, más por razones de seguridad que de cualquier otra índole", como reza tal documento; prueba que se refuerza con los comentarios periodísticos sobre el particular que se agregaron al informativo, y con el testimonio del Gobernador Carbonell Vergara (folio 56), según el cual en dichos días lunes y martes "no laboraron las oficinas públicas departamentales", lo cual es costumbre, y la "cesación de labores durante los días antes mencionados se debe a que hay una parálisis total de las actividades, tanto del sector público como del sector privado, en todo el Departamento del Atlántico; y debido a la concentración de las fuerzas de policía en la vigilancia de espectáculos públicos, la del personal del Tribunal se dificulta; y, finalmente, que en dichos días hay "una parálisis de todas las actividades públicas y privadas en el departamento, con predominio del disfraz y la gente embriagada, lo cual hace imposible garantizar la seguridad de los funcionarios y empleados del Tribunal".

Que esa cesación de actividades es colectiva lo corrobora la Resolución No. 402 de 1983, febrero 1o., originaria del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público (folio 50), por medio de la cual se ordenó la suspensión de términos en los días 14 y 15 de febrero de tal año en la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, para que los contribuyentes puedan "ejercer derechos o para cumplir obligaciones".

De igual modo, esa cesación colectiva de actividades está corroborada con la comunicación visible al folio 53, cuaderno No. 2, dirigida por el Jefe de la División de Bancos de la Superintendencia Bancaria el 9 de febrero de 1983, según la cual "el Superintendente Bancario determinó autorizar cierre bancario esa ciudad días catorce y quince febrero próximo, motivo fiestas celébranse allí y circunstancias de inseguridad".

Si faltara esa demostración, habría que decir que también por notoriedad pública, (Codigo de Procedimiento Civil, artículo 177), el hecho de la cesación colectiva de las actividades habituales no requiere prueba.

Por esa razón es de presumir que habría contribuido a la demostración procesal de tal hecho las pruebas pedidas por los acusados y su apoderado que no fueron decretados por la Procuraduría.

De todas las practicadas se deduce: 1o. Que en los días de carnaval hay parálisis total de actividades habituales; 2o. Que en dichos días no laboran las oficinas públicas ni las privadas, y por lo tanto los ciudadanos no acuden a ellas; 3o. Que en tales fechas hay un estado notorio de inseguridad.

A folio 55 obra la solicitud que con carácter urgente le hicieron los aludidos magistrados al Comandante de la Policía Nacional —División Atlántico el 11 de febrero de 1983 para que informara "si esa comandancia está en posibilidad de garantizar la vigilancia y seguridad debidas en forma permanente durante los días lunes y martes de carnaval del presente año, tanto a los funcionarios y empleados como a las dependencias del Tribunal, vigilancia que implica también garantizar el libre acceso de cualquier persona a las dependencias de esta Corporación para adelantar actuaciones judiciales. De tal comunicación no obra en autos respuesta, ni la Procuraduría la solicitó oficiosamente, de lo cual hay que presumir que la respuesta era negativa, como sucede en los casos de silencio administrativo.

Del testimonio del señor gobernador (folio 87) se anota la afirmación que hizo de que el edificio de la gobernación del departamento "permanece cerrado durante esos días". Como allí mismo funciona el Tribunal, se deduce la imposibilidad física de los magistrados y personal del Tribunal, y obviamente de los particulares, de tener acceso a tales oficinas en los días lunes y martes de carnaval.

e) Examinadas las pruebas aportadas, cabe considerar ahora los argumentos en que se fundamentan los cargos en la resolución de acusación ante el Consejo de Estado.

Es evidente que el artículo 127 del Decreto 250 de 1970 establece un horario para el despacho de las oficinas judiciales, y que el artículo 1o. de la Ley 31 de 1971 y el 126 del Decreto 250 de 1970 señalan los días n los cuales se autoriza el cierre ordinario de los despachos de la jurisdicción, dentro de los cuales no aparecen relacionados los lunes y martes de carnaval, y que esos horarios y los días no comprendidos en tal enumeración son laborables, de obligatoria laboriosidad ordinaria. La ley, como el acto administrativo, son sustancilamente imperativos, porque constituyen desarrollo de la potestad de mando estatal, y precisamente para complementarla se ha instituido la potestad disciplinaria, sin la cual aquella sería inocua e ineficaz.

De igual modo es evidente e indiscutible que extraordinariamente el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil no incluye autorización para cierre de despacho judiciales los días lunes y martes de carnaval.

De otra parte, para la Procuraduría "El caso fortuito o la fuerza mayor como causa de cierre extraordinario, sólo puede tener origen en un hecho imprevisto y ajeno a la

voluntad del respectivo funcionario o empleado, pues su naturaleza jurídica así lo exige al tenor del artículo 1o. de la Ley 95 de 1890" (folio 137). Dice tal norma que se llama *fuerza mayor o caso fortuito*, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Ocurre que esa es la noción civilista, que identifica como idénticos los dos fenómenos, fuerza mayor y caso fortuito. Por ello nuestra jurisprudencia civil ha dicho que dos son los requisitos esenciales de esos dos fenómenos: la imprevisibilidad y su irresistibilidad. Sin embargo, la misma jurisprudencia ha aclarado: "Así como la expresión *caso fortuito* traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la de *fuerza mayor*, empleada como sinónima de aquella en la definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho el ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no puede evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias (Derecho Colombiano, Tomo XXXI, No. 101, páginas 566, y siguientes). O sea que mientras el caso fortuito tiene como elemento esencial la *imprevisibilidad*, la fuerza mayor tiene el de la *irresistibilidad*. Los mismos ejemplos que da el citado artículo 1o. transcrito incluyen unos casos de caso fortuito y otros de fuerza mayor. Esa era, por lo demás, la distinción romana, entre los dos fenómenos. De suerte que hitórica e idiomáticamente no puede confundirse. No puede o debe dársele a ambos los mismos dos elementos, porque además a ello se opone su naturaleza jurídica: mientras el caso fortuito es un eximente de culpa en razón o función de hechos exteriores y ajenos a la voluntad de las partes, la fuerza mayor significa una antonomía entre la libertad y la autoridad, entre el ciudadano y el Estado: hay una fuerza, un acto estatal, un hecho del príncipe, como dice la doctrina francesa, y esa fuerza es mayor o superior, es irresistible.

Tal distinción debe ser hecha en derecho administrativo, y obviamente en su disciplinario, que es administrativo punitivo. La circunstancia de que el derecho administrativo sea nuevo hizo que cuando apareció en el mundo jurídico encontró ocupados sus territorios por el derecho privado, como está ya dicho. Pero paulatinamente ha venido edificando su propia teoría de conformidad con su naturaleza.

En este orden de ideas habrá que decir que para el derecho administrativo, como lo hacían los romanos, los casos fortuitos son hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad, más ampliamente, el caso fortuito es el hecho imprevisible y la fuerza mayor es el irresistible.

Aplicando este criterio al caso controvertido hay que concluir que si la gobernación del departamento ordenó el cierre del edificio en donde funciona el Tribunal, impidiendo su acceso en los días de carnaval, este hecho fue una fuerza mayor, justificativa de la conducta de los magistrados acusados. Es que la causa del cierre o receso decretado no fue el Acuerdo o Acuerdos del Tribunal sino la decisión del Gobernador de cerrar el edificio de la Gobernación.

Pero, además, los propios carnavales, por sus modalidades ya explicadas de participación colectiva, de festividad acompañada de licores y disfraces, conducen al reconocido estado de inseguridad, y tal fenómeno es igualmente irresistible, insuperable, ante el cual lo procedente y prudente es el cierre de las oficinas y la consiguiente suspensión de términos, dado que la autoridad no manifestó estar en condiciones de ofrecer las debidas garantías durante el carnaval.

Es claro que con ese cierre de oficinas se afecta la eficacia de la administración de justicia, que, como servicio público que es, debe ser continua. Pero en el evento de que hubiera sido posible prestar el servicio en días de carnaval, el riesgo, que no era simple

sospecha o presunción, hubiera sido enorme, e incalculables los probables perjuicios, ante la ausencia de garantías policivas.

Considera la Procuraduría que de aceptarse la tesis de la fuerza mayor o el caso fortuito habría que aplicarla también en las zonas en donde impera la violencia y la integridad personal se ve amenazada. Para la Sala no hay duda que si en tales regiones en un momento dado se da el factor irresistibilidad o el de imprevisibilidad, la tesis tiene igual aplicación.

Curiosamente no aparecen en el informativo pruebas oficiosamente decretadas para demostrar la ocurrencia del hecho material constituivo de la falta disciplinaria imputada, o sea el de la inasistencia a sus despachos en los días lunes y martes del carnaval de 1983, y años anteriores, pues bien hubiera podido ocurrir que los Acuerdos que ordenaron el "receso" no tuvieran cumplimientos. Pero los magistrados en sus descargos reconocen esos hechos, en cuanto al año 1983, y se presume lógicamente igual aceptación para los años anteriores al afirmar que esa ha sido la tradición. Objetivamente, pues, el hecho de la inasistencia está demostrado.

De otra parte, es claro que el decreto de la alcaldía de Barranquilla que ordenó el carnaval constituye un acto administrativo creador de una situación jurídica general, sobre el cual los magistrados carecían de competencia para derogar o modificar, creándoles así a ellos una situación prevista pero irresistible en sus efectos sociales. Conocidos esos efectos de irregularidad social por los magistrados —son de notoriedad pública— actuaban voluntariamente y con prudencia al ordenar el citado receso y la suspensión de términos. Hay, pues, una relación causal entre el acto oficial creador de la irregularidad en la vida civil, y el acto del Tribunal por medio del cual tomaron tal medida.

No es lógico, pensar que era necesario esperar el comienzo de la festividad para producir el Acuerdo cuestionado, pues la emisión de tal acto requería de una sede, la del Tribunal, y cerrado el edificio no había podido expedirlo, aparte de que era igualmente necesario hacer saber a las partes y litigantes con anticipación la suspensión de términos. Si ésta se hubiera producido dentro del período de la festividad, los tropiezos y traumatismos judiciales hubieran sido incalculables. Sólo una seria y oportuna garantía de seguridad, acompañada de la apertura del edificio habría superado el carácter irresistible o insuperable de la fuerza mayor creada por el entonces inevitable carnaval.

Sin embargo, es el caso de considerar que el Acuerdo que ordenó el "receso" y la suspensión de términos se dictó el ocho (8) de febrero de 1983, y el carnaval, como dice el mismo acuerdo, ocurrió en los días 14 y 15 del mismo mes y año. Por lo tanto es posible presumir que en el lapso transcurrido entre tales fechas, el 8 y el 14, bien hubiera podido ocurrir que la gobernación autorizara la apertura del edificio, y que la Policía garantizara la seguridad de funcionarios, litigantes e interesados, de lo cual podría deducirse que el Acuerdo fue prematuro. Pero de igual modo, bien puede deducirse que por cuanto no fue modificado o revocado el Acuerdo, es de presumir que esas autorización y garantía no se dieron en tal lapso.

Además, ese Acuerdo y los de años anteriores no contienen motivación alguna, cuando han debido hacerlo indicando los alegados motivos de cierre del edificio o inseguridad.

Se concluye que por razones del procedimiento empleado, antes indicadas, los magistrados acusados deben ser simplemente amonestados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98 del Decreto Extraordinario No. 250 de 1970 y 169 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978.

VI. DECISION

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala Disciplinaria, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva se dispone amonestar o apercibir a los magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico, doctores Mario Ceballos Araújo y Ernesto Rafael Ariza Muñoz, con ocasión de los cargos contenidos en la acusación formulada ante esta Corporación por la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial, de que trata este expediente.

2o. Envíase copia del presente fallo a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3o. Envíese por la Secretaría General despacho comisorio al Gobernador del departamento del Atlántico, para que notifique personalmente la presente providencia a los magistrados doctores Mario Ceballos Arújo y Ernesto Rafael Ariza Muñoz (Decreto Extraordinario 01 de 1984, artículo 113) en el término de cinco (5) días.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Osvaldo Abello Noguera, Roberto Suárez Franco.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario general.

INDICES

INDICE ALFABETICO

A

Pág.

ACCIDENTE DE TRABAJO

Concepto. Elementos LUGAR Y TIEMPO DE TRABAJO. CARGA DE LA PRUEBA. DOCTRINA SOBRE EL LUGAR DE TRABAJO.
(Sentencia de enero 18 de 1983. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7394. Actor: Anatilde Burgos vda. de Ocampo). 231

ACCION DE LESIVIDAD

La administración como demandante. Concepto. Artículo 72 de la Ley 167 de 1941. Se trata de una acción de SIMPLE o POPULAR nulidad; no de la conocida como de plena jurisdicción.
(Auto de junio 22 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 10.752. Actor: Dolly Pedraza de Arenas). 1005

ACCION DE PLENA JURISDICCION. NOTIFICACION A UN TERCERO

Cuando un particular ejerce dicha acción en la cual tenga interés otra persona o pueda ser afectada por la correspondiente decisión, la demanda, a pesar de ello, se dirige exclusivamente contra la entidad oficial que haya proferido el acto administrativo y que tenga naturaleza de persona moral. En ningún caso puede dirigirse contra el particular que se encuentre en las condiciones antes mencionadas de interés o de posible perjuicio, sino que se debe pedir que se le cite al proceso y notificársele el auto admisorio de la demanda, a fin de que pueda intervenir en defensa de sus intereses.
(Sala de lo Contencioso Adminitrativo. Sección Segunda. Sentencia de 2 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7702. Actor: Oscar Valencia Quintero).
VER: Sentencia de mayo 6 de 1983. Expediente No. 5731. Sentencia de diciembre 7 de 1983 444

ACTO ADMINISTRATIVO

1o. Concepto en el Decreto 01 de 1984. Presunción de legalidad.
2o. Un decreto de una Alcaldía y una elección que haga un Concejo Municipal son actos administrativos.
(Concepto de abril 5 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 2069. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación en abril 13 de 1984). 70

ACTO ADMINISTRATIVO ANULADO O SUSPENDIDO 112

ACTO ADMINISTRATIVO Y HECHO

Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. (Decreto 01 de 1984). Las omisiones son hechas si la ley no las regula específicamente ni deduce las consecuencias también específicas de las mismas. Si por el contrario, la ley las contempla, debe estarse a sus prescripciones, que en este sentido tienen un carácter excepcional.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 8 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Actores: José Nicolás Rivas de Zubiría y otros. Expediente No. 4650) 998

ACTOS ACADEMICOS. EVALUACION DE PRUEBAS ACADEMICAS

Por sus características y modalidades escapan al control jurisdiccional contencioso administrativo.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 17 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4555. Actor: Hernán Rojas Orozco) 303

AERONAVES

TRANSFERENCIA DEL DOMINIO O CAMBIO DE EXPLOTADOR. Esta materia está regulada por el artículo 1.427 del Código de Comercio.
POTESTAD REGLAMENTARIA. Límites.
Declárase nulo el numeral 2o. del artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 2303 de 1981 expedido por el Presidente de la República.
(Sentencia de junio 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4549. Actor: Mauricio Holguín Cuéllar. Decretos del Gobierno) 125

ARMAS DE FUEGO. USO

El Decreto No. 522 de 1971, establece lo siguiente: "Salvo lo dipuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga".
(Sentencia de marzo 14 de 1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.768. Actor: Clara Inés Camargo viuda de Linares. Indemnizaciones) 949

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. ELECCION DE SECRETARIO GENERAL. COMISIONES INTERNAS

Una cosa es elegir a unas personas para que cumplan en una Corporación determinadas funciones, como la de Presidente o Secretario, y otra cosa es que esas personas hagan parte además, de una comisión. SECRETARIO DE LA ASAMBLEA. Es funcionario administrativo, nombrado por la Corporación y encargado de llevar libro de actas y los demás que determinen las ordenanzas.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 12 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 1080. Actor: José Alfredo Escobar Araújo) 807

ASIGNACIONES

Prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público. (Artículo 64 de la Constitución Nacional). Excepciones.
(Concepto de noviembre 27 de 1979. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 1344. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro del Trabajo y Seguridad Social autorizada su publicación y remitida a Relatoría en febrero de 1984) 7

AUTO PARA MEJOR PROVEER. PROCEDENCIA. PRINCIPIOS DE LEALTAD E IGUALDAD PROCESALES.

Por considerar que en este caso concreto no procede el auto para mejor proveer, con todo respeto, nos separamos de la mayoría.
El auto busca acreditar no cualquier punto sino el fundamental del proceso, como es el hecho que causó la muerte de la víctima. Para el efecto la parte actora tuvo amplias oportunidades y lo cierto es que no hizo uso de ellas. Ni al formular la demanda, ni durante la fijación en lista, los interesados se preocuparon por presentar o anunciar prueba alguna al respecto, como era su deber.

Pero lo más relevante para nuestra negativa es lo que tiene que ver con los principios de lealtad e igualdad procesales, en cuanto los documentos que buscan demostrar la relación de causalidad entre el daño, y el hecho generador y que ahora son objeto de auto para mejor proveer, fueron allegados al expediente sin ningún anuncio y fuera del período probatorio, exactamente cuando había pasado ya el término para alegar de conclusión.

A pesar de ser partidarios decididos del auto para mejor proveer, por las circunstancias específicas que dejamos anotadas, consideramos que en el presente caso no se podía hacer uso de la facultad inquisitiva que la ley deja a criterio del juez sino que tenía que dictarse sentencia absolutoria ante la falta de prueba del hecho fundamental, tal como lo proponía la ponencia sustituida por el auto de que disentimos.
(Salvamento de voto de los doctores Eduardo Suescún Monroy y Carlos Gustavo Arrieta al Auto de Sala Plena de febrero 22 de 1984) 948

AUTO PARA MEJOR PROVEER

Procedencia. Requisitos de ley. (Artículo 91 del Código Contencioso Administrativo).
Como en este proceso se llenan los requisitos que la ley exige (artículo 90 del Código Contencioso Administrativo) a fin de que pueda acudirse al auto para mejor proveer, pues existen puntos dudosos y oscuros de la controversia que deben aclararse mediante algunas pruebas documentales que fueron aportadas al expediente, más no decretadas, se resuelve:
Téngase como pruebas, el Registro Notarial sobre la defunción de HUGO FERNEL SANCHEZ, visible a folio 60 del expediente principal y la relación de soldados fallecidos en la catástrofe que ocurrió en Cali el 7 de agosto de 1956, entre los cuales figura el citado Fernel Sánchez Martínez, relación que fue enviada por las Fuerzas Armadas de Colombia al señor Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Cali, quien a su vez la envió con destino a este negocio.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de febrero 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 11.015. Actora: Susana Martínez viuda de Sánchez y otros. Con salvamento de voto de los doctores Eduardo Suescún Monroy, Carlos Gustavo Arrieta y Samuel Buitrago Hurtado) 947

AUTO PARA MEJOR PROVEER.

Unicamente se dictan por iniciativa oficiosa del Juzgador y con la única mira de aclarar puntos oscuros o dudosos de la controversia, mas no para suplir o subsanar deficiencias probatorias de las partes.

Muy respetuosamente discrepo de la anterior providencia por estimar que los autos para mejor proveer de que habla el artículo 91 del Código Contencioso Administrativo y no el 90 como se dice en ella, únicamente se dictan por iniciativa oficiosa del juzgador y con la única mira de aclarar puntos oscuros o dudosos de la controversia, mas no para suplir o subsanar deficiencias probatorias de las partes, máxime que en el caso de autos que devino de la explosión de Cali, la responsabilidad estatal fue reconocida por el legislador mediante la Ley 179 de 1959, amén de que en el expediente hay prueba suficiente para la definición del problema planteado.
(Salvamento de Voto del doctor Samuel Buitrago Hurtado al Auto de Sala Plena de febrero 22 de 1984, expediente No. 11015) 948

AUTORIDADES DE LA REPUBLICA.

¿Para qué están instituidas? Artículo 16 de la Constitución Nacional. Concepción política, filosófica.
(Sentencia de marzo 14 de 1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.768. Actor: Clara Inés Camargo viuda de Linares) 949

AUXILIARES DE LA JUSTICIA. HONORARIOS.

Su reglamentación mediante el Decreto 2265 de 1969 no corresponde propiamente al ejercicio de la potestad reglamentaria sino a la aplicación de un procedimiento administrativo establecido para alcanzar una finalidad extraña a la naturaleza de tal potestad. SOLO LA LEY O EL GOBIERNO investido de la respectiva facultad, puede ordenar reajuste de tarifas de un servicio público, como el que prestan los auxiliares o colaboradores de la Administración de Justicia.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de enero de 1984. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2004. Consulta formulada por el Señor Ministro de Justicia. Autorizada su publicación mediante Oficio No. D.M. 356 de 16 de febrero de 1984) 8

AVALUO DE INMUEBLES. MUTACION EN UN PREDIO.

Cuando se da una "mutuación" de un predio (cambios que surgen en los elementos físicos, económicos o jurídicos de un predio) pueden incuestionablemente realizarse modificaciones del avalúo del inmueble.
(Sentencia de mayo 18 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10730. Actor: Ana Parra de Peña) 486

B

BALDIOS. ADJUDICACION. REVOCACION.

