REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO LIX
TOMO CVII
NUMEROS 483-484

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

SEGUNDO SEMESTRE
1984

CONSEJO DE ESTADO
SEGUNDO SEMESTRE DE 1984

SALA PLENA

Presidente:
Dr. Jaime Paredes Tamayo

Vicepresidente:
Dr. Samuel Buitrago Hurtado

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA:

Dr. Mario Enrique Pérez
Dr. Samuel Buitrago Hurtado
Dr. Roberto Suaréz Franco
(Reemplazado por el Dr. Simón Rodríguez desde el 14 de septiembre de 1984).
Dr. Jacobo Pérez Escobar
(Reemplazado por el Dr. Miguel Betancur Rey desde el 24 de Agosto de 1984).

SECCION SEGUNDA:

Dra. Aydée Anzola Linares
Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker
Dr. Joaquín Vanín Tello
Dr. Alvaro Orejuela Gómez

SECCION TERCERA:

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Jorge Valencia Arango
Dr. José Alejandro Bonivento
(Reemplazado por el Dr. Julio César Uribe Actos desde el 1o. de octubre de 1984
Dr. Eduardo Suescún Monroy

SECCION CUARTA:

Dr. Bernardo Ortiz Amaya
(Reemplazado por el Doctor Víctor Corredor Rodríguez —Interino— desde el 16 de octubre de 1984.
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

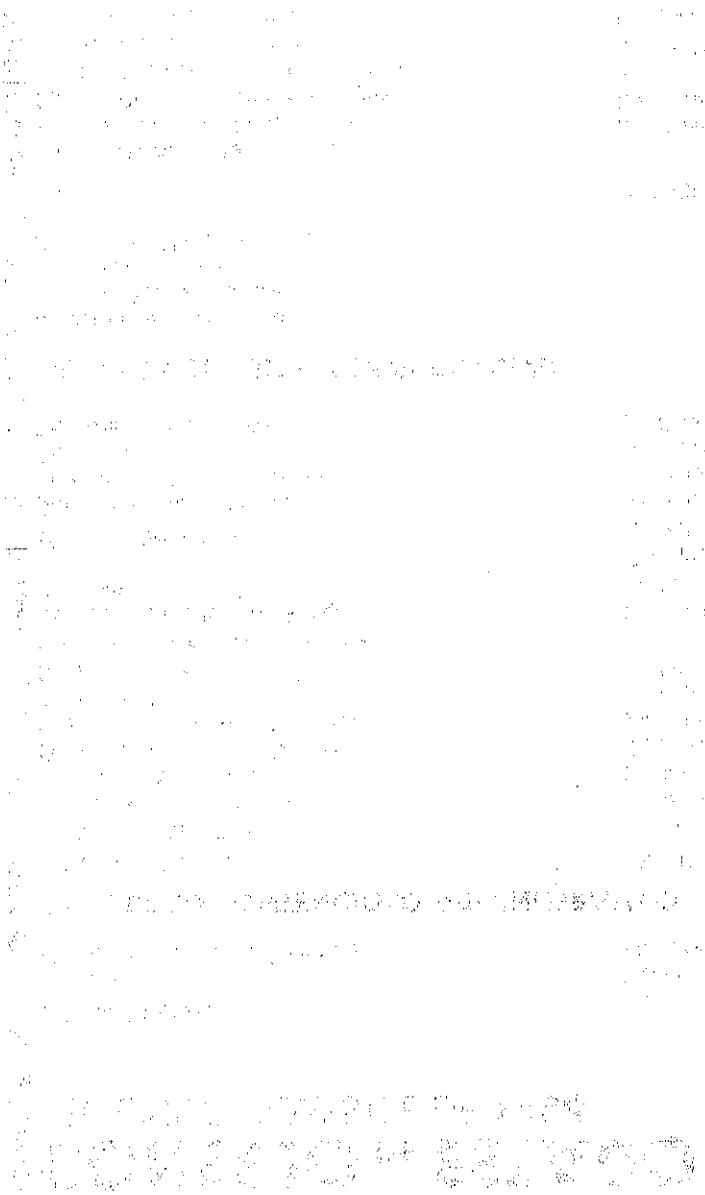
Primero: Dr. Alvaro León Cajiao
Segunda: Dra. Edne Cohen Daza
Tercero: Dr. Carlos Octavio Rodríguez
Cuarto: Dr. Euclides Londoño Cardona
Quinta: Dra. Clara Forero de Castro
Sexto: Dra. Dolly Pedraza de Arenas

RELATORAS:

Dra. Nubia González Cerón
Dra. María Elena Giraldo Gómez

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Darío Quiñones Pinilla



PRIMERA PARTE
FUNCION CONSULTIVA

ARTHUR D. LITTLE, INC.

CAPITULO I
CONSULTAS DEL GOBIERNO

REPRESENTACION DEL HIJO DE FAMILIA.— ¿A quién compete? Facultades del Juez de menores.

EMANCIPACION.— Concepto (Artículo 312 Código Civil). Clase de emancipación (artículos 43, 44 y 45 del Decreto 2820 de 1974). ¿Cómo se efectúa? Consecuencias. PATRIA POTESTAD.— Privación. (artículo 424 Código de Procedimiento Civil).