Competencia del INCORA para revisar el acervo probatorio tenido en cuenta para la adjudicación, siempre que se haga dentro de los dos años siguientes al acto adjudicatario y para revocar tal acto si encuentra inexactitudes o falsedad en dichas pruebas, por autorizacion expresa y legal.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 24 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3956. Actor: Rodolfo Pérez Zambrano) 341

BALDIOS. IMPRESCRIPTIBILIDAD.

¿A quién corresponde? (Constitución Nacional de 1886). Utilización y aprovechamiento: Fijación (artículo 76 numeral 21 de la Constitución Nacional). Evolución histórico-legislativa. PROPIEDAD DE BALDIOS. ¿Cómo se adquiere? BIENES DE USO PUBLICO. Se reputan así o como tales los baldíos. REVERSION DE BALDIOS. Los terrenos baldíos que la Nación enajene por cualquier título vuelven gratuitamente a ella al cabo de diez años, sino se estableciere en tales terrenos, durante ese tiempo, alguna industria agrícola o pecuaria. ADQUISICION DEL DOMINIO. Modos. COLONIZACION DE BALDIOS. CONDICION RESOLUTORIA DE ADJUDICACIONDE BALDIOS. ¿Cuándo se presenta? PRESUNCION DE PROPIEDAD PRIVADA QUE PREVALECE SOBRE LA CONDICION DE BALDIOS. EXPLOTACION ECONOMICA. En ningún momento la explotación económica o el cultivo o el provecho de las tierras baldías sirven de modo para adquirir el dominio sobre baldíos. Afirmar que la sola explotación económica es un modo originario de adquirir, por ocupación, un terreno baldío, es ir más allá de la previsión de la ley. Esos hechos son constitutivos de una presunción de dominio, pero éste se logra, en verdad, mediante la adjudicación que el titular, de esa situación hace el Estado. OCUPACION DE BALDIOS. No es un modo, sino constituye la presunción de que es propiedad privada cuando se posee económicamente en los términos de la ley. BALDIOS. DEFINICION. Es baldío todo predio en el que nunca se ha ejercido dominio privado y se dará esto cuando no ha ingresado jurídicamente al patrimonio de un particular. PROPIEDAD RURAL Y BALDIOS. ¿Cuándo es cada uno? TIERRAS QUE PERTENECEN AL ESTADO. Clarificación a través del Decreto 1265 de 1977. INCORA. Competencia para constituir reservas y para clasificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, la deriva de lo dispuesto por los artículos 1o., 3o., literal a) y 4o. de la Ley 135 de 1961. LEY PREVALENCIA DE LAS LEYES EXPEDIDAS POR MOTIVOS DE UTILIDAD PUBLICA.
(Sentencia de diciembre 9 de 1983. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expedientes acumulados 2545, 2562, 2767. Actores: Luis Gerardo Ortega Vargas, Aladino Ortega Moreno, Luis Gerardo Ortega. Salvamento de Voto del doctor Eduardo Suescún Monroy) 239

BALDIOS.

(Salvamento de voto). La ocupación es el modo de adquirir la propiedad de las tierras baldías, no sujetas a reserva y que la resolución de adjudicación que dicta el Estado, no tiene trascendencia mayor a la de un simple acto declarativo de la propiedad, constituida por el hecho de la ocupación o explotación económica. EXPLOTACION ECONOMICA. Finalidad en la Ley 200 de 1936. OCUPACION. Modo de adquirir tierras baldías.
(Salvamento de voto del doctor Eduardo Suescún Monroy a la sentencia de diciembre 9 de 1983. Sección Tercera. Ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expedientes acumulados 2545, 2562 y 2767) 261

BIENES DE LAS ENTIDADES PUBLICAS. IMPRESCRIPTIBILIDAD, INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, reiterada por el Consejo de Estado.

1033

(Sentencia de junio 22 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9536. Actor: Junta de Valorización Departamental C/. Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y Fondo Aeronáutico Nacional) 880

C

CADUCIDAD. TERMINO. COMO DEBE CONTARSE.

Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Las tres figuras del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo (publicación, notificación y ejecución del acto) son sustitutivas la una de la otra en tal forma que, no existiendo la publicación, debe procederse a la notificación y, no habiéndose efectuado ésta, debe tomarse en cuenta la ejecución.
(Auto de febrero 15 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 9852. Actor: Bertha Inés García de Valbuena) 982

CAMARA DE COMERCIO.

El Consejo de Estado carece de Jurisdicción para conocer de los actos que emanan de la Cámara de Comercio en el ejercicio de la función pública de llevar registro mercantil. REGISTROS MERCANTILES. Son nuevos actos administrativos no cuestionables ante esta Jurisdicción. INSCRIPCIONES. Carecen de manifestación de voluntad y se limitan a servir de prueba de los actos objetos del registro y a darle publicidad a los mismos, sin que, en consecuencia, se pueda predicar que ellas quepan de los "otros actos" o "demás actos", a que se refieren los artículos 62 a 66 del Código Contencioso Administrativo.
(Auto de enero 24 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4380. Actora: Ganadería Puntagrande Ltda). 980

CAMBIOS INTERNACIONALES. LEYES MARCO.

Regulación. Numeral 22 del artículo 76 y numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional. Reglas generales en el derecho colombiano (Decretos 444 de 1967 y 2206 de 1963). Mercado de capitales y mercado de certificados de cambio: Ambos son reglados por la Junta Monetaria. Licencias de cambio. Garantía para la utilización de divisas.
(Sentencia de junio 29 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.584. Actor: Rafael Ospina Barreiro) 426

CARRERA DE SEGURIDAD SOCIAL.

Garantía, ingreso funcionarios de carrera y funcionarios de seguridad social.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de febrero de 1984. Expediente No. 7065. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Nelly Garavito de Cediel) 270

CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR.

Nombramientos en propiedad, encargo y nombramiento provisional.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de enero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 1051. Actor: Asociación Diplomática y Consular de Colombia y otros) 789

CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO.

Entrega de certificados CAT al momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros, crudos de res y café. Equivalencia (Decreto 444 de 1967. Artículo 166). Naturaleza. ¿Quién hace la entrega?.
(Sentencia de abril 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7254. Actor: Carlos E. Valenzuela Navarro). 331

COMISIONES DE MESAS DIRECTIVAS Y COMISIONES PERMANENTES Y REGLAMENTARIAS DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer sobre las elecciones que allí se realicen. Reiteración Jurisprudencial.
NOTA: El mismo tema fue consignado en las siguientes sentencias:

1o. Sentencia de junio 8 de 1973. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente No. 33. Actor: Manuel Urueta. (No. Sistemático Relatoría 210-73).
2o. Sentencia de febrero 5 de 1974. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. (Anales de 1975. Primer Semestre. Página 431).
3o. Sentencia de octubre 28 de 1981. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. (No. Sistemático Relatoría 2306 de 1981).
4o. Sentencia de diciembre 2 de 1981. Sala Plena. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. (No. Sistemático Relatoría 2909 de 1981).
5o. Sentencia de julio 2 de 1979. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 499. (Anales de 1979. Segundo Semestre. Página 613).
(Sentencia de junio 14 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 1082. Actor: Libardo Rodríguez Rodríguez) 817

CONCEJEROS MUNICIPALES. RENUNCIA.

El artículo 3o. de la Ley 5a. de 1929 expresamente dispone que las "Renuncias presentadas por los concejeros principales o suplentes para seguir desempeñando tal cargo, y aceptadas por el funcionario a quien corresponde, no eximen de la inhabilidad establecida por esta ley". (Ver artículo 171 No. 10 del Código de Régimen Político y Municipal).
(Sentencia de mayo 18 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 1079. Actor: Luis Antero Niño Eslava). 804

CONCEJOS MUNICIPALES. FACULTAD DE LOS CONCEJOS PARA ESCOGER MIEMBROS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS Y PARA ELEGIR CONCEJALES EN DICHAS JUNTAS.

Si los Concejos Municipales tienen facultad constitucional y legal para crear la estructura de la Administración, también tienen la facultad constitucional y legal para determinar quiénes han de ser los miembros de las juntas administradoras, pudiendo entre ellas designar representantes suyos.

(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre 29 de 1983. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 11.054. Actor: Mélida Yepes Alzate. Con salvamento de voto de los doctores Samuel Buitrago Hurtado, Eduardo Suescún Monroy, Bernardo Ortiz Amaya, Reynaldo Arciniegas Baedecker. Aclaración de voto de los doctores Betancur Jaramillo, Mario Enrique Pérez Velasco, y Roberto Suárez Franco. El doctor Reynaldo Arciniegas se adhiere a la aclaración de voto del doctor Betancur Jaramillo 775

CONCEJOS MUNICIPALES. FACULTAD IMPOSITIVA.

No puede el Alcalde usurpar esta atribución. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "NO HAY IMPOSICION SIN REPRESENTACION". Significado. CODIGO SANITARIO. NACIONAL. No es cierto que él delegue la facultad de imponer tributos a las autoridades administrativas: Razones: TRANSITO DE ARTICULOS ALIMENTICIOS NO PROCESADOS. Prohibición de gravarlos. (Ley 14 de 1983).
(Auto de abril 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10739. Actor: Alberto Montoya Montoya) 496

CONCEJOS MUNICIPALES. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

Las juntas integradas con los mismos ediles no son más que elementos de anarquía o despilfarro, sean o no remuneradas.
(Salvamento de voto del doctor Samuel Buitrago Hurtado a la sentencia de la Sala Plena con Ponencia del doctor Low Murtra. Expediente No. 11054) 783

CONCEJOS MUNICIPALES. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

Los concejos tienen facultad para designar a sus representantes en las Juntas Directivas de las Empresas Municipales, pero esas designaciones no pueden recaer en los mismos Concejales. Artículo 171. 10. Código de Régimen Político y Municipal. "Destino Lucrativo" interpretación.
(Salvamento de voto del doctor Eduardo Suescún Monroy a la sentencia de la Sala Plena. Expediente No. 11054) 784

CONCEJOS MUNICIPALES. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

Los Concejos Municipales tienen facultad constitucional y legal para nombrar sus representantes en las Juntas Administradoras de las empresas de servicios públicos, cuando en el acto de su creación o en los estatutos se han establecido que formen parte de dichas juntas administradoras representantes o voceros del respectivo Concejo Municipal pero dichos representantes o voceros no pueden ser los mismos Concejales o Suplentes.
(Salvamento de voto del doctor Bernardo Ortiz Amaya a la sentencia de la Sala Plena. Expediente No. 11054) 785

CONCEJOS MUNICIPALES. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

Los Concejos pueden nombrar a sus representantes en las Juntas; pero, éstos no pueden ser Concejales.
(Aclaración de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de la Sala Plena. Expediente No. 11054) 786

CONCEJOS MUNICIPALES. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

Los Concejos Municipales tiene facultad para designar sus representantes en las Juntas Administradoras de Servicios Públicos pero no pueden designar a sus miembros como representantes de tales juntas.
(Aclaración de voto del doctor Mario Enrique Pérez a la sentencia de la Sala Plena. Expediente No. 11054) 788

CONCEJOS MUNICIPALES. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

Los Concejos Municipales pueden nombrar a sus representantes, pero tales representantes no pueden ser miembros del Concejo.
(Aclaración de voto del doctor Roberto Suárez Franco a la sentencia de la Sala Plena. Expediente No. 11054) 787

CONCEJOS MUNICIPALES. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

(Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 11054). 789

CONCEPTO DE LA VIOLACION.

No es la mayor o menor extensión del concepto la que dice su debida formulación sino la confrontación clara y detallada con la norma superior que se dice violada, (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo).
(Sentencia de febrero 3 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente 4076. Actor: Carlos Vélez Gallego) 87

CONCEPTOS. CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS.

Están dirigidos única y exclusivamente a facilitar la gestión de administración y de aplicación de los tributos. Son en principio obligatorios para los funcionarios en cuanto con ello no se desconozca en forma flagrante norma jurídica superior. Pueden ser impugnadas ante la Jurisdicción. Con ellas no se pueden crear obligaciones tributarias, ni afectan en nada el régimen de ley.
1o. Declárase la nulidad de las frases:
"Cuyo carácter es obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes".
Y "Cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto consultado" insertas en el párrafo sexto del Capítulo I de la Circular General Número 1 de 21 de julio de 1982 de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
2o. Declárase la nulidad de las siguientes frases:
"Autorizada"
"Y se entienden incorporadas a la disposición explicada pues el intérprete no hace más que dar la definición de la norma materia de su estudio".
Insertas en el párrafo séptimo del mismo Capítulo I de la misma Circular General.
3o. Declárase la nulidad de los párrafos noveno, décimo y undécimo del mismo Capítulo I de la misma Circular.
4o. En consecuencia el Capítulo I de la Circular acusada se leerá como sigue:
Párrafos 1o. al 5o. tal como están escritos.

"Párrafo 6o. El ejercicio de la mencionada competencia lo desarrollan la Dirección de Impuestos a través de Circulares (de carácter general), y la Subdirección Jurídica a través de conceptos que se emiten en cada caso concreto".
"Párrafo 7o. Dichas instrucciones, Circulares y Conceptos contienen una interpretación de la ley y del reglamento.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10787. Actor: Antonio José Echeverri Giraldo) 410

CONSEJOS DIRECTIVOS. MIEMBROS. FUNCIONARIOS PUBLICOS.

Suspensión provisional del inciso primero del artículo 45 del Decreto Reglamentario No. 2337 de 1982 en cuanto en él se dispone: "Los funcionarios públicos podrán ser miembros de los Consejos Directivos en representación de los empleadores del sector público afiliados a la Caja de Compensación respectiva o de sus trabajadores.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 26 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4660. Actor: Jorge A. Guerrero Lozano 185

CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES.

La Ley 6a. de 1958 limitó los gastos totales de las Contralorías Departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental de donde claramente se deduce que tales partidas deben ser atendidas con los ingresos propios del respectivo departamento y que la disposición ordenanzal que ordene cosa distinta resulta inaplicable de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 215 de la Constitución Nacional. (Reiteración jurisprudencial Sentencia agosto 11 de 1972).
Suspensión provisional de la Ordenanza No. 28 del 29 de noviembre de 1982 expedida por la Asamblea de Risaralda.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 7 de abril de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4617. Actor: Fabio Gómez Botero) 454

CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES. GASTOS.

1o. La Ley 6a. de 1958 limitó los gastos totales de las Contralorías Departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental, de donde claramente se deduce que tales partidas deben ser atendidas con los ingresos propios del respectivo departamento y que la disposición ordenanzal que ordene cosa distinta resulta inaplicable de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 215 de la Carta.
2o. No es posible admitir la afirmación de que "un servicio público como el que ejercen las Contralorías Departamentales al efectuar el control fiscal de los entes descentralizados, que además es función asignada por la Carta, debe ser retribuido por quien es fiscalizado al tenor de lo que establece el artículo 10 de la Ley 151 de 1959, a falta de norma específica en tratándose de entes del orden departamental o municipal".
(Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 15 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4399. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya) 471

CONTRALORIAS, PERSONERIAS Y TESORERIAS MUNICIPALES.

No gozan de autonomía que les permita celebrar contratos de cualquier índole por cuanto tal función compete al Alcalde como representante legal del Municipio.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 22 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2040. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno y autorizada su publicación mediante oficio de 27 de marzo del año en curso) 48

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA PUBLICA.

Características. Condición resolutoria. Plazo. Incumplimiento: Por el contratista y/o por la Administración: Consecuencias.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento. Expediente No. 2903. Actor: Clodoveo Londoño Barajas). 602

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS. POR ADMINISTRACION DELEGADA. VALOR DEL CONTRATO.

Integrado por los honorarios del Contratista y el costo de las obras.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 16 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Radicación No. 2037. Publicación autorizada con oficio fechado el 2 de marzo de 1984) 22

CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS. DEFINICION. CARACTERISTICAS. REGIMEN DE NULIDADES.

Servicio de procesamiento de datos (Decreto 1159 de 1976). El Decreto 222 de 1983 consagra las causales de nulidad de los contratos celebrados por la Administración, pero las reglas del Código de Comercio sobre la materia, deben ser tenidas en cuenta para los efectos sancionatorios de los actos que están afectados de vicios. FACULTAD ABIERTA PARA CONTRATAR. No le está dada a la administración la facultad abierta de celebrar contratos, por las que exprese su voluntad, y se cobije bajo el principio de presunción de legalidad conque está amparado, sin sujeción a determinados y especiales requisitos, porque los actos que celebre en contravención de las normas que las regulan, atacan su eficacia futura o su estabilidad negocial. CONTRAVENCION DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA. AUTORIZACION PRESIDENCIAL. OBJETO ILICITO. Existe cuando se prescinde de aquellos supuestos que según la ley deben cumplirse para la viabilidad del negocio o los que están prohibidos. NULIDAD ABSOLUTA. Alcances. No en cuanto a los efectos de la sanción, sino en lo que atañe a las consecuencias prestacionales. Artículo 1746 del Código de Comercio. Aplicación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 21 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3071. Actor: INCORA) 753

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

1o. Aplicación bajo el Decreto 222 de 1983.
2o. Requisitos.

1039

3o. Finalidad.
4o. Las personas vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos.
5o. Celebración por parte de los establecimientos públicos (de dichos contratos), de cuantía de $ 1.200.000 o superior: Requisitos para su aprobación.
6o. La vinculación de personas naturales, mediante contrato de trabajo, para desempeñar actividades docentes la establece únicamente el artículo 261 del Decreto 222 de 1983 como facultad excepcional del Ministro de Defensa Nacional. INSTITUCIONES OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR. DOCENTES. Su vinculación se hace por medio del contrato de prestación de servicios. (Artículo 98 del Decreto 80 de 1980). CONTRATO DOCENTE DE CATEDRA. (Artículo 98 del Decreto 80 de 1980. No es aplicable de personal docente de las instituciones intermedias, profesionales. A ellos se aplica el Decreto 2277 de 1979, artículo 6o. a los educadores no oficiales serán aplicables las normas de este decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2023. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Educación Nacional. Recibida en Relatoría en mayo de 1984) 50

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

(Aclaración de voto).
1o. No puede hablarse de "MUTUO", en un contrato llamado tal por los contratantes, pero en el cual el "MUTUARIO" aporta más que el "MUTUANTE".
2o. Acta de liquidación. Reservas. Prueba.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango, a la sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2796. Actor: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia S.A.) 692

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ACTA DE LIQUIDACION.

El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad, sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarlo. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN ENTES MORALES. El vicio debe ser demostrado, para restarle la validez al acto jurídico.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2796. Actor: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia S.A. (Aclaración de voto del Doctor Jorge Valencia Arango) 681

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION. LEGALIZACION DEL CONTRATO.

Iniciación de las obras antes de que culminaran todos los supuestos sustanciales y formales del negocio. ANTICIPO. Pago. PURGA DE LA MORA.

Por cuanto en conducta del acreedor en el sentido de aceptar tardíamente la atención de la obligación de deudor hay que entenderla como un propósito volitivo afirmativo y no negativo. La esencialidad de los términos, que juega un papel importante en las obligaciones de pagar sumas de dinero, consulta, básicamente en conducta que las partes pueden mostrar para el buen suceso del contrato y de sus relaciones negociales. Si los contratantes reciben el ANTICIPO DE MANERA ATRASADA, sin objeción alguna, es porque se ajustaron a esa especial circunstancia del inicial y transitorio incumplimiento para su superior posterior. ANTICIPO. EFECTOS INDEMNIZATORIOS. El anticipo como parte del precio, que es fundamental en el desenvolvimiento del contrato, sólo puede producir efectos indemnizatorios si se incumple plenamente, es decir, si no se atiende por el contratante dicha obligación. EJECUCION DE BUENA FE EN LOS CONTRATOS. Artículo 1603 del Código de Comercio. LOS FACTORES NATURALES (vrg. Clima) SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, CONSTITUYEN CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD PARA LOS CONTRATANTES, en lo que tenga o guarde relación directa con esas situaciones. PRORROGA DE UN CONTRATO. Cuando se prorroga un contrato, se ha de suponer que el acuerdo de voluntad inicial, recogido en el documento primigenio, debe proyectarse hacia el futuro, mediante las previsiones negociales, como es la de ampliar el término señalado para la entrega de la obra, que por sí sola no sirve para su modificación, sino que debe ser utilizada en todos los extremos del contrato, y frente, como es obvio, de las obligaciones de los contratantes.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 1540. Actor: Sociedad Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones GRANDICON) 625

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ANTICIPO.

Negativa a la entrega del anticipo por parte del contratante y la no iniciación de las obras por el contratista. Consecuencia de la no entrega del anticipo a pesar de la legalización del contrato. LEY PARA LAS PARTES. El contrato por sí solo puede constituir una ley, pero como tal mantiene su propia fuerza, destaca sus efectos y determina su independencia negocial. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. DERECHO ALTERNATIVO de poder exigir o el cumplimiento o la resolución por parte de la entidad contratante que ha incumplido, debe concretarse a la resolución porque la Administración no puede ser obligada a cumplir coercitivamente el contrato. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRATUS. MORA. (Jurisprudencia Corte Suprema). IMPUTABILIDAD NEGOCIAL DE LOS CONTRATANTES. Cuando las partes vinculadas a un contrato bilateral son las que incumplen, no se puede abrigar a que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización de perjuicios.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2509. Actor: Cadavid y Herrera Ltda.) 613

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD. LEGITIMACION PARA DEMANDARLA.

¿Es posible que pueda accionar por la vía de la llamada plena jurisdicción del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), para atacar una declaración de caducidad, quien no aparece como parte del contrato sino como simple asegurador o garante de los perjuicios que surjan del contrato?.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 28 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3096. Actor: Aseguradora Grancolombiana S.A.) 768

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATO ADICIONAL.

No celebrado por omisión de la entidad pública que ordenó la ejecución de nuevas obras y las recibió a satisfacción, sin preocuparse de la suscripción del contrato que la respaldaba. La conducta de la Administración (omisiva en cuanto a la celebración del contrato adicional y activa en lo que se refiere a los poderes de control y cumplimiento de lo que se ejecutó), configura un hecho de la misma, perjudicial para la sociedad que construyó, además de las obras pactadas en el contrato principal, las adicionales. LA ACCION INDEMNIZATORIA derivada del contrato adicional no suscrito no tiene sustento obligado, vistas las normas que regulan la celebración y ejecución de los contratos administrativos. ACTIO IN REM VERSO. Elementos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 2850. Actor: PRISEGO LTDA.) 635

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Contrato de obra pública celebrado con un Consorcio. Obligación de ejecución y cumplimiento en forma solidaria. CADUCIDAD. Ante la declaratoria de caducidad, las firmas que integran el consorcio tienen que actuar conjuntamente porque una no puede demostrar su propio cumplimiento sin demostrar el de la otra. LITISCONSORCIO NECESARIO esta figura está regulada en el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil para aquellos asuntos en los que la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, porque la irrescindibilidad e indivisibilidad de la situación jurídica impide una distinta solución para los varios sujetos que en ella concurren. INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. (Artículo 83 del Código de Procedimiento Civil).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 1871. Actor: Pavimentaciones Asfálticas) 745

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.
No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2796. Actor: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia S.A. Aclaración de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 681

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. FECHA DEL DOCUMENTO EN QUE SE OTORGA.

Un contrato no se determina, en sus efectos sustanciales, al rededor de la fecha que se incorpore en el documento. No. Es la expresión de voluntad la que sirve de motor impulsor del negocio. Si el documento se otorga en un determinado momento, por quien puede válidamente obligar a la entidad representada, sea cualquiera que fuera la fecha que se registra, hay que tener, en orden de prevalencia jurídica, la manifestación integral de las voluntades, para hacerle producir los efectos deseados.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2903. Actor: Clodovedo Londoño Barajas) 602

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. GARANTIAS. CAUCION.

Si en un Contrato Administrativo se pacta la cláusula en virtud de la cual el contratista se obliga a prestar caución, debe hacerlo pero no de manera simple, sino ajustando la garantía a los términos del documento contentivo de la voluntad de los contratantes porque desde el momento mismo en que suscribe el contrato es para vincularse dentro del marco negocial, impuesto precisamente, por los intervinientes en el acto. Resolución, artículo 1546. El Código de Comercio consagra la condición resolutoria tácita, como factor de aniquilamiento del acto en que descubra que la tutela del interés del acreedor se ha quebrantado, siempre y cuando no existan causas extrañas que impidan la realización de ese interés o que, por parte del otro contratante no se ofrezca ningún hecho que afecte el cumplimiento del deber contractual. ¿Quién puede solicitar la resolución del contrato?
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 19 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2669. Actor: Jorge Torres Lozano. Ingenieros Ltda.) 591

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INDOLE CONTRACTUAL.

Frente a un negocio, en el que se precisan sus elementos, han de tenerse de presente estos efectos para definir la índole contractual, por encima, como se ha dicho, de la calificación que se haga en el documento que muestra la voluntad de los otorgantes. Sin pretermitir los otros actos que se ofrecen de la relación contractual.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2796. Actor: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia S.A. Aclaración de voto del doctor Jorge Valencia Arango 681

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MORA. "LA MORA PURGA LA MORA".

Es cierto que la mora purga la mora, tal como lo da a entender el artículo 1609 del Código de Comercio. Pero los fenómenos deben presentar una cierta equivalencia en cuanto a su gravedad y prelación. Además la pretensión indemnizatoria, para su viabilidad en el campo contractual requiere el cumplimiento o el allanamiento a cumplir de quien la pide y el incumplimiento del sujeto pasivo de la misma. Vale decir, la mora de este último. Porque si el incumplimiento es de parte y parte, se produce el efecto enervante del citado artículo, pero no nace la obligación indemnizatoria para ninguno de los contratistas.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 4 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 2864. Actor: Dionisio Osorio Lentino) 659

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. NULIDADES.

Nulidades absolutas y relativas (Código de Comercio. Decreto 150 de 1976 y Decreto 222 de 1983). Omisión de ciertos requisitos o supuestos que la misma ley consagra y que le hacen restar estabilidad al negocio.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2805. Actor: Departamento del Cauca) 671

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PERJUICIOS MATERIALES POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE MUTUO.

Los perjuicios materiales por el incumplimiento de un contrato de mutuo condicionado a la ejecución de una obra, consisten en la utilidad líquida que habría obtenido el contratista de haberse cumplido el mutuo.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expedientes Nos. 1903 y 2098. Actor: Grupo Residencial Marysol Ltda.) 695

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PERJUICIOS POR LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO VENCIDO.

Sólo pueden darse por fuerza de la esfera de cumplimiento del respectivo contrato.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 1903 y 2098. Actor: Grupo Residencial Marysol Ltda.) 695

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PETICION DE INDEMNIZACION SIN SOLICITAR, COMO PETICION PRINCIPAL, LA RESOLUCION O EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

Si es dable intentar la acción del resarcimiento sin invocarse la resolución, en atención a la índole del contrato, por una parte, y por otra a la situación creada por las partes contratantes, y en especial, frente al plazo acordado.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2903. Actor: Clodoveo Londoño Barajas) 602

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PETICION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO CUYO TERMINO DE VIGENCIA HA VENCIDO.

La resolución de un contrato cuyo término de vigencia ha vencido, no es indispensable pedirla ni decretarla para obtener la correspondiente indemnización por su incumplimiento. Reiteración jurisprudencial.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expedientes Nos. 1903 y 2098. Actor: Grupo Residencial Marysol Ltda) 695

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PLIEGO DE CONDICIONES. INCUMPLIMIENTO.

Es el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades, es un desarrollo del proceso negocial, sobre bases predeterminadas. La Administración puede rechazar las propuestas, cuando éstas no reunan las condiciones que se establecen en el pliego; en cambio cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego surge para la Administración la obligación de calificar cada una de ellas para hacerle producir el efecto jurídico deseado, que no es, nada distinto, a que en la adjudicación se cumpla con todo el proceso negocial de formalización del contrato.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2418. Actor: Instrumentos Científicos Ltda., 642

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Presentación del paz y salvo por el impuesto sobre la renta y complementarios desde el momento de formular la propuesta. Omisión de este requisito cuando el contrato requiere licitación y cuando no la requiere. (Artículos 8o. y 25 del Decreto 222 de 1983).
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 1o. de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2048. Consulta formulada por el Ministro de Minas y Energía y autorizada su publicación con oficio No. 210 de 21 de marzo del año en curso) 37

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RELACION PRECONTRACTUAL.

Incumplimiento del negocio nacido de la adjudicación de la licitación. Acción pertinente, campo contractual.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2418. Actor: Instrumentos Científicos Ltda) 642

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA PUBLICA POR EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

Cuando el artículo 81 del Decreto-Ley 222 de 1983 define los contratos de obras públicas como aquellos que se celebran para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, etc., de bienes inmuebles de carácter público se está refiriendo a cualquier clase de bienes. El todo es que sean bienes públicos, que pertenezcan al Estado, sin que para ello importe si son bienes fiscales o no. BIENES INMUEBLES DE CARACTER PUBLICO. Aquellos cuyo dominio pertenece al Estado. DOMINIO EMINENTE. ¿Sobre qué bienes se ejerce? BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES. Diferencias. Jurisprudencia de la Corte.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de febrero 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2034. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Minas y Energía. Autorizada su publicación y remitida a la Relatoría con oficio de marzo 26 de 1984) 25

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA. VENCIMIENTO DEL PLAZO. Consecuencias: 1. ¿Pierde la administración competencia para declarar la caducidad? Sí. 2. Tampoco podrá solicitarse la terminación de un contrato, luego de su vencimiento. 3. Del hecho de que el contrato esté ya vencido, no se infiere que no pueda estudiarse lo relacionado con la acción de perjuicios. Cuando el contrato de obra está en vía de ejecución y dentro del plazo, la pretensión indemnizatoria dependerá de la nulidad del acto de caducidad o de la declaratoria judicial de terminación del contrato. Vencido el término de ejecución, la acción de perjuicios será viable, en forma autónoma. 4. Antes de la ejecución total de la obra, la única salida que le queda a la entidad contratante, como actividad administrativa propia, será la de liquidar el contrato para definir quién debe a quién y cuánto.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 4 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 2864. Actor: Dionisio Osorio Lentino) 659

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INNOMINADOS.

Cuando el contrato no se ha reclasificado ni definido por dicho estatuto (Decreto 222 de 1983) su régimen de estipulaciones, continúa rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para el mismo según lo prevé el artículo 8o. en armonía con el artículo 301.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2023. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Educación Nacional. Recibida en Relatoría en mayo de 1984) 50

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. Concepto. DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL. CONTRIBUCION DE VALORIZACION.

Siendo la Aeronáutica Civil propietaria del inmueble beneficiado por la ejecución de los trabajos públicos (caso sub-júdice) en principio se podría concluir en el deber, por parte de esa entidad, de cancelar las sumas correspondientes por concepto de valorización como sujeto pasivo del gravamen, pero la NACION no puede ser ejecutada. El artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, prevé que los establecimientos públicos nacionales disfrutan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación, por lo que tampoco pueden ser ejecutados.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9536. Actor: Junta de Valorización Departamental del Valle C/. Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y Fondo Aeronáutico Nacional) 880

SECCION CUARTA

CORPORACIONES FINANCIERAS.

Préstamos a sus funcionarios y gerentes. Los Decretos 2369 de 1960 y 2.461 de 1980 se refieren a una aprobación previa, pues no tendría sentido una interpretación diferente, que hiciese valer actitudes de una Junta Directiva enfrentada a hechos cumplidos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8956. Actor: Progreso Corporación Financiera S.A.) 292

COSA JUZGADA.

Decisión judicial positiva y negativa. Alcance y limitaciones. (Artículo 175 del nuevo Código Contencioso Administrativo. Reafirmación jurídica).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 5985. Actor: Luis Fernando Lloreda Londoño) 132

COSTAS

Reglamentación en el Decreto No. 01 de 1984. Excepciones en su aplicación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4427. Actor: Jorge Cáceres Méndez) 500

DECRETO No. 1 DE 1984

VIGENCIA. Artículo 266. Interpretación y aplicación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de junio 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 4495. Actor: Francisco Antonio Avendaño) 1001

DEMANDA. AUTO ADMISORIO.

Notificación. Artículo 207 No. 2 Decreto 01 de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrtivo. Sección Segunda. Sala de Decisión. Auto de 30 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 7696. Actor: Luciano Moreno Uribe) 992

DEMANDA. INTERPRETACION. "NACION".

No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda, con la finalidad, como suele decirse, de no sacrificar el derecho a las fórmulas máxime que él es un verdadero colaborador para las partes en la administración de justicia.
Por manera que cuando en la demanda se pide la nulidad de actos expedidos por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores y el reintegro de sumas de dinero que pagó la actora a título de multa "y que por ministerio de las expresadas resoluciones, ingresó al Fondo Especial de la Comisión Nacional de Valores. . ." indudablemente que se está demandando la Nación, así se omitan las frases sacramentales para determinarla.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de mayo 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4524. Actor: Sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión "GRANINVERSION S.A.") 991

DEMANDA.

Traslado. El artículo 126 de la Ley 167 de 1941 no lo autorizaba. Autorización en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de junio 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 10752. Actor: Dolly Pedraza de Arenas) 1005

DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL, EMPRESA COLOMBIANA DE AERODROMOS, FONDO AERONAUTICO NACIONAL.

El patrimonio de ellas son "BIENES DE USO PUBLICO" y por lo tanto inembargables.
(Sentencia de junio 22 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9536. Actor: Junta de Valorización Departamental C/. el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y Fondo Aeronáutico Nacional) 880

DERECHO DE DEFENSA. Clases de garantías.

De acuerdo con el artículo 26 de la Constitución se dan a las personas tres garantías a saber: 1. Garantía de que nadie puede ser castigado si previa-

mente no se ha prohibido el hecho y señalado la pena correspondiente. 2. Garantía de que nadie podrá ser juzgado sino por juez competente y éste lo es aquél facultado por la Constitución, la ley o el reglamento para conocer o decidir de un determinado asunto, y 3. Garantía de que nadie puede ser juzgado sino con observancia plena de las formas propias de cada juicio.
(Sentencia de febrero 3 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4076. Actor: Carlos Vélez Gallego. Decretos del Gobierno) 87

DERECHOS ADQUIRIDOS. OBLIGACIONES A PLAZOS.

Concepto sobre los derechos adquiridos. El plazo convenido entre las entidades intervenidas a que se refiere el Decreto 2216 de 1982 y las personas que contrataban con ellas constituían un derecho consolidado a no pagar la deuda sino al término de dicho plazo. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de agosto 26 de 1983. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4075. Actor: Carlos Vélez Gallego).
Decrétase la nulidad del numeral 2o. del artículo 6o., del artículo 9o. y de la frase "un incidente" que contiene el inciso único del artículo 10 del Decreto 2216 de 29 de julio de 1982, dictado por el señor Presidente de la República.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4076. Actor: Carlos Vélez Gallego). 87

DEROGATORIA, INEXEQUIBILIDAD Y NULIDAD.

Efectos. CARACTERISTICAS DE LA NULIDAD EN DERECHO TRIBUTARIO. Deberá tenerse en cuenta que las normas impositivas tienen aplicación dentro de determinados períodos fiscales y por ello, así hayan sido derogadas, la nulidad que se ordene no puede afectarlas en cuanto al lapso en que tuvieron vigencia. Debe ser una nulidad con efectos hacia el futuro. Por ello procede la DECISION DE MERITO y no la INHIBITORIA; y no habiéndola, hay competencia para decidir de fondo.
(Sentencia de mayo 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6665. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto) 121

DESAFECTACION DE PREDIOS

Alcance de las normas que regulan la materia de la Desafectación de Predios. Oportunidad para intentar esta medida. Artículo 1o. Decreto 135 de 1976. Artículos 451 a 459 del Código de Procedimiento Civil. Interpretación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 8 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2364. Actor: Raimundo Sánchez) 284

DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA. FUNCIONES. RESERVA DE CARGA.

1o. Las funciones son establecidas por el Decreto 2349 de 1971 Artículo 3o., numeral 10 y numeral 11, y artículo 85, numeral 6o.
2o. Procedimiento para otorgamiento de tráficos. (Artículo 3o. numeral 11 ibídem). Complemento de procedimiento (artículo 85).
3o. Sobre las atribuciones de la DIMAR una cosa es evidente si bien se trata de una actividad reglada en cuanto al procedimiento para ejercerla la admi-

nistración conserva la facultad especial de ser quien, en último término, aprecie si habiéndose cumplido con los requisitos legales corresponde o no que se acceda a la solicitud que se le formula, y no es el particular quien pueda sustituirse a la administración en el cumplimiento de sus funciones (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de febrero 24 de 1984. Sección Primera. Expediente No. 3966).
(Sentencia de junio 15 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 3743. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S.A.) 379

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

El juzgador no puede anular un acto administrativo y reconocer, en consecuencia, los derechos pretendidos, sino con base en las disposiciones citadas en la demanda. Pero no le está prohibido fundamentarse en disposiciones según las cuales el acto es válido y tales derechos no existen.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 11.020. Actor: Bernardo Enrique Peralta Ortiz (Recurso de súplica) 911

DIVISAS. POSESION.

Por principio es sancionable la posesión de divisas, a no ser que tal posesión esté encuadrada en una de las situaciones reguladas por el Estatuto Cambiario que lo permitan, caso en el cual subsiste aún la obligación de negociarles en el Banco de la República según lo señalado por el artículo 4o. Por ende, el literal c) del artículo 5o. del Estatuto Cambiario no puede alegarse como fundamento para la posesión y/o negociación con dólares.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Expediente No. 3820. Actor: Alfonso Bocanegra García) 324

DOCENTES. ASCENSOS EN EL ESCALAFON DOCENTE. EXPERIENCIA NO UTILIZADA.

No existe limitación alguna para el derecho consagrado de hacer valer la experiencia docente aún no utilizada para efectos del escalafón y ascenso.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 30 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 7378. Actor: Luis Alfonso Huertas) 490

DOCENTES. FACULTAD REGLAMENTARIA DE QUE GOZAN LOS GOBERNADORES.

En relación con la docencia y los maestros en ejercicio cuando la ley les ha conferido a éstos determinadas garantías y explícitos derechos, bien porque se encuentren escalafonados o por ser funcionarios de libre nombramiento y remoción.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 6855. Actor: Reynero Molina Vergara) 451

DOCENTES. JUNTAS DE ESCALAFON.

Sus actos son susceptibles de Recurso de Apelación cuando en ellos se niegue la solicitud de reinscripción en el Escalafón o se refieran al aplazamiento,

suspensión o exclusión del mismo. Dicho recurso se surte ante la Junta Nacional del Escalafón.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 30 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 7378. Actor: Luis Alfonso Huertas) 490

DOCENTES. PENSION GRACIA.

La Ley 114 de 1913 no exige que los servicios docentes que dan lugar a la pensión "gracia" hayan sido prestados exclusivamente en instituciones territoriales. El texto legal no hace distinción alguna en cuanto a los servicios mismos ni contiene expresión limitativa, que connote salvedad, reserva o exclusión.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 27 de febrero de 1984. Expediente No. 7261. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Actora: Rosa Quintero viuda de Buitrago) 278

E

ELECTORALES. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. AUDITOR FISCAL.

Decreto 1707 de 1960, artículo 54. Decreto 731 de 1971. Artículo 48. Artículo 60 de la Constitución Nacional. Normas a las que debe sujetarse el Contralor para su elección.
(Sentencia de abril 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 1073. Actor: Corporación Autónoma Regional del Cauca. CVC) 800

ELECTORALES. INHABILIDADES.

El artículo 7o. del Decreto Legislativo No. 1713 de 1960 abarca a todo el personal de funcionarios de las Contralorías pero atendiendo a su finalidad y a sus presupuestos, bien puede restringirse su alcance a aquellos funcionarios que directa o indirectamente ejercen control fiscal.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 1018. Actor: César Duque Villegas. Con aclaración de voto del Doctor Eduardo Suescún Monroy.) 794

ELECTORALES. INHABILIDADES.

ACLARACION DE VOTO. De acuerdo con la decisión, me permito aclarar mi voto por no compartir la consideración que invoca la sentencia de la Sala Plena del 6 de septiembre de 1983. Creo que dicha consideración no era necesaria y, por otra parte, de su contenido teórico me había separado como aparece en el salvamento de voto que entonces suscribí.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Aclaración de voto del Doctor Eduardo Suescún Monroy a la sentencia de febrero 9 de 1984. Expediente No. 1018. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango) 800

EMBARGO.

Naturaleza. Definición. Doctrina.

(Sentencia de abril 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7254. Actor: Carlos E. Valenzuela Navarro) 331

EMPLEADOS DE LA REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

Todas las personas naturales que prestan sus servicios a la Registraduría Nacional del Estado Civil en sus oficinas centrales y en sus dependencias a nivel seccional, como funcionarios electorales permanentes de la denominada Rama Electoral, están sujetas a un régimen especial determinado por la naturaleza del servicio, cuya autonomía técnica preservó la Ley 28 de 1979 en gracia de la prestación del mismo, a través de una organización ajena a la influencia partidista y garante de la plena responsabilidad e imparcialidad política de los funcionarios a ella adscritos. ORGANIZACION ELECTORAL. Distribución paritaria. (Artículo 6o. Ley 28 de 1979). CLASIFICACION EN NIVELES. Por el Decreto 721 de 1978 modificado por el Decreto 897 de 16 de mayo de 1978. Funciones: Nomenclatura. Remuneración. Jornada de trabajo. APLICACION DE LAS NORMAS SOBRE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. El nombramiento, la modificación, declaración o revocatoria de la designación, como la posesión, iniciación en el servicio, la declaración de insubsistencia, la renuncia, la supresión de empleos, el retiro por pensión, la destitución, el procedimiento y las sanciones disciplinarias, el régimen prestacional son aplicables a dichos empleados. En consecuencia la aplicación de los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973, corresponde al personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en cuantos aspectos corresponde al carácter de libre nombramiento y remoción que tienen sus empleos y que no han sido objeto de regulación específica por la ley orgánica de dicho organismo ni por los decretos que establecieron su sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración. Causales de Remoción. Las normas sobre carrera administrativa no les son aplicables a la Registraduría, pues sus empleados son de libre nombramiento y remoción.

(Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Concepto de febrero 28 de 1984. Radicación No. 2.039. Consultas del Gobierno. Remitida a Relatoría en marzo de 1984) 31

EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL, INTENDENCIAL, COMISARIAL, DISTRITAL Y MUNICIPAL.

Los Decretos Extraordinarios 2400, 3074 y 3135 de 1968, salvo algunas excepciones, no son aplicables en el orden departamental, intendencial, comisarial y distrital, ni municipal, porque la ley que revistió al Presidente de la República de las respectivas facultades, o sea la Ley 65 de 1967, en lo atinente a ciertas materias no incluyó a las ENTIDADES TERRITORIALES y en cuanto a otras, el primer mandatario no las ejerció a pesar de tenerlas, con relación a ellas, a su organización y funcionamiento administrativo o a sus servidores. REGIMEN DE EXCEPCIONES. 1. Sobre prestaciones sociales se benefician senadores y representantes por preverlo así el artículo 4o. de la Ley 5a. de 1969, que también lo extendió a los diputados y los del Decreto 3135 de 1968 que de conformidad con el artículo 32 del Decreto 546 de 1971, son aplicables a los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público en cuanto no se opongan al texto y finalidad de este último estatuto. 2. Sobre ingreso al servicio oficial. JUBILADOS DE LA RAMA LEGISLATIVA O DE LA RAMA JURISDICCIONAL. Aplicación del

Decreto 2400 de 1968, sólo sobre reingreso al servicio. REAJUSTE PENSIONAL POR REINGRESO AL SERVICIO. El artículo 79 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 estableció el sistema que llama "de reajuste" por reincorporación al servicio en los casos a que se refiere el artículo 78 del mismo decreto, sin fundamento legal, es decir en sustitución del legislador, ordinario o extraordinario, que es el único al cual la Constitución Nacional, ha conferido, en su artículo 76 (ordinal 9o. especialmente, en coordinación con el 62, facultad para dictar normas en materia de prestaciones sociales, sobre todo en cuanto a pensión de jubilación, para quienes desempeñen empleos públicos. El régimen prestacional de éstos es estrictamente legal. Cabe entonces respecto del citado artículo 79 aplicar la EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, que encuentra fundamento directo en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y 215 de la Constitución Nacional. REAJUSTE DE PENSIONES DE JUBILACION A SENADORES Y REPRESENTANTES. Es aplicable el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961. *(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. sentencia de marzo 21 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7307. Actor: Joaquín Arboleda Valencia)*. 305

EMPLEADOS DEPARTAMENTALES. NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

El nombramiento y remoción libre de los empleados de los distintos servicios y oficinas departamentales que según el artículo 194 de la Constitución Nacional debe hacer el Gobernador se refiere únicamente a los empleados de las dependencias de los distintos servicios y oficinas que están bajo la administración directa de la Gobernación pero jamás a los empleados de las entidades descentralizadas del departamento creados por las Asambleas en ejercicio de la atribución que le confiere el ordinal 6o. del artículo 187 de la Constitución Nacional.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4390. Actor: Ebert Diaz Serrano). 467

ENCAJE EN CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA.

Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda reciben depósitos a término y a la vista por disposición de decretos de ejecución por lo cual no es difícil concluir que ellos están comprendidos entre las entidades a las cuales se refiere el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, y por lo mismo, sometidos a las normas que sobre encaje legal dicte la JUNTA MONETARIA que es el órgano oficial a través del cual el Estado colombiano ejerce soberanía monetaria.
Revócase la suspensión provisional del artículo 2o. de la Resolución 53 de 16 de agosto de 1979 originaria de la Junta Monetaria.
NOTA DE LA RELATORIA: Ver el Auto de suspensión provisional de la mencionada resolución en el primer semestre de 1980 a las páginas 260 y 265. *(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6444 y 6451. Actor: Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Méndez. Aclaración de voto del Doctor Enrique Low Murtra)*. 389

ENCAJE EN CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVENDA.

Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda reciben depósitos a término y a la vista por disposición de decretos de ejecución por lo cual no es difícil concluir

que ellos están comprendidos entre las entidades a las cuales se refiere el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, y por lo mismo, sometidos a las normas que sobre encaje legal dicte la JUNTA MONETARIA, que es el órgano oficial a través del cual el Estado colombiano ejerce soberanía monetaria.
Revócase la suspensión provisional de los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 1979 expedida por la Junta Monetaria.
NOTA: Véase Sentencia de junio 18 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6444 y 6451. Actor: Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Méndez publicada en este mismo boletín.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6308 y 6581. Actor: Mario Alario Méndez y Rodrigo Noguera Laborde) 437

ENCARGO.

Conforme a los artículos 23 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y 34 a 36 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo se confiere a otro empleado, es decir, al titular de otro empleo público y, en caso de vacancia definitiva, no podrá tener una duración superior a tres meses. Dice el inciso primero del artículo citado en segundo término y que está ajustado al artículo 23 del Decreto Extraordinario: "Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de febrero 24 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 8586. Actor: Carlos Arturo Vargas Berján) 275

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN MUNICIPAL.

CREACION. Artículo 197 de la constitución Nacional.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2069. Consultas del Gobierno. (Ministerio de Gobierno). Concepto de abril 5 de 1984. Autorizada su publicación en abril 13 de 1984) 69

ESCRITURA PUBLICA. COPIA SUSTITUTIVA DE AQUELLA QUE PRESTE MERITO EJECUTIVO.

La expedición de la copia sólo puede hacerse después de sucedida la pérdida o destrucción, pero nunca antes.
Suspéndese provisionalmente la expresión "ANTES O" contenida en el artículo 39 del Decreto 2148 de 1983.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 30 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín tello. Expediente No. 10.766. Actor: Esther Elena Mercado Jarava) 70

ESTABLECIMIENTO BANCARIO INTERVENIDO. AGENTES ESPECIALES. NOMBRAMIENTO POR EL SUPERINTENDENTE BANCARIO.

Funciones de dichos agentes. Protocolización del nombramiento en una notaría del lugar donde se encuentre el asiento principal de los negocios de la entidad intervenida. Terminación de los contratos de trabajo. Consecuencia de los gastos ocasionados por la liquidación. EMPLAZAMIENTO DE LOS

TITULARES DE BIENES Y DEPOSITOS. Artículo 8o. del Decreto 2216 de 1982. Término para hacerse: Forma. RECLAMACIONES.
Decrétase la nulidad del numeral 2o. del artículo 9o. y de la frase "un incidente" que contiene el inciso único del artículo 10 del Decreto 2216 de 1982, expedido por el señor Presidente de la República.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de febrero 3 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4076. Actor: Carlos Vélez Gallego. Decretos del Gobierno) 87

ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS TOMA DE POSESION

Consecuencias señaladas en el numeral 4o. del artículo 6o. del Decreto 2216 de 1982. Juicio ejecutivo contra una entidad intervenida por la Superintendencia Bancaria. DECLARACION JUDICIAL DE QUIEBRA. La declaración judicial de quiebra conlleva "la acumulación al proceso de quiebra de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado. (Artículo 1945 del Código de Comercio). PREVENCION A LOS REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de agosto 26 de 1983. Sección Primera. Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4075. Actor: Carlos Vélez Gallego).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de febrero 3 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4076. Actor: Carlos Vélez Gallego. Decretos del Gobierno) 87

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. INEMBARGABILIDAD.

Los bienes de uso público son inembargables; pero las CUENTAS BANCARIAS de los Establecimiento Públicos no gozan de este beneficio. El artículo 684 del Código de Procedimiento Civil no incluye como inembargables las cuentas bancarias.
(Sentencia de junio 22 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9536. Actor: Junta de Valorización Departamental del Valle C/. Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y Fondo Aeronáutico Nacional) 880

ESTATUTOS BASICOS O DE CARACTER GENERAL.

Están siempre contenidos en leyes o decretos extraordinarios. (Artículo 76, numeral 10 de la Constitución Nacional). Esta clase de estatutos sólo pueden ser dictados por el legislador ordinario o por el extraordinario. ESTATUTO ORGANICO O GENERAL DE CADA ENTIDAD DESCENTRALIZADA O DE CADA ESTABLECIMIENTO PUBLICO. Es el que fija las normas generales a las cuales debe ceñirse la Junta Directiva encargada de dictar el estatuto de personal, en tal forma que si éste (el de personal) establece normas distintas o que contrarien lo dicho en el orgánico, se incurre en abierta ilegalidad porque éste es superior a aquel, aunque de todos modos, debe elevar la aprobación del Gobierno conforme a lo previsto en el ordinal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, según el cual entre las funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos etc. le corresponden "adoptar los Estatutos (nótese que no distinguió entre los orgánicos y los de personal) de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno). ESTATUTO DE PERSONAL. Debe ceñirse a los preceptos contenidos en el orgánico o general del correspondiente instituto.

Declárase nulo el artículo 2o. del Acuerdo No. 030 de 1971 proferido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología y aprobado por el Decreto 1107 de 1972.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 2 de 1983. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 11.055. Actor: Asociación de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología. Aclaración de voto de los doctores José Alejandro Bonivento y Jacobo Pérez Escobar) 919

ESTATUTOS ORGANICOS.

(Aclaración de voto). Con los estatutos orgánicos, se dictan las normas que siguiendo la trayectoria de los contenidos en el acto de creación, deben detallarlos. APROBACION POR EL GOBIERNO.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Aclaración de voto del Doctor José Alejandro Bonivento Fernández y Jacobo Pérez Escobar a la sentencia de diciembre 2 de 1984. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 11055) 925

ESTUDIANTES. CALIDAD. ADQUISICION.

La calidad de estudiantes se adquiere "mediante el acto voluntario de la matrícula inicial en un programa y se pierde por las causales que se señalen en los reglamentos de la respectiva institución expedidos con arreglo a las disposiciones del presente Decreto 80 de 1980. MATRICULA DE ESTUDIANTE. (Artículo 169 del Decreto 80 de 1980. Concepto. ¿Qué presupone la matrícula? Derechos de matrícula. PERDIDA DE LA CALIDAD DE ESTUDIANTE. Causas (artículo 170 del Decreto 80 de 1980. REGLAMENTOS ESTUDIANTILES. Con relación a la vida estudiantil. REVOCACION DIRECTA. Inaplicación. En los casos en que se extíngue la relación estudiante - universidad, surgida por matrícula y conservada por su renovación, no entiende la Sala que tenga que recurrirse al procedimiento previsto en el artículo 24 del Decreto 2533 de 1959 como particular o especial.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Expediente No. 4184. Salvamento de voto del doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Actor: Esperanza Caicedo de Dávila) 476

ESTUDIANTES. CONSECUENCIAS DE LA MATRICULA.

(Salvamento). La matrícula académica que otorgan los establecimientos de educación superior del orden oficial, constituye un acto administrativo de carácter subjetivo, individual y concreto en favor de aquél. INGRESO DE UN ESTUDIANTE A UNA INSTITUCION DE EDUCACION. ACTO DE ADMISION. Concepto doctrinal. ACTOS ACADEMICOS. Juzgamiento por la jurisprudencia contenciosa.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Salvamento de voto del Doctor Mario Enrique Pérez a la sentencia de abril 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Expediente No. 4184. Actor: Esperanza Caicedo de Dávila) 483

EXPORTACION FICTICIA. DELITO TIPIFICADO Y SANCIONADO.

Por el artículo 240 del Código Penal. Sólo esta conducta dolosa, desde cuando entró en vigencia el nuevo Código Penal, dejó de ser contravención y se

convirtió en delictuosa. Por consiguiente, desde entonces su conocimiento corresponde, no a la Superintendencia de Control de Cambios, sino al juez penal competente.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 15 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2045. Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Autorizada su publicación con oficio No. 278 de abril 4 de 1984) 46

F

FACULTADES PRO TEMPORE. CONFERIDAS A UN GOBERNADOR.

Uso de tales facultades después de la expiración del término concedido. Decrétase la suspensión provisional de los Decretos 400 y 485 de 1978 originarios de la Gobernación del Atlántico.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 20 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4583. Actor: Pedro Lozano Pacheco) 448

FALTAS DISCIPLINARIAS. CONCEPTO.

Cierre de despachos judiciales con motivo de un carnaval. Cierre en las oficinas públicas en días hábiles. (artículo 112 del Código de Procedimiento Civil). VACANCIA JUDICIAL. Determinación legal. (Ley 31 de 1971. Artículo 1o.). HORARIO EN LAS OFICINAS JUDICIALES. Reglamentación (Decreto 250 de 1970, artículos 126 y 127). CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR. Definición legal contenida en la Ley 95 de 1980. Artículo 1o. Jurisprudencia civil. Elementos esenciales. Diferencias. Distinción en el Derecho Administrativo.
(Sala Disciplinaria. Sentencia de marzo 26 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 1072. Actor: Alonso González Rubio. Disciplinario) 1014

FOCINE. FUNCIONES 104

FONDO DE EMPLEADOS.

Concepto. Finalidad. Autoridad máxima de los fondos (Asamblea de Asociados. Reiteración jurisprudencial). Inspección y vigilancia que sobre ellas se ejerce. FONDO DE EMPLEADOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO. Fines. Funciones de la Junta Directiva.
(Sentencia de mayo 30 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 3437. Actor: Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público) 351

FUNCIONARIOS ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL. BONIFICACION ESPECIAL.

Reconocimiento y pago.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 24 de abril de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 11186. Actor: Edilberto Beltrán R.) 329

FUNCIONARIOS PUBLICOS. INTERVENCION EN POLITICA.

Régimen de inhabilidades e impedimentos.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 1o. de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Con Salvamento de Voto del Doctor Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno. Radicación No. 2038. Autorizada la publicación con oficio de 1o. de marzo del año en curso) 39

FUNCIONARIOS PUBLICOS.

Intervención en política. Los trabajadores oficiales y los empleados o funcionarios que no estén inscritos en la carrera administrativa pueden con las salvedades indicadas en la Constitución Nacional y la ley, ser candidatos y elegidos diputados y concejales.
(Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo al Concepto de marzo 1o. de 1984. Radicación 2038) 45

FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS.

A que alude la Ley 2a. de 1984. Artículos 70, 72 y 73. Nombramiento. En parte alguna de dicha ley se señala el aplazamiento o condición de cualquier orden para la vigencia de la misma, en lo que repecta a los artículos mencionados.
Suspensión provisional del inciso segundo del artículo 9o. del Decreto 371 de 1984 proferido por el Gobierno Nacional, solamente en lo relacionado con los artículos 72 y 73 de la Ley 2a. de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 16 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 11.237. Actor: Roberto Salgado Zamudio) 182

G

GRAVAMENES DE IMPORTACION Y CONSUMO SOBRE LOS ARTICULOS QUE ADQUIERAN LOS VIAJEROS AL EXTERIOR. FORMA DE PAGO QUE DEBE UTILIZARSE EN LA ENAJENACION DE TALES ARTICULOS. POTESTAD REGLAMENTARIA.

Decrétase la nulidad de la frase: "la que únicamente podrá efectuarse en moneda extranjera" contenida en el artículo 4o. del decreto 796 de mayo 20 de 1970 expedido por el señor Presidente de la República en asocio del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y por el cual "se regula en su aspecto cambiario lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 444 de 1967".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de febrero 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Expediente No. 4078. Actor: Miguel González Rodríguez) 97

H

HUELGA.

Concepto. La ley la concibe como el último paso dentro de un proceso en el cual se están debatiendo intereses económicos opuestos del patrono y de los trabajadores cuando no ha sido posible llegar a un acuerdo por medio de

arreglo directo o la conciliación. SUSPENSION COLECTIVA DE TRABAJO. Es ilegal. (Artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo). Concepto de suspensión colectiva de trabajo. FUERO SINDICAL. Consecuencias.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de febrero 24 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7111. Actor: Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S.A.) 210

I

IMPUESTO A LA VENTA DE GASOLINA Y A.C.P.M.

Normas creadoras. ¿Cómo se liquida? Forma de pago. Beneficiario del impuesto. Competencia para resolver las reclamaciones y para tomar las medidas necesarias para el recaudo. Distinción que debe dar el Fondo Vial Nacional a dicho impuesto.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2049. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y autorizada su publicación el 13 de abril de 1984) 64

IMPUESTO A LAS VENTAS. ALIMENTOS EXENTOS, KUMIS Y YOGURT.

Productos elaborados y alimenticios no gravados específicamente.
Declárase nula la clasificación "NO CAUSA" para los productos alimenticios Kumis y Yogurt que se hallan comprendidos dentro de la posición arancelaria 04.01 en la sub-posición 04.01.01.00 a los cuales les corresponde la clasificación "EXENTOS" por ser productos elaborados y alimenticios no gravados específicamente. (Decreto Reglamentario 2810 de 1974).
(Sentencia de junio 18 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 5985. Actor: Luis Fernando Lloreda Londoño) 132

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Al exigir el Decreto 3070 de 1983, artículo 6o. inciso 2o., a las asociaciones "de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro" que no desarrollen actividades comerciales industriales o de servicios para quedar exentas del impuesto de industria y comercio, está agregando una condición no contenida en la ley reglamentada (Ley 14 de 1983), que altera, modifica o adiciona el alcance de la misma.
Suspéndese provisionalmente los efectos del inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 3070 de noviembre 3 de 1983.
(Auto de enero 30 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 10866. Actor: Asociación Colombiana de Hospitales) 159

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Prohibición a los departamentos y municipios de gravar con el Impuesto de Industria y Comercio, diversas instituciones, entre ellas las gremiales sin ánimo de lucro. Suspéndase provisionalmente los efectos del inciso segundo del artículo 6o. del Decreto 3070 de 1983 en su integridad.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de marzo 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 10902. Actor: Lucía Gaitán de Bedoya) 168

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Prohibición de los municipios de gravar las exportaciones. Declárase la nulidad de la palabra "exterior" contenida en el inciso 1o. del artículo 12 del Acuerdo No. 11 de 1974 del Concejo Municipal de la Estrella (Antioquia).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10525. Actor: John Quijano Aristizábal) 507

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

1o. El impuesto de industria y comercio es un gravamen de patente para ejercer una actividad industrial, comercial o de servicios en razón del uso de utilización de la infraestructura municipal.
Mientras la ley en forma expresa no haya excluido una determinada actividad del ámbito del tributo son los Concejos los que poseen la capacidad de reglar las actividades gravadas, fijar las exenciones y establecer las tarifas.
2o. Actividades excluidas.
3o. Ley 14 de 1983. Introducción sobre este impuesto, de elementos nuevos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9587. Actor: Silvia Giraldo Lopera) 509

IMPUESTO DE RENTA. ACTOS DE LIQUIDACION DE IMPUESTOS. RECURSO DE REPOSICION. INTERPOSICION DEL RECURSO ANTE UNA RECAUDACION.

Artículo 25 del Decreto 2821 de 1974. Interpretación. IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE GANANCIAS OCASIONALES. BASE IMPONIBLE.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de enero 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8609. Actor Lutfallah Elías Zakhour) 845

IMPUESTO DE RENTA. APORTES. PARAFISCALES.

Es claro al tenor de los artículo 5o. y 6o. de la Ley 58 de 1963, artículo 2o. del Decreto 249 de 1957 y artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, que la obligación de cancelar aportes parafiscales a las Cajas de Compensación Familiar y al ISS, nace del caracter permanente de los trabajadores a ellas vinculados
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8764. Actor: Manuel Antonio Cuéllar C.) 861

IMPUESTO DE RENTA. DEDUCCION POR PERDIDAS. CLASES DE PERDIDAS. COSTO FINANCIERO.

Relacionado con la necesidad de adquirir capital de trabajo, produce un gasto por lo tanto deducible.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de enero 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8930. Actor: Mac. Ltda. Inalba y Cía. S. C. A.) 842

IMPUESTO DE VALOR AGREGADO. SUMINISTRO DE LINEAS TELEFONICAS.

Los bienes excluidos y exentos del impuesto están clara y específicamente determinados por la ley; como entre ellos no se encuentran las instalaciones telefónicas, debe concluirse que el impuesto de valor agregado se causa con el suministro de las mismas.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 8 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2082. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno y autorizada su publicación con Oficio No. OJ-1118 de junio 12 del año en curso) 82

IMPUESTO PREDIAL DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

1o. El artículo 43 del Decreto 3130 de 1968 dispone que las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta sólo gozan de los privilegios que hayan sido recibidos por norma especial. Deben en principio pagar el impuesto predial. Si una entidad específica goza de exención, el beneficio así consagrado no puede generalizarse a todas las entidades que tienen el carácter de empresas comerciales o industriales del Estado o que sean sociedades de Economía Mixta.
2o. El acuerdo 8 de 1974 restructuró en forma general el impuesto predial en el ámbito del Distrito reduciendo toda clase de exenciones.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10663. Actor: Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero) 516

IMPUESTO DE ESPECTACULOS.

Es un tributo de carácter nacional cuyo recaudo ha sido cedido a las entidades territoriales. Suspéndese provisionalmente el artículo 7o. del Acuerdo 35 de 1981 emanado del Concejo Municipal de Bello.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No 10999. Actor: Pedro Nel Escorcia Castillo) 513

IMPUESTO SOBRE ESPECTACULOS PUBLICOS.

Exenciones. Reconocimientos: Competencia.
La competencia para reconocer de la exención del impuesto sobre espectáculos públicos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 7657. Actor: Sociedad Intercambios Culturales Ltda) 524

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Beneficiarios: Identificación. Requerimientos: Sanciones. Prueba contable.
Declárase la nulidad de la frase "o compras de activos fijos o materias primas" contenida en el numeral 1o. del artículo 4o. del Decreto 1.495 de 1978.
2o. Declárase la nulidad del numeral 4o. del artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978.
3o. En consecuencia el artículo 4o. del Decreto 1495 de 1978 se leerá así:

"A partir del año gravable de 1978 los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad deberán presentar anualmente a la Administración de Impuestos Nacionales una relación de los siguientes datos contables del año respectivo:

1o. Pagos a terceros que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT del tercero y que constituyen costo o deducción.
2o. Pasivos de cualquier índole que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT del acreedor.
3o. Retenciones en la fuente por cualquier concepto.
4o. Ingresos recibidos para terceros.
Parágrafo. Para efectos de este decreto se entiende por "pago" lo efectivamente pagado o abonado en cuenta, según el sistema contable que el contribuyente utilice.
4o. Declárase la nulidad del inciso 2o. del artículo 9o. del Decreto 1.495 de 1978. En consecuencia el artículo 9o. del mencionado decreto se leerá así:
"Las relaciones de que trata el artículo 4o. del presente decreto deberán entregarse a la Administración de Impuestos que corresponda al domicilio fiscal del declarante, dentro del plazo que se señale para presentar o adicionar la declaración de renta del año gravable al cual se refiere la información. Se exceptúa la información sobre retenciones en la fuente de que trata el numeral 5o. del artículo mencionado, la cual deberá presentarse antes del 1o. de marzo del año siguiente al gravable.
La información que se presente en las relaciones de que trata el artículo 4o. suplirá en lo pertinente a las informaciones que la ley o el reglamento exijan para presentar con la declaración de renta.
5o. Declárase la nulidad del artículo 11 del Decreto 1495 de 1978.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9672. Actor: Ruth Younes de Salcedo) 146

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS. LIQUIDACIONES PRIVADAS Y PRACTICADAS. FIRMEZA.

1o. (Ley 20 de 1979, artículo 26). Para hacerse acreedor el contribuyente al tratamiento especial en ella consagrado, éste deberá probar dentro del término allí señalado, que se encuentra a paz y salvo con los impuestos de renta y ventas, pero no indica la ley el medio probatorio por el cual tal hecho debe demostrarse, el cual obviamente debe ser en principio, el respectivo CERTIFICADO, debidamente expedido por las autoridades competentes.
2o. Copias del certificado. Valor probatorio. (Artículo 254 del Código de Procedimiento Civil).
Declárase la nulidad del ordinal 4o. del literal b) de la Instrucción No. 6 de 19 de junio de 1979 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, Sub-dirección Jurídica, Sección Relatoría, que dice: "4o. No tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticados".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6370. Actor: Vicente Amaya Mantilla) 433

IMPUESTOS. APORTES AL SENA.

1o. Nómina mensual de salarios. Concepto. (Artículo 9o. del Decreto 118 de 1957).

2o. Base para calcular los aportes (artículo 12 de la Ley 56 de 1973). Porcentajes. La noción de salarios es la que ha de limitar la base del aporte, noción que ha de conformarse con las que al respecto trae el Código Laboral en sus artículos 127 y 128. Las primas habituales, por oposición a las ocasionales, constituyen salario, y las prestaciones sociales no son salario.
¿Las primas extralegales pactadas en la convención colectiva de trabajo son ocasionales?
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 7787. Actor: Envases Rok S.A.) 874

IMPUESTOS. LIBROS DE CONTABILIDAD.

No ha exigido la ley que lleven contabilidad los socios de sociedades colectivas por sus participaciones pues es claro que la tarea de la sociedad es distinta a la del socio y que la sociedad tiene su propia personería, así exista solidaridad en las responsabilidades respecto de terceros de la sociedad y del socio. EMPRESA DE TRANSPORTES Y PROPIETARIOS DE VEHICULOS. La obligación de llevar la contabilidad es de la empresa y no del propietario de la Empresa. DUDAS A FAVOR DEL CONTRIBUYENTE.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9122. Actor: Luis Asisclo González Rubio) 857

IMPUESTOS. LICORES NACIONALES Y EXTRANJEROS. MONOPOLIOS.

1o. Si bien el artículo 1o. de la Ley VIII de 1909, cedió a los departamentos específicamente las ventas derivadas de "Licores Nacionales", en cambio el artículo 97, ordinal 36 del Código de Régimen Político y Municipal no hizo esa distinción y de manera general facultó para monopolizar la (. . .) de licores destilados embriagantes "sin discriminar su origen nacional o extranjero".
2o. La facultad de monopolizar la comercialización de licores extranjeros conferida a los departamentos, cumple objetivos de orden público en defensa de la seguridad y la salubridad colectivas con una doble funcionalidad: asegurar el control de calidad y desestimular el consumo por el aumento de precios:
3o. Dentro de los criterios que en la legislación colombiana han inspirado la facultad de los departamentos para monopolizar el comercio de los licores extranjeros ésta puede ejercerse, tanto sobre licores procedentes de países signatarios del PACTO ANDINO como de los licores procedentes de cualquier otro país, sin que en modo alguno se afecten las disposiciones contenidas en el ACUERDO SUBREGIONAL ANDINO, aprobado por la Ley 8a. de 1973.
Declárase la nulidad de la palabra "importados" empleada por el artículo 1o. de la Ordenanza número 29 de noviembre 29 de 1977, dictada por la Asamblea Departamental de Antioquia y en su lugar debe considerarse como empleada la palabra "introducirlos".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 7806. Actor: Miguel González Rodríguez) 456

IMPUESTOS. PASIVOS PATRIMONIALES Y PASIVOS EN MATERIA DE COMPARACION PATRIMONIAL.

Diferencias. COMPARACION PATRIMONIAL.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8891. Actor: González Mutis Cía.) 851

IMPUESTOS. PRUEBA CONTABLE.

La contabilidad en materia tributaria hace fe siempre y cuando cumpla un requisito esencial, el respaldo de comprobantes externos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7001. Actor: Gilberto Arturo Vallejo O.) 854

IMPUESTOS. PRUEBAS.

Debe haber un principio de prueba en el trámite administrativo para que la prueba sea admisible en la jurisdicción.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8891. Actor: González Mutis Cía.) 851

IMPUESTOS. REGIMEN PROCEDIMENTAL.

La Ley 52 de 1977 no mencionó para nada el régimen procedimental para poder recurrir ante las autoridades jurisdiccionales una vez agotada la vía gubernativa. Declárase la nulidad del artículo 50 del Decreto Reglamentario No. 825 de 1978.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 5597. Actor: Carlos A. Ramírez Guerrero) 129

IMPUESTOS.

Términos para la realización de los actos de los contribuyentes y de la Dirección de Impuestos. Declárase la nulidad del literal "b" de la Circular No. 5 de 6 de febrero de 1980 dictada por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 22 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6887. Actor: Alejandro Páez Murillo) 423

INDICE DE PRECIOS Y VARIACION PORCENTUAL DEL INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR.

Conceptos. El índice de precios es sólo un dato estadístico, una cifra especulativa, sólo un punto de referencia que apenas sirve para medir variaciones. De suerte, cuando la Ley 54 de 1977 habló de índices de precios se estaba refiriendo implícitamente a variaciones de índices. INCREMENTO PORCENTUAL. El término "incremento porcentual", por definición y uso en la técnica, está implícito en la expresión "índice de precios al consumidor", con referencia a dos fechas concretas.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 5886. Actor: Héctor Raúl Corchuelo Navarrete) 108

INSTITUCION OFICIAL DE EDUCACION SUPERIOR.

Autonomía. Estatuto general. Celebración de contratos. Suscripción de contratos. Vinculación de docentes de cátedra: Prestaciones. Vinculación por contrato de prestación de servicios. Junta de licitaciones y contratos. Convenios inter-institucionales.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2023. Consulta del Gobierno formulada por el Ministro de Educación Nacional. Recibida en Relatoría en mayo de 1984) 50

INSUBSISTENCIA EN EL DAS.

(Artículo 35 del Decreto 625 de 1974). El Jefe del DAS puede declarar insubsistente el nombramiento de un agente cuando a su juicio, sea inconveniente su permanencia en la institución, aunque se esté adelantando una investigación de tipo penal por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones y obviamente, si puede hacerlo en esos casos, con mayor razón lo podrá hacer respecto de agentes que no se encuentran en dicha situación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de junio 8 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 6191. Actor: Alfredo Hernán Goyes Armero) 357

INTERVENCION DE TERCEROS

Bajo la Ley 167 de 1941 y bajo el nuevo Código Contencioso Administrativo. (Artículo 1o. del Decreto 01 de 1984).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de junio 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 10752. Actor: Dolly Pedraza de Arenas) 1005

J

JERARQUIA NORMATIVA.

De conformidad con el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal que consagra el principio de la jerarquía de las reglas positivas de derechos, la de mayor categoría prevalece sobre la de rango inferior y debe por tanto, aplicarse de preferencia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de marzo 21 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7307. Actor: Joaquín Arboleda Valencia) 305

JUNTAS ADMINISTRADORAS DE ENTES MUNICIPALES.

No es válida la designación de Concejales, principales, o suplentes para las Juntas Administradoras de entes municipales.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2069. Consultas del Gobierno. Autorizada su publicación en abril 13 de 1984) 69

JURISDICCION COACTIVA. COMPETENCIA PARA ADELANTAR PROCESOS DE COBRO POR JURISDICCION COACTIVA.

El artículo 213 del Código de Régimen Político y Municipal le asigna competencia a los Tesoreros o Recaudadores Municipales y por lo tanto los Concejos no pueden crear ("JUECES CON ATRIBUCIONES PARA IMPULSAR JUICIOS Y LLEVARLOS A SU TOTAL EJECUCION") ese tipo de cargos y asignarles sus funciones.
Declárase la nulidad de las siguientes frases del Acuerdo No. 20 de noviembre 30 de 1965 del Concejo Municipal de Cartagena:

a) Artículo 1o. "La que se compondrá de un juez de ejecuciones fiscales, que debe ser abogado titulado".
b) Artículo 2o. "Del juez de ejecuciones fiscales".
c) Artículo 2o. "b) Impulsar los juicios correspondientes y llevarlos a su entera ejecución bajo la dirección y control del tesorero".
d) Artículo 2o. Parágrafo 1o.: "Del juez de ejecuciones fiscales, y
e) Artículo 3o. "Iniciar los juicios correspondientes en orden a obtener la plena posesión de esos inmuebles y lanzar a todas aquellas personas que ocupen o puedan ocupar bienes de propiedad municipal".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 5889. Actor: Clodomiro Herrera Meñaca) 503

JURISDICCION COACTIVA. EXCEPCIONES.

Según expresa prohibición del artículo 56 del Código de Procedimiento Civil inciso 2o.: "En este proceso no se podrán debatir cuestiones que debieron ser objeto de recurso por la vía gubernativa".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9536. Actor: Junta de Valorización Departamental del Valle C/. Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y Fondo Aeronáutico Nacional) 880

JURISPRUDENCIA.

1o. La jurisprudencia no produce doctrina imperativa en ningún caso, así sea reiterativa. (Artículo 4o., Ley 169 de 1886).
2o. ¿Qué constituye jurisprudencia?
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2069. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación el 13 de abril de 1984) 70

L

LEY. NULIDAD POR VIOLACION. ENCABEZAMIENTO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.

La nulidad por violación de la ley no se da por el simple hecho de que en el encabezamiento de un acto administrativo, se omita la invocación de la norma legal en la cual se apoya y otorga la competencia, ni hay por ello expedición irregular, pues por lo menos en este caso, es la ley la que concede esa competencia, y la ley es o debe ser de conocimiento público.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6309. Actor: Gonzálo Gómez Jaramillo) 521

LICENCIAS ADMINISTRATIVAS POR ARRENDAMIENTO.

Solicitud. Requisitos. (Artículo 10, Ley 63 de 1977. Certificado del Registrador: finalidad. Linderos en propiedad horizontal.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4427. Actor: Jorge Cáceres Méndez) 500

LICENCIAS O PERMISOS DE CONSTRUCCION. FUNDAMENTO.

En el principio Constitucional según el cual la propiedad tiene una función social y por ello implica obligaciones. Para concederlas la administración municipal estudia si la edificación que se proyecta construir según los planos y proyectos arquitectónicos que a ella se le presentan se ciñe en un todo a las disposiciones limitativas de la propiedad que se ha dictado, si considera que se cumplen todos los requisitos legales y si la futura construcción estará acorde en un todo con el ordenamiento respectivo, otorgará la licencia. ACTO DE APROBACION DE PLANOS DEL PROYECTO. No confiere el derecho a construir, este derecho sólo nace con la licencia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 28 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4132. actor: Sociedad Constructora Traza Ltda.) 531

LITISCONSORCIO NECESARIO.

Integración del Contradictorio. Aplicación del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. Lo importante de este artículo no es su texto mismo sino la institución procesal que significa como medida de saneamiento destinada a desarrollar el principio de la economía procesal.
(Salvamento de voto del Consejero Doctor Eduardo Suescún Monroy a la sentencia de mayo 22 de 1984. Expediente No. 1871) 752

LOTERIAS DE LOS TERRITORIOS NACIONALES.

Naturaleza jurídica.

(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2046. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y autorizada la publicación con Oficio No. 1.814 de mayo 10 de 1984) 59

M

MEDIOS DE COMUNICACION. REGLAMENTACION EN MATERIA POSTAL.

Sobre oficial de correo colombiano.
Es nulo el Decreto No. 665 expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones el 8 de marzo de 1983, decreto "por el cual se adopta el sobre oficial de correo colombiano y se dictan otras disposiciones"

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4461. Actor: Héctor Gallego Osorio) 138

MINAS.

Normación integral sobre minas. (Ley 60 de 1967, Ley 20 de 1969. Decreto 1275 de 1970). Cualquier contrato, permiso, concesión, aporte, etc. vigente al momento de entrar a regir la Ley 20 de 1969, no puede ser desconocido por nadie. Modalidades de explotación: Concesión, aporte y permiso. Las minas que pertenezcan a la Nación, que lo son todas, pueden ser entregadas a particulares aun las que se encuentran en zonas de reserva especial, a título de concesión o de aporte, siempre y cuando no tuvieren al momento de la expedición de la Ley 20 de 1969, situaciones subjetivas y concretas en favor de terceros, puesto que éstos no pueden ser afectados por una norma posterior, en sentido contrario. REGIMEN DE APORTE. Por el Decreto 1275 de 1970.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 1764. Actor: Compañía Esmeraldífica de Colombia S.O.M) 191

MONEDA. FIJACION DE LA LEY, PESO, TIPO Y DENOMINACION.

Es atribución del Congreso Nacional todo lo relativo a "Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda" conforme al artículo 76-15 de la Constitución la que incluye naturalmente el control del flujo de moneda y de los cuasidineros en circulación para cuya regulación se creó por el legislador la Junta Monetaria.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expedientes Nos. 6444 y 6451. Actor: Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Méndez) 390

MONOPOLIOS.

De licores. EMPRESA. Definición del Código Sustantivo del Trabajo y noción fiscal. Concepto de monopolio. INDEMNIZACION POR MONOPOLIO Y/O EXPROPIACION. Finalidad. INDEMNIZACION. Concepto. ¿Cuándo hay que indemnizar? Jurisprudencia. Indemnización previa. Artículo 31 de la Constitución Nacional. MONOPOLIO DE LICORES. Con el hipotético establecimiento real del monopolio de los departamentos sobre "actividades" relacionadas con la introducción y venta de licores destilados, necesariamente se afecta la actividad privada de quienes importan y distribuyen licores importados y la privación del derecho a estas determinadas y concretas actividades es la fuente principal de su indemnización. Creación legal del monopolio de licores. Legislación evolutiva.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2028. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación en abril 13 de 1984) 74

NOTARIOS. EDAD DE RETIRO FORZOSO.

Supéndese provisionalmente el artículo 75 del Decreto No. 2148 de 1983, expedido por el Señor Presidente de la República.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 15 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10548. Actor: Jorge Edgardo González V.) 164

NOTARIOS. EDAD DE RETIRO FORZOSO.

Suspéndense provisionalmente el artículo 75 del Decreto Reglamentario No. 2148 de 1983.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de junio 18 de 1984. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 10537. Actor: Ricardo García Acevedo) 86

NOTARIOS.

Nombramiento en propiedad.
Supéndese las expresiones "el nombramiento de notarios en propiedad no procede sino mediante concurso" y "sólo procede el nombramiento en interinidad", contenidas en el artículo 84 del Decreto No. 2148 de 1983.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 30 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10766. Actor: Esther Elena Mercado Jaraba) 170

NOTIFICACION EN LA VIA GUBERNATIVA.

Artículo 12 del Decreto No. 2733 de 1959. Notificación irregular. Consecuencias. ¿Se puede subsanar? Falta de notificación legal. Consecuencias.
(Sentencia de junio 15 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 3743. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S.A.) 379

NULIDAD PROCESAL. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.

Admisión y trámite del recurso sin resolver sobre la nulidad procesal.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de mayo 15 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 11060. Actor: Héctor Manuel Barragán Collazos. Con salvamento de voto del Doctor Jorge Valencia Arango) 989

NULIDAD PROCESAL. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.

Admisión y trámite del recurso sin resolver sobre la nulidad procesal. Competencia para decidir la nulidad propuesta.
(Salvamento de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango, al Auto de mayo 15 de 1984. Expediente No. 11060) 990

NULIDADES PROCESALES.

Falta de COMPETENCIA, sí es causal de nulidad en los procesos de la jurisdicción contencioso administrativa.
"Opina el apoderado del demandante que de no ser competente el Consejo de Estado no cabe declarar la nulidad de la actuación sino remitir el negocio al

Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues, en su concepto la falta de competencia no está prevista como causal de nulidad para los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
"No cree la Sala Unitaria que tenga aplicación en este caso el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues él regula exclusivamente el trámite de los conflictos de competencia y una de las consecuencias de su solución, que es la declaración de incompetencia. Tan cierto es lo anterior que el mismo Código de Procedimiento Civil prevé, en el numeral 2 de su artículo 152, la falta de competencia como causal de nulidad.
"Considera la Sala Unitaria que la falta de competencia sí es causal de nulidad en los procesos de esta jurisdicción, lo que sucede es que el Código Contencioso Administrativo hizo una errónea hibridación de dos instituciones distintas, al contemplarlas en forma negativa, es decir, al establecer su falta como causal de nulidad: la jurisdicción y la competencia.
"Cabe entonces declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 113 (ordinal 1o.) del Código Contencioso Administrativo, y ordenar la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 18 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7138. Actor: Efraín Mayorga Uribe. Ver expediente No. 7323. Enero 19 de 1984) 207

P

PATENTE DE INVENCION.

Procedimiento que debe seguirse para efectos de la Admisión de la solicitud de patente (artículos 543 a 546 del Código de Comercio).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de marzo 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4200. Actor: Stauffer Chemical Company) 300

PATENTE DE PRIVILEGIO TEMPORAL

1o. ¿A quién corresponde concederla?
2o. ¿Qué es patentable?
3o. ¿Qué es una invención?
Decláranse nulas las resoluciones Nos. 211 de 12 de agosto de 1977 y 1372 de 2 de mayo de 1980 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y la No. 617 de 25 de mayo de 1982 expedida por el Ministro de Desarrollo Económico.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4320. Actor: Monsanto Company) 418

PENSION DE JUBILACION PARA MAESTROS DE ESCUELAS PRIMARIAS OFICIALES.

Compatibilidad de la pensión nacional de jubilación con las reconocidas por las demás entidades de Derecho Público. (Artículo 1o. de la Ley 114 de 1913). Liquidación de la pensión. Requisitos para su reconocimiento.

(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de noviembre 27 de 1979. Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 1344. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro del Trabajo y Seguridad Social. Autorizada su publicación y remitida a la Relatoría en febrero de 1984) 7

PENSIONADOS NO AFILIADOS. CUOTAS.

(Artículo 10 de la Ley 4a. de 1976).
¿A quién deben pasar?
Declárase nulo el literal d) del artículo 1o. de la Resolución No. 2551 de 1982 expedida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 8 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 8916. Actor: Esperanza Castillo) 219

PERJUICIOS. ACTUALIZACION.

La reparación comprende, en tratándose de sumas de dinero, no sólo de intereses, que sería el rendimiento de un capital, sino, también de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero para alcanzar ese propósito de ajuste de la condena al valor real de la moneda cuando se verifica el pago, por una parte, debe pedirse en la demanda, esto es, constituir uno de los aspectos de la pretensión y, por la otra, ser decretada en la sentencia. SENTENCIA CONDENATORIA IN GENERE, los términos de la liquidación de los perjuicios deben guardar plena concordancia con el fallo que a su vez, lo tendrá en lo pedido.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. providencia de abril 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3603. Actor: Ciro Alberto Ordóñez) 655

POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA. SUPERBANCARIA.

A través de esta función las empresas privadas se sujetan a una permanente vigilancia en busca de tres propósitos: 1o. Control de tutela, 2o. La defensa del orden público-económico y, 3o. Evitar los abusos del derecho.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9350. Actor: Dario Laguado Monsalve) 320

POLIZAS EXPEDIDAS POR SEGUROS DEL ESTADO. EXCEPCION DE PRESCRIPCION.

Aplicación del artículo 2536 del Código de Comercio. Término de prescripción: diez años. El artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguros, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado, diferentes de los que existen entre el asegurado y el Estado en el cobro ejecutivo.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.931. Actor: Ejecutivo de la Nación contra Mario Herrera S. y Humberto Tehelen S. y Cía Ltda. Araújo Quiñones Flavio. Seguros del Estado) 878

POTESTAD REGLAMENTARIA.

Los principios sobre jerarquía de las reglas de derecho trazan los límites de la potestad reglamentaria. DECRETO REGLAMENTARIO. Tiene como fun-

ción exclusiva proveer a la adecuada ejecución de los mandatos del legislador. REGLAMENTO. Es un desarrollo de la ley y sus alcances se mantienen esencialmente dentro de los límites de ella.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de febrero 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.824. Actor: Alberto León Zuluaga) 166

PRECIOS Y SOBREPRECIOS. CINES.

La fijación de precios y de sobreprecios para el derecho a concurrir a la exposición de una presentación de cine, es función otorgada claramente al Ministerio de Comunicaciones por el Decreto-Ley 129 de 1976, y la cual no debe confundirse con la imposición de gravámenes impuestos a contribuyentes. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de marzo 18 de 1982. Seción Primera. Expediente No. 3514). ESPECTACULOS PUBLICOS. Al Ministerio de Desarrollo se le da la facultad de fijar los precios. CINEMATOGRAFIA. Al Ministerio de Comunicaciones por medio del Decreto 129 literal m) del artículo 2o., se le da específicamente la facultad de fijar PRECIOS Y SOBREPRECIOS para la producción de Cinematográficas, según su naturaleza de nacionales o extranjeros y la clasificación dada a las salas cinematográficas. SOBREPRECIOS. No son impuestos. FOCINE. Funciones.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de febrero 21 de 1984. Expediente No. 4250. Actor: Aster González Rodas. Decretos del Gobierno) 104

PROCESOS DE EXPROPIACION DE INMUEBLES ADELANTADOS POR ENTIDADES PUBLICAS.

Incompetencia del Consejo de Estado. Competencia de los Juzgados Civiles del Circuito (Numeral 6o. del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil). CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 20 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4676) 1003

PROCESOS DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO. DETERMINACION DE LA CUANTIA.

Para efectos de la competencia. Artículo 131, numeral 10 (inciso final o tercero) Código Contencioso Administrativo. (Decreto No. 01 de 1984 en armonía con el numeral 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. Interpretación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 29 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4230. Actor: Jesús Alfonso Monsalve Arango) 1009

PROPIEDAD HORIZONTAL.

Dentro de la propiedad horizontal existen dos especies de propiedad. 1) Privada y 2) Comunitaria. Reglamentación legal. Bienes comunes: Concepto. Derechos comunes, subjetivos y patrimoniales. EXPENSAS NECESARIAS DE ADMINISTRACION, CONSERVACION Y REPARACION DE LOS BIENES COMUNES Y PRIMA DE SERVICIOS. Distribución.
Declárase la nulidad del inciso segundo, literal f) del artículo 4o. del Decreto No. 107 de 1983. 1071

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Expediente No. 4242. Actor: Juan Manuel Peña Dávila) 115

PROPIEDAD INTELECTUAL.

Concepto (artículo 5o. de la Ley 69 de 1968). ¿Cómo debe adquirirse dicha propiedad? Registro de nombres y revistas de periódicos tanto escritos como hablados. Omisión en la remisión de ejemplares de los periódicos cuyos nombres estén inscritos en el registro de propiedad intelectual. No hay sanción.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de febrero 5 de 1980. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 1347. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Gobierno. Autorizada su publicación y remitida a la Relatoría en febrero de 1984) 12

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. PROCEDENCIA.

Contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de junio 1o. de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 001. Actor: Aster González Rodas) 977

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.

No procede cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposiciones posteriores al reconocimiento, por no figurar dicha causal en el Decreto 01 de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 21 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 10.711. Actor: Hernando Alonso) 979

RECURSOS NATURALES RENOVABLES.

Decreto 2811 de 1974. Aprovechamiento forestal. Efecto ambiental. Peligros presumibles: aviso. Concesión de permisos.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de febrero 29 1980. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 1367. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministerio de Agricultura. Autorizada su publicación de acuerdo con la Ley 11 de 1975 en mayo 16 de 1984) 61

REGLAMENTOS CONSTITUCIONALES O AUTONOMOS.

(Numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional) ¿Qué clase de decretos tienen fuerza de ley?
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expedientes Nos. 6444 y 6451. Actor: Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Méndez) 390

REGLAMENTOS CONSTITUCIONALES O AUTONOMOS.

(Aclaración de voto).
1o. El Presidente no puede modificar ni derogar leyes en uso de la facultad consagrada en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

2o. No tienen fuerza de ley: Dado su carácter administrativo, son normas de menor jerarquía que la ley y dependen y se sujetan a ésta.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Aclaración de voto del Doctor Enrique Low Murtra a la sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expedientes Nos. 6444 y 6451. Actor: Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Méndez) 400

REINTEGRO DE DIVISAS.

Provenientes de exportaciones están sometidas a un régimen riguroso y especial que puede ser modificado por las autoridades monetarias según las conveniencias nacionales, para mantener el equilibrio en los medios de pago internos de suerte que quien exporte está necesariamente sometido a que su operación de reintegro de las divisas se cumpla dentro del término vigente en el momento en que se realice el mencionado reintegro.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 11 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortíz Amaya. Expediente No. 6718. Actor: Sociedad Minera Boyacense. Con aclaración de voto del doctor Carmelo Martínez Conn) 365

REINTEGRO DE DIVISAS.

(Aclaración de voto del Consejero Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente 6718. Actor: Sociedad Minera Boyacense Ltda) 379

REMESAS AL EXTERIOR DE RENTAS GENERADAS EN COLOMBIA.

Retenciones del valor de los impuestos
Declárase la nulidad de la frase "De esta cifra se deducirán los impuestos correspondientes" que forma parte del artículo 2o. de la Resolución No. 1 de julio 24 de 1973 dictada por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 5 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 6640. Actor: Carlos Urrutia Valenzuela) 360

RENTA PRESUNTIVA.

Ley 9a. de 1983. Reglamentación. Ingreso neto. Suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 353 de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 0003. Actor: Alejandro Páez Murillo) 173

RESPONSABILIDAD CONJUNTA DEL ESTADO Y DEL AGENTE. INDEMNIZACION.

No puede haber doble indemnización. Razones.
Si el lesionado persigue, por la vía ordinaria, el resarcimiento de perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta; el daño ya ha sido visto y definido; algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE, a través de la justicia ordinaria. Eso quiere denotar, que hecha la fijación de la indemnización, ha de producir los efectos propios de la determinación del daño frente a la víctima, puesto que

absurdo sería que por una jurisdicción se lograsen señalar los perjuicios y por la otra se puedan apreciar otros, cuando, alrededor del daño, éste debe ser igual en una y en otra. COEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD O RESPONSABILIDAD CONJUNTA. La coexistencia de responsabilidad o responsabilidad conjunta, no permite a la víctima exigir indemnización que exceda el valor del perjuicio sufrido y que a juicio del juez penal se concretó en la suma determinada en la sentencia de condena.
(Sentencia de abril 12 de 1984. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2586. Actor: Eduardo Rincón) 555

RESPONSABILIDAD DEL AGENTE. ATENUACION.

Es bien sabido que la ley atenúa en alto porcentaje la responsabilidad cuando al ejecutar un hecho en las circunstancias del artículo 24 de la Constitución Nacional, el agente se excede en los límites impuestos por la norma legal, la autoridad y la necesidad. (Véase artículo 26 de la Constitución Nacional).
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.768. Actor: Clara Inés Camargo viuda de Linares. Indemnizaciones) 949

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ABSOLUCION DEL AUTOR EN PROCESO PENAL.

La absolución del autor de un disparo en un proceso penal, no es óbice para el ejercicio de la acción contencioso administrativa enderezada a obtener el resarcimiento de los perjuicios que según los demandantes recibieron a causa de una falla o falta de los servicios de la administración.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10768. Actor: Clara Inés Camargo viuda de Linares. Indemnizaciones) 949

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ACCIDENTES SUFRIDOS POR AGENTES DEL ESTADO. INDEMNIZACION.

Cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que ha sido causado por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa. LAS PRESTACIONES PERCIBIDAS POR ESOS HECHOS DEBERAN DESCONTARSE DE LA INDEMNIZACION TOTAL. CIUDADANOS: Igualdad ante la ley. No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión. PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. Reconocimiento. HIJO POSTUMO. No tiene derecho a perjuicios morales.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 13 de 1983. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.807. Actor: Martha Lucía Arango viuda de Díaz. Salvamento de voto de los doctores Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco, Jorge Valencia Arango y Joaquín Vanín Tello. El doctor Samuel Buitrago Hurtado se adhirió al salvamento de voto del Doctor Joaquín Vanín Tello) 926

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ACCIDENTES.

(Salvamento de voto). No parece lógico que quienes estén rodeados de mayores garantías para hacer efectivo su derecho, (caso *sub-júdice* militar) aunque

en casos especiales la cuantificación de ese derecho les pudiese ser desfavorable, y que en razón de su particular investidura puedan hacerlo efectivo, en un momento dado puedan alegar su carácter de simple ciudadano para solicitar una indemnización distinta.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Salvamento de voto del Doctor Roberto Suárez Franco a la sentencia de diciembre 13 de 1983. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10807. Actor: Martha Lucía Arango viuda de Díaz) 932

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ACCIDENTES SUFRIDOS POR AGENTES DEL ESTADO.

(Salvamento de voto). Los integrantes del "núcleo familiar" determinado como beneficiario de las prestaciones e indemnizaciones predeterminadas por la legislación laboral, por accidentes y enfermedades profesionales o simplemente por muerte (artículo 17, literal d). Ley 6a. de 1945 y 11. Ley 64 de 1946) en el campo de los trabajadores nacionales (funcionarios, empleados u obreros) carecen de acción para reclamar del Estado la indemnización de perjuicios con base en la responsabilidad por falla del servicio o de la administración. Las personas distintas a tal círculo familiar parientes o no que resulten perjudicados con la muerte del trabajador oficial, lógicamente sí pueden accionar contra el Estado.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Salvamento de voto del Doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de diciembre 13 de 1983. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.807. Actor: Martha Lucía Arango viuda de Díaz) 933

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ACCIDENTES.

(Salvamento de voto). Lo que las disposiciones tienen en cuenta, es la culpa del patrono, como lo prevé de manera expresa el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo respecto de los TRABAJADORES PARTICULARES y lo consagró tácitamente para los mismos el literal b) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945. ACCIDENTES DE TRABAJO. No hay accidente de trabajo cuando falta uno de los elementos esenciales que lo constituyen, como es la relación de causalidad o de ocasionalidad, o sea, el nexo entre el trabajo y el hecho imprevisto y, repentino que produjo el daño orgánico. EL CONCEPTO ACCIDENTE DE TRABAJO EXCLUYE EL DE RESPONSABILIDAD POR FALTA O FALLA DEL SERVICIO, puesto que la última supone que el hecho causante de la lesión es ajeno a toda relación laboral entre el Estado o la entidad pública y la víctima del daño y para el primero esa relación constituye premisa esencial. CULPA PATRONAL COMO CAUSA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO. No es aplicable esta teoría en las relaciones de naturaleza estatutaria, es decir, legal y reglamentaria, cuyo régimen es estrictamente legal, de derecho público. PRESTACIONES POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL. 1o. La Ley 6a. de 1945 las omitió en su artículo 17, respecto de los servidores del Estado. 2) Luego el 1600 de 1945 en su artículo 11 dispuso la aplicación a los afiliados de la Caja Nacional de Previsión de las mismas indemnizaciones para los trabajadores particulares. 3) Ley 64 de 1946, artículo 10, dispuso que los trabajadores nacionales tendrán también derecho a las indemnizaciones por accidentes y enfermedades profesionales. INDEMNIZACION PLENA POR CULPA PATRONAL. Las disposiciones de empleados oficiales no hacen de ella ninguna referencia. REPARACION DE LOS PERJUICIOS.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Salvamento de voto del Doctor

Joaquín Vanín Tello a la sentencia de diciembre 13 de 1983. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.807. Actor: Matha Lucía Arango viuda de Díaz) 941

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Elementos que determinan la responsabilidad y la obligación de carácter indemnizatorio.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.768. Actor: Clara Inés viuda de Linares. Indemnizaciones) 949

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION.

1o. La responsabilidad no es absoluta o incondicional sino que es relativa y condicionada a determinadas circunstancias entre las cuales una de las más importantes ES LA SOLICITUD PARA QUE EL ESTADO ACTUE EN DETERMINADO SENTIDO PARA LA PROTECCION DEL CIUDADANO.
2o. Requisitos necesarios para derivar responsabilidad del Estado por falla de servicio por omisión.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de junio 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 11.014. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Recursos de Súplica. Salvamento de voto de los Doctores Carlos Betancur Jaramillo, Enrique Low Murtra, Alvaro Orejuela Gómez y Gustavo Humberto Rodríguez) 887

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION.

(Salvamento de voto).
1o. No se requiere querella formal si la Administración tiene claro conocimiento, indubitable conocimiento de que se atropella a un juez o un magistrado, no es facultativo suyo el proporcionarle protección. Debe protegerlo *muto propio*, como parte esencial de su propia función, como elemento intrínseco, o proporcionar justicia que es atributo suyo exclusivo y excluyente, que constituye parte fundamental de su existencia, que no puede dejar de proporcionar, pues ello nace de la esencia misma del Estado y está consagrada en nuestra Constitución. (Artículo 55 aquí la falla del servicio ocurre cuando se actúa con conocimiento de causa, incluso sin querella).
2o. Violación de la Jurisprudencia, por aplicación indebida.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Salvamento de voto de los Doctores Carlos Betancur Jaramillo y Enrique Low Murtra, adhesión por parte de los doctores Alvaro Orejuela Gómez y Gustavo Humberto Rodríguez a la sentencia de junio 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 11.014. Actor: Ligia Calderón de Córdoba) 894

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. SENTENCIA PENAL. VALOR PROBATORIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

De acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal la sentencia condenatoria constituye plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y no podrá ponerse en duda en otro proceso. Y aunque en el Proceso Contencioso Administrativo no se juzgue de nuevo la conducta penal del sindicado, los hechos permiten hacer una nueva inferencia en una esfera jurídica diferente,

cual es la de la falla del servicio. Nada impide así que la misma conducta pueda ser constitutiva de delito y configurativa de una falla del servicio al subsumirse en dos normas con efectos y alcances diferentes.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 10.976. Actor: Ana Vanegas de Cabrera y otros. Con salvamento de voto de los Doctores Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn y Jorge Valencia Arango) 967

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. SENTENCIA PENAL. VALOR PROBATORIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO PENAL.

Las pruebas practicadas en tales procesos en los cuales no son partes las personas de derecho público de quienes se pretende la correspondiente indemnización, no pueden ser tratados al tenor del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil la responsabilidad del Estado surge del Título III de la Constitución Nacional y no del Código Civil.
(Salvamento de voto de los Consejeros Doctores Jorge Valencia Arango, Enrique Low Murtra y Carmelo Martínez Conn a la sentencia de Sala Plena. Expediente No. 10.976. Actor: Ana Vanegas de Cabrera) 976

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. OPERACIONES DE SEGURIDAD Y CONTROL PRACTICADA POR EL EJERCITO NACIONAL.

Para cumplir con los deberes la autoridad no se puede revestir de conductas que superen el normal ejercicio de las mismas, para atender el mandato constitucional de proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia. USO DE LAS ARMAS en casos extremadamente excepcionales, es el último recurso, cuando han sido ineficaces los medios persuasivos disponibles para llamar la atención a las personas a fin de que sean atendidas las órdenes que imparten los miembros del Ejército en un procedimiento.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 7 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3152. Actor: Armando Emilio Angel Londoño) 567

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Todos los problemas de la responsabilidad deben estudiarse y resolverse teniendo en cuenta las propias condiciones y limitaciones de la realidad nacional y del medio en el cual se desarrollan. VACUNACION MASIVA. FALLA DEL SERVICIO. TEORIA DEL RIESGO ESPECIAL.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 3012. Actor: Bernardo Ortiz y Julia Maldonado. Con aclaración de voto del Doctor Jorge Valencia Arango) 582

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL

(Aclaración de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de 28 de junio de 1984. Expediente No. 3012) 588

RESPONSABILIDAD POR FUNCION JURISDICCIONAL.

El Estado no es responsable por razón de la administración de justicia. Los actos jurisdiccionales escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2582. Actor: Rita Alzamora viuda de Mancini) 574

RESPONSABILIDAD SIN FALTA POR RIESGO EXCEPCIONAL.

Tiene ocurrencia cuando el Estado en desarrollo de una obra de Servicio Público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestas a un "riesgo de naturaleza excepcional el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio. (Reiteración jurisprudencial. Expediente No. 2744).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 2846. Actor: Gilberto Díaz Vélez con aclaración de voto del Doctor Carlos Betancur Jaramillo y el Doctor José Alejandro Bonivento Fernández). 544

RESPONSABILIDAD SIN FALTA. CONDICIONADA POR RIESGO EXCEPCIONAL. EL HECHO DE LAS COSAS.

La responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como teoría subsidiaria de aplicación excepcional. RIESGO EXCEPCIONAL. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 2744. Actor: Enrique Mejía Ruiz) 540

RETENCION EN LA FUENTE.

Suspensión provisional de la frase siguiente del artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983: "y de contratos de prestación de construcción, urbanización y general de confección de obra material de bien inmuebles".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 10 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 10793. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores) 161

RETENCION EN LA FUENTE.

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 Código Sustantivo del Trabajo que no constituye salario. ACTO ADMINISTRATIVO. ANULADO O SUSPENDIDO PROHIBICION DE REPRODUCIRLO. (Artículo 99 del Código Conten-

cioso Administrativo). En forma expresa la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso Administrativo, en su artículo 99 prohibe 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.
Declárase la nulidad de las siguientes frases del artículo 2o. del Decreto 3819 de diciembre 30 de 1982 expedido por el Gobierno Nacional.
"I. 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".
"2o. ORDINAL 3o. Literal A.
"Se toma la totalidad de los ingresos laborales gravables".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 6 de abril de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.192. Actor: Héctor Gallego Osorio) 112

RETENCION EN LA FUENTE.

Contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble. SERVICIOS. NOCION. Se confirma la suspensión provisional decretada en Auto de febrero 10 de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 14 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 10793 Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores. Con salvamento de voto del Doctor Enrique Low Murtra) 175

RETENCION EN LA FUENTE.

No es un impuesto, no fija el monto de la obligación. Es un pago anticipado de un impuesto cuyo régimen se rige por el estatuto sustancial del impuesto de renta. Extensión del régimen de retención a todos los pagos o abonos que constituyen renta para el beneficiario. SUSPENSION PROVISIONAL. Figura excepcional.
(Salvamento de voto del Consejero Doctor Enrique Low Murtra. Auto de mayo 14 de 1984. Expediente No. 10.793. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores. Sección Cuarta) 181

RETENCION O DISMINUCION COLECTIVA DE LOS SALARIOS DE LOS TRABAJADORES. RECLAMACION DE SALARIOS.

Suspéndase el numeral 2o. del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1373 de 1966, en cuanto dispone que la comprobación de que se haga "previamente" ante el Ministerio de Trabajo.
El Decreto Legislativo No. 2351 de 1965, establece en su artículo 9o. que "cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuido colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de éstos será imputable a aquél y dará derecho a reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores". No dispone esta norma que para poder reclamar los salarios correspondientes al tiempo de la cesación colectiva de actividades sea indispensable demostrar previamente ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que ella obedeció a la retención

o disminución colectivas de salarios de los trabajadores por parte del respectivo patrono. Es posible hacer esa demostración ante dicho organismo público; pero también se puede hacer ante una autoridad del orden jurisdiccional, dentro de un proceso judicial, como se desprende de los términos sin restricciones de la norma legal.
La regla del Decreto Reglamentario No. 1373 de 1966 no está contenida ni siquiera en forma tácita en la ley, no corresponde a su letra ni a su espíritu. La disposición reglamentaria desborda, pues, los límites de la correspondiente potestad, viola de manera ostensible la norma legal reglamentada y, por consiguiente, procede la suspensión de sus efectos.
(Auto de febrero 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10824. Actor: Alberto León Gómez Zuluaga) 166

S

SALARIO. DEFINICION 112

SANCIONES DISCIPLINARIAS. INVESTIGACION ADMINISTRATIVA.

No es suficiente otorgar al culpable la oportunidad de exponer sus descargos, sino darle traslado a las inculpaciones que se le formulan, para que pueda rebatirlas dentro del término legal de ocho días, y poner también en conocimiento del mismo, los informes y pruebas aducidas a la investigación a fin de que ejerza el derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional. DERECHO DE DEFENSA. SANCIONES DISCIPLINARIAS EN EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. DESTITUCION DISFRAZADA DE INSUBSISTENCIA. FALSA MOTIVACION Y DESVIO DE PODER. FACULTAD DISCRECIONAL PARA NOMBRAMIENTO Y REMOCION EN EMPLEADOS QUE NO SON DE CARRERA. No es absoluta, por cuanto ella se encausa y dirige hacia el logro del buen servicio público.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de enero 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 5590. Actor: Lucero Jordán Molina) 225

SEGURO DE TRANSPORTES. RESERVA TECNICA.

El hecho de que se ordene contabilizar la reserva cada seis meses en ejercicio de facultades legales suficientemente conocidas de la Superintendencia Bancaria según lo disponen los artículos 47 y 87 de la Ley 45 de 1923, no está contrariando en ninguna manera el criterio del artículo 17 de la Ley 105 de 1927 que se dice desconocido, ya que éste no se refiere a la oportunidad de la constitución de la reserva sino a la necesidad de que nunca durante un año dicha reserva pueda descender del 40% del valor de las primas netas recibidas durante ese año.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 5725. Actor: Manuel Charria Angulo) 401

SENTENCIA PENAL.

Prueba. ¿Puede discutirse en proceso civil?
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 14 de 1984.

Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.768. Actor: Clara Inés Camargo viuda de Linares. Indemnizaciones) 949

SENTENCIA PENAL.

La decisión penal constituye prueba fehaciente en relación con lo que ella misma define. Aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal. Requisitos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7254. Actor: Carlos E. Valenzuela Navarro) 331

SENTENCIA DE NULIDAD. EFECTOS.

1o. En procesos electorales, ordinarios, relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento.
2o. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial y comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efecto en lo pertinente los decretos reglamentarios.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2069. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación en abril 13 de 1984) 69

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

Para su aplicación debe considerarse la consecuencia de varios factores. El espíritu de la norma que consagra los efectos positivos del Silencio Administrativo es el de que constituye una sanción a la administración morosa, por una parte, y si por otra la consagración de tal figura no está condicionada a factores no contemplados en ella, ni señala excepciones en su aplicación, no es lógico ni jurídico establecer esas nuevas condiciones, ni excepciones no contempladas expresamente, ya que toda excepción requiere la consagración legal expresa. Aclaración del criterio contenido en la sentencia de octubre 20 de 1977.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 5 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6671. Actor: Ernesto Mesa Medina) 871

SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

Concepto. Entidades adscritas y vinculadas: diferencias. Régimen de vinculación. Finalidad. Estatuto de personal para el Sistema Nacional de Salud. Clases de Empleados.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 29 de 1980. Consejero Ponente: Doctor Mario Latorre Rueda. Radicación No. 1373. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Salud y autorizada su publicación de acuerdo con la Ley 11 de 1975. Recibido en Relatoría en mayo de 1984) 77

SOBREGIRO BANCARIO.

Constituye un crédito y si se otorga a un directivo de un banco debe hacerse con la autorización de la Junta Directiva.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 3 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7638. Actor: Rafael Parra Cadena) 265

SOCIEDADES ANONIMAS. ACCIONES.

Conforme al artículo 10 de la Ley 54 de 1977, por lo menos un 30% de las acciones pagadas de una sociedad deben pertenecer a accionistas que no posean individualmente más del 2% de tales acciones, para obtener beneficios tributarios conforme a los artículos 9o. y 10 de la Ley 54 de 1977 y 13 de la Ley 20 de 1979.
Declárase la nulidad del aporte de la Circular Externa No. D-014 del 10 de diciembre de 1979, dictada por la Superintendencia de Sociedades que expresa: "1o. La base para calcular el 2% en mención, hace referencia al 30% de las acciones, pagadas; no al 100% de las acciones en circulación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 22 de 1984 Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 7201. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga) 422

SOCIEDADES ANONIMAS Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Socios.
1o. Asimilación. (Ley 81 de 1960, artículo 56).
2o. Participaciones fiscales de los socios.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7969. Actor: OY SOUMEN AUTOTEOLLISUS A.B.) 866

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE COOPERATIVAS.

Funciones de vigilancia y control (Decreto 611 de 1974). Imposición de sanciones. Práctica de investigaciones y establecimiento de responsabilidades (literal d) del artículo 20 ibídem). Inspección y vigilancia sobre los FONDOS DE EMPLEADOS.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 3437. Actor: Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público) 351

SUSPENSION PROVISIONAL.

Solicitud y sustentación de modo expreso en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla. (Decreto-Ley 01 de 1984. Inciso 4o. Artículo 152).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 16 de marzo de 1984. Consejero Sustanciador: Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4613. Actor: Blanca Nubia Ochoa Molano) 984

SUSTITUCION PENSIONAL DE LAS PENSIONES INSTITUIDAS POR LA LEY 114 DE 1913.

1o. Evolución legislativa (Ley 64 de 1947, artículo 2o., Ley 171, artículo 12, Decreto 3135 de 1968 artículos 36 y 39, Decreto-Ley 434 de 1971.
2o. Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas a los maestros oficiales de enseñanza primaria se sustituyen conforme a lo prescrito por la Ley 33 de 1973. En ellos están comprendidos los que les reconoce la Ley 114 de 1913. La Ley 12 de 1975 adicionó la Ley 33 de 1973 en cuanto dispuso que "el conyuge *supérstite*, o la COMPAÑERA PERMANENTE de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si

este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de noviembre 27 de 1979. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 1344. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro del Trabajo. Autorizada su publicación y remitida a la Relatoría en febrero de 1984) 7

SUSTITUCION PENSIONAL. DOCENTES.

Normas que regulan la pensión de jubilación. Sustitución como vitalicia para los empleados públicos. Dichos preceptos legales son aplicables a los docentes.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de marzo 30 de 1984. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 6825. Actor: CAJANAL) 317

T

TARIFAS. FIJACION.

La fijación de las tarifas no es competencia exclusiva del legislador pudiendo ejercerla los municipios cuando la ley la omite. El artículo 43 de la Carta sólo se refiere a la creación de los impuestos, vale decir, a señalar el hecho imponible y los sujetos tributarios. Eso indica la expresión "imponer contribuciones", utilizada en tal norma.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6309. Actor: Gonzalo Gómez Jaramillo) 522

TEORIA DEL RIESGO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido frente a la responsabilidad del Estado una aplicación distinta casi de rechazo, sustituida por el instituto de la Falla del Servicio. MANEJO JURISPRUDENCIAL RESTRINGIDO.
(Aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo y José Alejandro Bonivento Fernández a la sentencia de marzo 8 de 1984. Expediente No. 2846. Actor: Gilberto Díaz Vélez) 554

U

UNIVERSIDAD NACIONAL.

Autonomía para su organización. Consecuencias.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2023. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Educación Nacional. Recibida en relatoría en mayo de 1984) 50

VACACIONES.

Iniciación e interrupción. Es la entidad u organismo la que tiene facultad para señalar la fecha de iniciación de las vacaciones o de reanudación de ellas, en caso de interrupción justificada de las mismas. VACANCIA DEL CARGO. *(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 5 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 6454. Actor: William Balbín Alvarez)* 213

VIA GUBERNATIVA. NOTIFICACION. RECURSO. DERECHO DE PETICION.

Análisis evolutivo de las diferentes normas expedidas sobre este tema. *(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 14 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 8192. Actor: Sociedad Inversiones de Cine S.A.)* 986

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. **Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.** Consulta relacionada con la pensión de jubilación de los maestros de escuelas primarias oficiales. Concepto de 27 de noviembre de 1979. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 1344. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social 7

2. **Ministerio de Gobierno.** Consulta relacionada con la propiedad intelectual; la forma de adquirir dicha propiedad, el registro de nombres y revistas o de periódicos tanto escritos como hablados. Concepto de febrero 5 de 1980. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 1347. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno 12

3. **Ministerio de Justicia.** Consulta relacionada con los honorarios de los auxiliares de la Justicia. Concepto de 30 de enero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2004. Consulta formulada por el señor Ministro de Justicia 18

4. **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.** Consulta relacionada con el valor del contrato de obras públicas por administración delegada. Concepto de 16 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2037. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República 22

5. **Ministerio de Minas y Energía.** Consulta relacionada con los contratos de obras públicas celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado. Concepto de 23 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2034. Consulta formulada por la señora Ministra de Minas y Energía 25

6. **Ministerio de Gobierno.** Consulta relacionada con la administración de personal de los empleados públicos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Régimen Especial. Concepto de 28 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2039. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno 31

7. **Ministerio de Minas y Energía.** Consulta relacionada con los contratos administrativos y la presentación del paz y salvo por el impuesto sobre la rentay complementarios desde el momento de formular la propuesta. Concepto de 1o. de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2048. Consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía 37

8. **Ministerio de Gobierno.** Consulta relacionada con el personal docente y su intervención en política. Concepto de 1o. de marzo de 1984. Consejero Po-

nente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2038. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno. Con salvamento de voto del Doctor Humberto Mora Osejo. 39

9. **Ministerio de Hacienda y Crédito Público.** Consulta relacionada con la competencia de la Superintendencia de Control de Cambios para conocer de la contravención cambiaria originada por el hecho del reintegro sin mediar una exportación real. Concepto de 15 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2045. Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. 46

10. **Ministerio de Gobierno.** Consulta relacionada con la facultad de las Contralorías, Tesorerías y Personerías Municipales para vincular personal a sus respectivas dependencias mediante contratos de asesoría celebrados por sus titulares a nombre de cada una de tales entidades. Concepto de 22 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2040. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno 48

11. **Ministerio de Educación Nacional.** Consulta relacionada con la vinculación de personal docente de cátedra y con la contravención de los docentes de cátedra de las instituciones intermedias profesionales. Concepto de 22 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2023. Consulta formulada por el señor Ministro de Educación Nacional 50

12. **Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.** Consulta relacionada con la naturaleza jurídica de la Lotería de los Territorios Nacionales. Concepto de 23 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2046. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías 59

13. **Ministerio de Agricultura.** Consulta relacionada con los recursos naturales renovables con el aprovechamiento forestal y el efecto ambiental. Concepto de 29 de febrero de 1980. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 1367. Consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura 61

14. **Ministerio de Obras Públicas y Transporte.** Consulta relacionada con el impuesto establecido por la Ley 30 de 1982 reglamentada por el Decreto 1013 de 1982, sobre venta de gasolina motor y ACPM. Concepto de abril 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2049. Consulta formulada por el señor Ministro de Obras Públicas 64

15. **Ministerio de Gobierno.** Consulta relacionada con las Juntas Administradoras de Entes Municipales. Concepto de abril 5 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 2069. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno 70

16. **Ministerio de Gobierno.** Consulta relacionada con la aplicación que en materia de indemnización al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional deba hacerse cuando los departamentos ejercen el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados. Concepto de abril 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2028. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno 74

17. **Ministerio de Salud.** Consulta relacionada con las personas que laboran en las entidades adscritas al sistema nacional de salud si están sujetas al

régimen de personal establecido en el Decreto 694 de 1975 y por consiguiente a su Decreto Reglamentario 1468 de 1979. Concepto de 29 de abril de 1980. Consejero Ponente: Doctor Mario Latorre Rueda. Radicación No. 1373. Consulta formulada por el señor Ministro de Salud 77

18. **Ministerio de Gobierno.** Consulta relacionada con el impuesto de valor agregado en el suministro de quince mil líneas telefónicas. Concepto de 8 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2082. Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno 82

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el Decreto 2216 de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 3 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4076. Actor: Carlos Vélez Gallego 87

2. **Decreto Ejecutivo.** Acción de nulidad contra el artículo 4o. del Decreto Ejecutivo 796 de mayo 20 de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de febrero 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Expediente 4078. Actor: Miguel González Rodríguez 97

3. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el artículo 8o., el parágrafo del artículo 10 y 11, artículo 11 del Decreto 3594 de 10 de diciembre de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 4250. Actor: Aster González Rodas 104

4. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra la locución incremento porcentual de que forma parte el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 250 de 1978. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 6 de abril de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 5886. Actor: Héctor Raúl Corchuelo 108

5. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el artículo 2o. del Decreto 3819 de 1982 o en subsidio las siguientes frases del mencionado artículo en sus ordinales 2o. y 3o. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10192. Actor: Héctor Gallego Osorio 112

6. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el inciso 2o. del artículo 4o. del Decreto 107 de 1983. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Expediente No. 4242. Actor: Juan Manuel Peña Dávila 115

7. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el numeral 2o. del artículo 21 y numeral 2o. del artículo 22 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6665. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. Sentencia de 7 de mayo de 1984 121

8. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el numeral 2o. del artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 2303 de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4549. Actor: Mauricio Holguín Cuellar 125

9. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el artículo 50 del Decreto Reglamentario No. 825 de 1978. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortíz Amaya. Sentencia de junio 18 de 1984. Expediente No. 5597. Actor: Carlos A. Ramírez Guerrero 129

10. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra la clasificación "no causa" dada al Kumis y Yogourt comprendidos en la posición 04.01.01.00 de que trata el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 2810 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortíz Amaya. Expediente No. 5985. Actor: Luis Fernando Lloreda 132

11. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario 665 de 1983, o en subsidio la nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o., 5o., 6o. y 7o. del mismo decreto. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4461. Actor: Héctor Gallego Osorio 130

12. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra los artículos 4o., inciso 1o. y 4o, 9o. y 11 del Decreto 1495 de 1978, Decreto 933 de 1981 y Circular 5 de mayo de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9672. Actor: Ruth Younes de Salcedo 146

CAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el inciso segundo del artículo 6o. del Decreto Reglamentario No. 3070 de 1983. Suspensión provisional de la norma demandada. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Cuarta. Auto de enero 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 10.866. Actor: Asociación Colombiana de Hospitales . 159

2. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el artículo 7o. contra el Decreto 775 de 1983. Suspensión provisional de la frase siguiente del artículo 7o.: "y de contratos de prestación de servicios, de construcción, urbanización y general de confección de obra material de bienes inmuebles". Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de febrero 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 10793. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores 161

3. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el artículo 75 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983. Suspéndese provisionalmente el artículo 75 del Decreto 2148 de 1983. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 15 de febrero de 1984. Consejero Sustanciador: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.548. Actor: Jorge Edgardo González Vidales 164

4. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el numeral 2o. del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1373 de 1966. Suspéndese el numeral 2o. del artículo 5o. del mencionado decreto. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 27 de febrero de 1984. Consejero Sustanciador: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.824. Actor: Alberto León Gómez Zuluaga 166

5. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto 3070 de 1983. Suspensión provisional del inciso 2o. del artículo 6o. del mencionado decreto. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Sustanciador: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 10902. Actor: Lucía Gaitán de Bedoya 168

6. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra los artículos 3975 y 84 así como el parágrafo 2o. del artículo 48 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983. Suspéndese provisionalmente la expresión "antes o" contenida en el artículo 39 del mencionado decreto. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.766. Actor: Esther Elena Mercado Jarava 170

7. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 353 de 1984. Suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 3o. del mencionado decreto. Sala de lo Contencioso Administrtivo. Sección Cuarta. Auto de abril 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 003. Actor: Alejandro Páez Murillo 173

8. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983. Se confirma la suspensión provisional decretada en Auto de febrero 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de mayo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 10.793. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores. Con salvamento de voto del Doctor Enrique Low Murtra 175

9. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el inciso 2o. del artículo 9o. del Decreto 371 de 1984. Solamente en lo relacionado con los artículos 72 y 73 de la Ley 2a. de 1984. Supensión provisional de la norma acusada. Sala de lo

Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 16 de mayo de 1984. Consejero Sustanciador: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 11.237. Actor: Roberto Salgado Zamudio 182

10. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el inciso 1o. del artículo 45 del Decreto Reglamentario 2337 de 1982. Supéndese provisionalmente el inciso 1o. de la norma acusada. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Auto de 26 de mayo de 1984. Expediente 4660. Actor: Jorge A. Guerrero Lozano 185

11. **Decreto Reglamentario.** Acción de nulidad contra el artículo 75 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983. Suspensión provisional de la norma acusada. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de Junio 18 de 1984. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 10.537. Actor: Ricardo García 186

CAPITULO III

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. **Ministerio de Minas y Energía.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 2335 de 1974 originaria del Ministerio de Minas y Energía. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 1764. Actor: Compañía Esmeraldífera de Colombia S.O.M. 191

2. **Ministerio de Defensa Nacional.** Acción de plena jurisdicción y reconocimiento del silencio administrativo, en que ha incurrido el Ministerio de Defensa. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 18 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7138. Actor: Efraín Mayorga Uribe 207

3. **Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 3653 de 1981 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 24 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7111: Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S.A. 210

4. **Ministerio de Minas y Energía.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 2386 de 1977 proferida por el Ministerio de Minas y Energía. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 5 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 6454. Actor William Balbín Alvarez 213

5. **Ministerio de Trabajo.** Acción de nulidad contra la Resolución No. 2551 de 1982 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 8916. Actor: Esperanza Castillo 219

CAPITULO IV

RESOLUCIONES Y ACTOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. **Empresa Nacional de Telecomunicaciones.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 1857 de 1976, proferida por el Gerente Regional de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 16 de enero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 5590. Actor: Lucero Jordán Molina 225

2. **Caja Nacional de Previsión Social.** Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 8584 de 1980 de la Caja Nacional de Previsión Social Sucursal Cundinamarca; 10523 de 1981 de la Caja Nacional de Previsión Social. Sucursal Cundinamarca y 637 de 1982 de la Caja Nacional de Previsión Social. Sede Principal. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Sentencia de 18 de enero de 1984. Expediente No. 7394. Actor: Anatilde Burgos viuda de Ocampo 231

3. **Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 136 de 1977. Proferida por la Junta Directiva del INCORA; Resolución No. 22 de 1979 proferida por la Junta Directiva del INCORA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 9 de 1983. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Con salvamento de voto del Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expedientes acumulados Nos. 2545, Actor: Luis Gerardo Ortega Vargas, 2562, actor: Aladino Ortega Moreno, y 2767, actor: Luis Gerardo Ortega 239

4. **Superintendencia Bancaria.** Acción de plena jurisdicción contra las resoluciones 4115 de 1980 y 4430 de 1980 proferidas por el Superintendente Bancario. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Sentencia de febrero 3 de 1984. Expediente No. 7638. Actor: Rafael Parra Cárdenas 265

5. **Instituto de los Seguros Sociales.** Acción de plena jurisdicción número 642 de 1978 de la Oficina Seccional de Cundinamarca del ISS. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 7065. Actor: Nelly Garavito de C. 270

6. **PROSOCIAL.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 1420 de 1982 proferida por la Dirección Ejecutiva de PROSOCIAL. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 24 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 8586. Actor: Carlos Arturo Vargas Berján 275

7. **Caja Nacional de Previsión Social.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 6931 de 1981, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Sentencia de febrero 27 de 1984. Expediente No. 7261. Actor: Rosa Quintero viuda de Buitrago 278

8. **INCORA.** Acción de plena jurisdicción contra las resoluciones 137 de 1976 y 130 de 1977, expedidas por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Sala de lo Contencioso Administrtivo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 8 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2364. Actor: Raymundo Sánchez 284

9. **Superintendencia Bancaria.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 6770 de 1980 y 4950 de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8956. Actor: Progreso Corporación Financiera 292

10. **Superintendente de Industria y Comercio.** Acción de Plena Jurisdicción contra las resoluciones Nos. 95 de 1974 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y 665 de mayo de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de marzo 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4200. Actor: Estauffer Chemical Company 300

11. **Universidad Nacional de Colombia.** Acción de plena jurisdicción contra la decisión del Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia contenida en el literal b) del punto VI del Acta No. 37 de 1983. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de marzo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4555. Actor: Hernán Rojas O 303

12. **Caja Nacional de Previsión.** Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución No. 4323 de 1979, 1647 de 1980 y 484 de 1982, proferidas por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de marzo 21 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7307. Actor: Joaquín Arboleda Valencia 305

13. **Caja Nacional de Previsión Social.** Acción de nulidad contra la Resolución No. 3625 de 1980 proferida por la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de marzo 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 6825. Actor: Caja Nacional de Previsión Social 317

14. **Superintendencia Bancaria.** Acción de nulidad contra las circulares 13 y 22 de 1981 y 1982, respectivamente originarias de la Superintendencia Bancaria. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9350. Actor: Darío Laguado Monsalve 320

15. **Superintendencia de Control de Cambios.** Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 169 de 1980, 670 de 1981 y 186 de 1981, dictadas por la Superintendencia de Control de Cambios. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suarez Franco. Expediente No. 3820. Actor: Alfonso Bocanegra García 324

16. **Caja de Previsión Social de Comunicaciones.** Acción de plena jurisdicción tendiente a que se reconozca el silencio administrativo negativo y se reliquide una pensión de jubilación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 24 de abril de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 11185. Actor: Edilberto Beltrán R. 329

17. **Subgerencia Banco de la República.** Acción de plena jurisdicción contra los oficios SGJ-16790 de 21 de diciembre y SGJ-3334 de 17 de marzo de 1980 proferidos por el Abogado Subgerente del Banco de la República. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7254. Actor: Carlos E. Valenzuela Navarro 331

18. **INCORA.** Acción de plena jurisdicción contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 24 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3956 Actor: Rodolfo Pérez Zambrano 341

19. **Superintendencia Nacional de Cooperativas.** Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 153 y 621 de 1980 dictadas por el Superintendente Nacional de Cooperativas y la 2389 de 1980 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 3437. Actor: Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público 351

20. **Departamento Administrativo de Seguridad. DAS.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 1296 de 1981 proferida por el Director del DAS. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 6191. Actor: Alfredo Hernán Goyes Armero 357

21. **Comité de Regalías.** Acción de nulidad contra la frase "de esta cifra se deducirá los impuestos correspondientes" incorporada al artículo 2o. de la Resolución No. 1 de 1973 dictada por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 5 de 1984. Expediente No. 6640. Actor: Carlos Urrutia 360

22. **Junta Monetaria.** —IMPROEXPO—. Acción de plena jurisdicción contra la decisión de la Junta Monetaria adoptada en reunión de 17 de octubre de 1979 y comunicada a la sociedad actora mediante oficio No. 324 por el cual se niega la declaratoria de inaplicabilidad de la Resolución No. 38 de la misma Junta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 11 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 6718. Actor: Sociedad Minera Boyacense Ltda. Con aclaración de voto del Doctor Carmelo Martínez Conn. 365

23. **Dirección General Marítima y Portuaria.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 80 de 1981 y 239 del mismo año expedidas ambas por el Director General Marítimo y Portuario. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 15 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 3743. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S.A. 379

24. **Junta Monetaria.** Acción de nulidad contra el artículo 2o. de la Resolución No. 53 de 1979 expedida por la Junta Monetaria. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6444 y 6451. Actor: Rodrigo Noguera Laborde y otros. Con aclaración de voto del Doctor Enrique Low Murtra. 389

25. **Superintendencia Bancaria.** Acción de nulidad contra la Resolución No. 3056 de septiembre de 1977 dictada por el Superintendente Bancario y la Circular No. DS y C-115 de 1977 dirigida por el Superintendente Bancario Segundo Delegado a los Presidentes de las Compañías de Seguros y Reaseguros. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 5725. Actor: Pedro Manuel Charria Angulo 401

26. **Dirección General de Impuestos Nacionales.** Acción de nulidad contra los parágrafos 6o., 7o., 9o., 10 y 11 del Capítulo I de la Circular General No. 1 de 1982 suscrita por el Director General de Impuestos Nacionales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 18 de 1984. Expediente No. 10.787. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Antonio José Echeverry Giraldo 410

27. **Superintendente de Industria y Comercio.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 211 de 1977 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4320. Actor: Monsanto Company 418

28. **Superintendencia de Sociedades.** Acción de nulidad contra parte de la Circular D-14 de 1979 originaria de la Superintendencia de Sociedades. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 7201. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga 422

29. **Dirección General de Impuestos Nacionales.** Acción de nulidad contra el literal b) de la Circular No. 5 de 1980 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 22 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6887. Actor: Alejandro Páez Murillo. 423

30. **Oficina de Cambios del Banco de la República.** Acción de nulidad contra el artículo 4o. de la forma OC-978 garantía global de giro —Cláusula Penal, Fletes de Importación— zona franca, establecida por el ordinal 22 del literal b) de la circular general de la Oficina de Cambios No. 70 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.584. Actor: Rafael Ospina Barreiro 426

31. **Dirección General de Impuestos Nacionales.** Acción de nulidad contra el ordinal 4o. del literal b) de la Instrucción No. 6 de 1979 originaria de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6370. Actor: Vicente Amaya Mantilla 433

32. **Junta Monetaria.** Acción de nulidad contra los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 1979, expedida por la Junta Monetaria. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6308 y 6381. Actores: Mario Alirio Méndez y otros 437

CAPITULO V

ACTOS DE AUTORIDADES NO ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. **Juzgado Cuarto Civil Municipal de Armenia.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 01 de mayo 17 de 1982 proferida por el Juez Cuarto Civil Municipal de Armenia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 2 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7702. Actor: Oscar Valencia Quintero. 444

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

1. **Gobernación del Atlántico.** Acción de nulidad contra los Decretos 400 de 1978 y 485 del mismo año expedidos por el Gobernador del Departamento del Atlántico. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 20 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4583. Actor: Pedro Lozano Pacheco. 448

2. **Gobernación de Córdoba.** Acción de nulidad contra el artículo único del Decreto 1323 de 1979 de la Gobernación de Córdoba. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 5 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 6855. Actor: Reynero Molina Vergara 451

CAPITULO II

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

1. **Asamblea Departamental de Risaralda.** Acción de nulidad contra la ordenanza No. 28 de 1982 expedida por la Asamblea Departamental de Risaral-

da. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 7 de abril de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4617. Actor: Fabio Gómez Botero 454

2. **Asamblea Departamental de Antioquia.** Acción de nulidad contra los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o. y 9o. de la Ordenanza No. 29 de 1977 de la Asamblea Departamental de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 7806. Actor: Miguel González Rodríguez 456

3. **Asamblea Departamental de la Guajira.** Acción de nulidad contra el literal i) del artículo 2o. de la Ordenanza No. 10 de 1981 y del parágrafo del mismo artículo así como también el artículo 3o. de la misma ordenanza. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4390. Actor: Ebert Díaz Serrano 467

4. **Asamblea Departamental del Tolima.** Acción de nulidad contra el artículo 185 de la Ordenanza No. 16 de 1980 de la Asamblea del Tolima. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 15 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4399. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya 471

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. **Universidad de Nariño.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 13 de 1981 expedida por el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco. Sentencia de abril 6 de 1984. Expediente No. 4184. Actor: Esperanza Caicedo de Dávila. Con salvamento de voto del Doctor Mario Enrique Pérez Velasco 476

2. **Seccional de Catastro del Quindío.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 80 de 1980 emanada de la Oficina Seccional de Catastro del Quindío. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.730. Actor: Ana Parra de Peña 486

3. **Junta Seccional del Escalafón del Departamento de Nariño.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 275 de 1981 expedida por la Junta Seccional del Escalafón del Departamento de Nariño. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 30 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 7378. Actor: Luis Alfonso Huertas 490

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

ACTOS DE LOS ALCALDES

1. **Alcalde Municipal de Cali.** Acción de nulidad contra el artículo 8o. de la Resolución 28 de 1981 y artículo 8o. del Decreto 451 de 1982 del Alcalde Municipal de Cali. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.739. Actor: Alberto Montoya Montoya 496

2. **Alcaldía Menor de Teusaquillo.** Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 113 y 397 de 1981 de la Alcaldía Menor de Teusaquillo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 12 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4427. Actor: Jorge Cáceres Méndez 500

CAPITULO II

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

1. **Concejo Municipal de Cartagena.** Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 20 de 1965 dictado por el Concejo Municipal de Cartagena. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 5889. Actor: Clodomiro Herrera Meñaca 503

2. **Concejo Municipal de La Estrella.** Acción de nulidad contra el artículo 12 del Acuerdo No. 11 proferido por el Concejo Municipal de La Estrella. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10525. Actor: John Quijano Aristizábal 507

3. **Concejo Municipal de Medellín.** Acción de nulidad contra el artículo 7o. del Acuerdo 22 de 1980 emanado del Concejo Municipal de Medellín. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9587. Actor: Silvia Giraldo Lopera 509

4. **Concejo Municipal de Bello.** Acción de nulidad contra el artículo 7o. del Acuerdo No. 35 de septiembre 12 de 1981 del Concejo Municipal de Bello. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10999. Actor: Pedro Nel Escorcia Castillo 513

5. **Concejo Distrital de Bogotá.** Acción de nulidad contra el artículo 2o. del Acuerdo No. 8 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10663. Actor: Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero 516

6. **Concejo Municipal de Ibagué.** Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 27 de 1978 del Concejo Municipal de Ibagué. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 5 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6309. Actor: Gonzalo Gómez Jaramillo 521

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. **Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.** Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 1440 y 1441 de abril 20 de 1976 y las Nos. 2538 y 2547 de 1978 expedidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 18 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 7657. Actor: Sociedad Intercambios Culturales Ltda. 524

2. **Junta de Planeación Municipal de Pereira.** Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 7 de 1980 de la Junta de Planeación Municipal de Pereira. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4132. Actor: Sociedad Constructora Traza Ltda. 531

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. **Responsabilidad del Municipio de Quimbaya por los daños que ocasionaron las redes eléctricas, en la propiedad del señor Enrique Mejía Ruiz.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún. Expediente No. 2744. Actor: Enrique Mejía Ruiz 540

2. **Responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín por los perjuicios morales y materiales que se han causado a Gilberto Díaz Vélez por motivo del accidente sufrido por éste al explotar una caja subterránea de Redes de Energía.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 2846. Actor: Gilberto Díaz Vélez. Con aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo y José Alejandro Bonivento Fernández 544

3. **Responsabilidad del Estado por las lesiones en capacidad física, moral y laboral sufrida por el señor Eduardo Rincón el día 14 de octubre de 1977 cuando una radiopatrulla conducida por un Agente de la Policía ebrio, en contravía, dejó al señor Rincón incapacitado de por vida y al borde de la muerte.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2586. Actor: Eduardo Rincón Rincón 555

4. **Responsabilidad de la Nación por los daños y perjuicios causados a los señores Emilio Angel Londoño y a sus hijos Jairo Humberto, Clara Luz, Martha María, Carlos Emilio y Juan José Angel Calle con la muerte de su esposa y madre ocurrida en la ciudad de Medellín como consecuencia natural y directa de las heridas de bala disparada en la mañana del 14 de septiembre por Hernán Cabana Castillo, soldado en servicio.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 7 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3152. Actor: Armando Emilio Angel Londoño y otros 567

5. **Responsabilidad del Municipio de Barranquilla por la señora Rita Alzamora viuda de Mancini por la falla del servicio público administrativo y de policía consistente en haberse negado la Alcaldía a darle cumplimiento a su propia resolución de fecha 4 de octubre de 1978, por la cual se decretó el lanzamiento de terceros ocupantes de un inmueble de propiedad de aquella.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2582. Actor: Rita Alzamora viuda de Mancini 574

6. **Responsabilidad de la Nación y del Municipio de Medellín por los perjuicios morales y materiales que han causado a los señores Bernardo Ortiz y Julia Maldonado por la vacunación masiva en el Centro de Salud Municipal No. 2 a la hija de los actores.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de junio de 1984. Consejero Ponente Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 3012. Actores: Bernardo Ortiz y Julia Maldonado. Con aclaración de voto del Doctor Jorge Valencia Arango. 582

TITULO V

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. **Resolución del Contrato celebrado entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la Sociedad Jorge Torres Lozano, Ingenieros Ltda. para la construcción del edificio para la Agencia de la Caja de Lorica. (Córdoba).** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 19 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2669. Actor: Jorge Torres Lozano 591

2. **Incumplimiento del contrato de ejecución de obra pública celebrado en el Departamento del Meta y Clodoveo Londoño Barajas.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Expediente No. 2903. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Actor: Clodoveo Londoño Barajas 602

3. **Incumplimiento del contrato celebrado para la construcción de la carretera Camilocé Guaimaral celebrado entre el Departamento de Antioquia y la Sociedad Cadavid y Herrera Ltda.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2509. Actor: Cadavid Herrera Ltda 613

4. **Incumplimiento por parte del INCORA de la licitación internacional No. 99 AT y del Contrato No. 70 para la construcción de la Presa y Canal Matuya del Distrito 22 de Riegos Mahates María Labaja, proyecto Bolívar No. 1.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 1540. Actor: Sociedad Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones 625

5. **Incumplimiento del Contrato No. 2507 de 1977 celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la firma Prisego Ltda.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 2850. Sentencia de marzo 9 de 1984. Actor: PRISEGO Ltda. 635

6. **Incumplimiento de la adjudicación establecida en el Pliego de Condiciones.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2418. Actor: Instrumentos Científicos Ltda 642

7. **Caducidad del contrato celebrado por los Ingenieros Ciro Alberto Ordóñez y Guillermo Afanador y las Empresas Públicas de Neiva.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3603. Actor: Ciro Alberto Ordóñez 655

8. **Caducidad del contrato celebrado entre las empresas públicas de Cartagena y el Doctor Dionisio Osorio.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 4 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 2864. Actor: Dionisio Osorio 659

9. **Nulidad del contrato celebrado entre el Departamento del Cauca y el Doctor Gerardo Mosquera Velasco, fechado el 3 de agosto de 1978 y cuyo objeto es la prestación de servicios.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2805. Actor: Departamento del Cauca 671

10. **Nulidad de la liquidación final del contrato P-3 No. 5275 celebrado entre el Instituto de Crédito Territorial y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el 13 de agosto de 1975.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2796. Actor: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Con aclaración de voto del Doctor Jorge Valencia Arango 681

11. **Incumplimiento del contrato celebrado entre el Fondo Nacional del Ahorro y el Grupo Residencial Marisol Ltda.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de mayo de 1984. Consejero Po-

nente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expedientes acumulados Nos. 1903 Y 2098. Actor: Grupo Residencial Marisol Ltda. 695

12. **Caducidad del Contrato celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la firma Pavimentaciones Asfálticas.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia de mayo 22 de 1984. Expediente No. 1871. Actor: Sociedad Pavimentaciones asfálticas. Con salvamento de voto del Doctor Eduardo Suescún Monroy 745

13. **Nulidad del contrato de prestación de servicio celebrado entre los doctores Etion Gómez en su condición de representante legal de CODAL LTDA. y el Gerente General del INCORA.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 21 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3071. Actor: INCORA 753

14. **Caducidad del contrato celebrado entre el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y el Doctor Hernando Giraldo.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 28 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3096. Actor: Aseguradora Grancolombiana S.A. 768

TITULO VI

JUICIOS ELECTORALES

1. **Nulidad de la elección de miembros de Juntas Municipales.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre 29 de 1983. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 11.054. Actor: Mélida Yepes Alzate. Con salvamento de voto de los doctores: Samuel Buitrago Hurtado, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Bernardo Ortiz Amaya, Eduardo Suescún Monroy y con aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Mario Enrique Pérez Velasco y Roberto Suárez Franco 775

2. **Nulidad del nombramiento provisional de la Subsecretaría de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de enero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 1051. Actor: Asociación Diplomática y Consular de Colombia y otros 789

3. **Acción electoral adelantado por el Procurador Regional contra el acto de nombramiento del Alcalde Especial de Florencia.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 1018. Actor: César Duque Villegas. Con aclaración de voto del doctor Eduardo Suescún Monroy 794

4. **Nulidad de la Resolución No. 9156 de 1983 expedida por el señor Contralor General de la República por medio de la cual designó auditor fiscal ante la CVC.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Enrique Low Murtra. Expediente No. 1073. Actor: Corporación Autónoma Regional del Cauca 800

5. **Nulidad de la elección del Personero Municipal del Codazzi.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 18 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortíz Amaya. Actor: Luis Antero Niño Eslava. Expediente No. 1079 804

6. **Acción electoral contra el acto de elección de Secretario General de la Asamblea Departamental del Magdalena.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 12 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 1080. Actor: José Alfredo Escobar Araújo 807

7. **Acción electoral contra el acto de elección de comisiones reglamentarias del Concejo Municipal de Bucaramanga.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 1082. Actor: Libardo Rodríguez Rodríguez 817

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO UNICO

APELACIONES

1. **Apelación de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuesto de renta por el año de 1975 a cargo de la Sociedad Mac. Ltda. y Nalba y Cía.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de enero 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8930 842

2. **Apelación de la sentencia del Tribunal del Magdalena sobre impuesto de renta y complementarios a cargo del señor Lutfallah Elías Zakhour.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de enero 27 de 1984. Expediente No. 8609. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra 845

3. **Apelación de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuesto de renta y complementarios a cargo de la Sociedad González Mutis y Cía.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8891 851

4. **Apelación de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuesto de renta y complementarios a cargo del señor Gilberto Arturo Vallejo Ospina.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7001 854

5. **Apelación de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuesto de renta a cargo del señor Luis Asisclo González Rubio.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9122 857

6. **Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta y complementarios a cargo del señor Manuel Antonio Cuéllar.** Sala

de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 8764 ... 861

7. **Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta y complementarios a cargo de la Sociedad Oy Soumen Autoteollisus A.B.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7969 866

8. **Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso de revisión de la operación administrativa del impuesto sobre la renta del contribuyente Ernesto Mesa Medina.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 5 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6671 871

9. **Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuesto sobre la renta y especiales a cargo de la Sociedad Envases Rok S.A.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 18 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 7787 874

TITULO VIII

JUICIOS DE JURISDICCION COACTIVA

1. **Ejecutivo de la Nación contra Mario Herrera y Humberto Tehelen y Cía. Ltda.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.931 878

2. **Juicio de jurisdicción coactiva iniciado por la Junta de Valorización Departamental del Valle contra el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y Fondo Aeronáutico Nacional.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 22 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9536 880

TITULO IX

RECURSO DE SUPLICA

1. **Recurso de súplica contra la sentencia de febrero de 1983 de la Sección Tercera.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de junio 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortíz Amaya. Expediente No. 11.014. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Con salvamento de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Enrique Low Murtra, Alvaro Orejuela Gómez y Gustavo Humberto Rodríguez 887

2. **Recurso de súplica contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 1982 por la Sección Primera.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 11.020. Actor: Bernardo Enrique Peralta Ortiz 911

TITULO X

EMPATES, CAMBIO E IMPORTANCIA DE JURISPRUDENCIA

1. **Por importancia de Jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió pasar este negocio a consideración de la Sala Plena.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 2 de 1983. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 11.055. Actor: Asociación de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología. Con aclaración de voto de los doctores José Alejandro Bonivento Fernández y Jacobo Pérez Escobar 919

2. **Por empate de la Sección Tercera al dirimir el proceso relacionado con la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados en un accidente de aviación de la Fuerza Aérea Colombiana.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 13 de 1983. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.807. Con salvamento de voto de los doctores Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello, Roberto Suárez Franco 926

3. **Por empate de la Sección Tercera pasó el siguiente negocio a consideración de la Sala Plena.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de Febrero 22 de 1984. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 11.015. Actor: Susana Martínez viuda de Sánchez. Con salvamento de voto de los doctores Eduardo Suescún Monroy, Carlos Gustavo Arrieta (Conjuez), Samuel Buitrago Hurtado 947

4. **Por empate de la Sección Tercera, en el juicio instaurado contra la Nación como responsable de los perjuicios ocasionados a Clara Inés Camargo viuda de Linares y otros a raíz de la muerte de su hijo y hermano Guillermo Linares durante un procedimiento de captura llevado a cabo en cumplimiento de órdenes superiores por el Cabo Segundo de la Escuela de Infantería de Marina, Unidad Oscar, Segura Calvo Hernán.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10.768. Actor: Clara Inés Camargo viuda de Linares 949

5. **Por empate de la Sección Segunda pasó el presente negocio a conocimiento de la Sala Plena.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de abril 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 10.976. Actor: Ana Vanegas de Cabrera y otros. Con salvamento de voto de los doctores Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn y Jorge Valencia Arango 967

TITULO IX

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

1. **Recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera del 21 de febrero de 1984.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 1o. de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 1. Actor: Asther González Rodas 977

TITULO XII

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

1. **Recurso extraordinario de revisión.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 21 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 10.711. Actor: Hernando Alonso . 979

TITULO XII

CUESTIONES PROCESALES

1. **Cámara de Comercio.** El Consejo de Estado carece de jurisdicción para conocer de los actos que emanen de la Cámara de Comercio en el ejercicio de la función pública de llevar registros mercantiles. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 24 de enero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente No. 4380. Ganadería Punta Grande Ltda. 980

2. **Caducidad. Término de la acción de Plena jurisdicción.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 15 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 9852. Actora: Bertha Inés García de Valbuena 982

3. **Suspensión provisional solicitud y sustentación de modo expreso en la demanda o por escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de marzo 16 de 1984. Expediente No. 4613. Actor: Blanca Nubia Ochoa Molano. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar 984

4. **Vía gubernativa, notificación, recursos y derecho de petición.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 14 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 8192. Actor: Sociedad Inversiones de Cine S.A. 986

5. **Nulidad procesal y recurso extraordinario de súplica. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 15 de mayo de 1984. Consejero Ponente:**

Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 11.060. Actor: Héctor Manuel Barragán. Con salvamento de voto del Doctor Jorge Valencia Arango 989

6. **Demanda interpretación.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 16 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4524. Actor: Gran Inversión S.A. 991

7. **Demanda auto admisorio, notificación. (Decreto No. 1 de 1984, artículo 207).** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 30 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 7696. Actor: Luciano Moreno Uribe 992

8. **Acto Administrativo y Hecho.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 8 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4650. Actores: José Nicolás Rivas de Zubiría y otros 998

9. **Decreto No. 1 de 1984. Artículo 266. Vigencia, interpretación y aplicación.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de junio 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 4495. Actor: Francisco Antonio Avendaño 1001

10. **Proceso de expropiación de inmuebles adelantado por entidades públicas.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de junio 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4676 1003

11. **Acción de lesividad. Interpretación de terceros.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 22 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 10.752. Actor: Dolly Pedraza de Arenas 1005

12. **Proceso de Reparación directa y cumplimiento. Determinación de la cuantía.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4230. Actor: Jesús Alfonso Monsalve 1009

TITULO XIV

SALA DISCIPLINARIA

1. **El señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial mediante Resolución No. 1 de 1984 dispuso acusar ante el Consejo de Estado a los doctores Mario Ceballos Araújo y Ernesto Rafael Ariza Muñoz, magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico.** Sala Disciplinaria. Sentencia de 26 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 1072. Actor: Alonso González Rubio 1014

Este libro
fue editado
y producido por el
Banco de la República
Departamento Editorial
1986