ADOPCION.— ¿Para efectos de la adopción quiénes se entienden en abandono? ABANDONO.— Concepto; antecedentes legales.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., mayo diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2074.

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

"Una vez cumplido el trámite señalado en la Directiva Presidencial No. 11 y con el fin de atender la solicitud hecha por la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público adscrito a este Ministerio, comedidamente formula ante esa Honorable Corporación la siguiente consulta:

1. ¿Con motivo de la expedición de la Ley 5a. de 1975 y su decreto reglamentario 752 del mismo año, se creo la nueva figura del abandono de menores?

2. ¿Dicha figura trae como consecuencia la pérdida de la patria potestad por parte de los padres?

3. ¿Si lo anterior es afirmativo, es válido el consentimiento que, dentro de un proceso de adopción emite el defensor de menores, en sustitución de los padres?

La Sala Considera y Responde:

RESPUESTA A LA PRIMERA PREGUNTA

La respuesta no puede darse de una manera absoluta. Así el artículo 282 del Código Civil dice:

"Para efectos de la adopción, se entiende que se encuentra en abandono:

"1o. Los expósitos;

"2o. Los menores entregados a un establecimiento de asistencia social, cuando no hubieren sido reclamados por sus padres o por sus guardadores dentro del término de tres (3) meses;

"3o. El menor que haya sido entregado por su representante para que sea dado en adopción, ya sea por conducto del Instituto de Bienestar Familiar o de una institución debidamente autorizada por el mismo Instituto".

De acuerdo con el citado texto el concepto de abandono es considerado exclusivamente referente a la adopción y no más allá. Y según el numeral 3o. del artículo 4o. de la Ley 5a. de 1975 a la demanda de adopción debe anexarse copia de "la declaración de abandono decretada por el defensor de menores en los casos del artículo 282".

Realmente la declaración de abandono es una innovación en la Ley 5a. de 1975, pero solo en el sentido de ser requisito para el proceso de adopción, y como un trámite administrativo que culmina en la declaratoria de tal estado por el defensor de menores.

El abandono concebido como tal tiene antecedentes legales anteriores. La Ley 83 de 1946, orgánica del niño, consagró un título denominado "Del procedimiento para el caso de menores abandonados o en peligro", que luego se desarrolló por el artículo 8o. del Decreto 1818 de 1964. También el artículo 45 causal 2a. del Decreto 2820 de 1974 expresa que la emancipación judicial es procedente "Por haber abandonado al hijo".

En síntesis, la figura del "abandono de menores" en su contenido sustancial no es nueva figura de la Ley 5a. de 1975. Tiene éste apenas la novedad de exigir como requisito para la adopción la declaración de ese abandono, por un procedimiento administrativo, por los defensores de menores, y con efectos que la misma ley señala.

RESPUESTA A LA SEGUNDA PREGUNTA

De conformidad con el artículo 312 del Código Civil existe la figura de la Emancipación, que es un hecho que pone fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria (artículo 43 Decreto 2820 de 1974), legal (artículo 44 Decreto 2820 de 1974), y judicial (artículo 45 Decreto 2820 de 1974).

La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales (artículo 45 Decreto 2820 de 1974): "...2o. Por haber abandonado al hijo".

A su vez el artículo 311 del Código Civil establece que la suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo (artículo 61 Código Civil) y el defensor de menores.

De otra parte el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil señala el procedimiento para la declaratoria de privación de la patria potestad, y entre los reglamentos está la intervención del Ministerio Público y oír a los parientes del menor.

Se sigue de lo anterior que el legislador colombiano quiso asignarle a la "privación", "suspensión", "terminación" o emancipación particular importancia, y por ello le asigno la competencia exclusiva a los jueces, y de ellos a los de menores (Ley 83 de 1946), para los casos expresamente previstos en la ley y según procedimiento de la misma. De consiguiente la simple declaratoria de abandono, por un procedimiento administrativo no suspende o termina la patria potestad sino que es una exigencia más en el proceso de adopción como se expresó en la primera respuesta.

RESPUESTA A LA TERCERA PREGUNTA

La representación del hijo de familia, por patria potestad, compete por ley a sus padres. Ello quiere decir que cuando cesa el ejercicio de la patria potestad por cualquiera de las causas legales antes anotadas es la misma ley la que tiene que entrar a disponer quién reemplaza hasta poder dar "el consentimiento" a nombre del menor.

Para atender esa situación existe la previsión de las guardas, y entre éstas las curadurías, llenadas las condiciones legales. Se trata así de una representación legal con el efecto que establece el artículo 1505 del Código Civil cuando dice que "1o. que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo".

Por otra parte es de considerarse que el defensor de menores es un funcionario público que no puede hacer más de lo que expresamente le esté permitido por la Constitución y la ley, y esa función de prestar el consentimiento a nombre del menor no le está legalmente atribuida.

Igualmente no aparece aceptable en una delimitación lógica de funciones que el defensor de menores sea el que decide del estado de abandono del menor, y ello a la vez le traiga como consecuencia la representación de ese menor para prestar su consentimiento en el proceso de adopción.

Transcríbase.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

LIGAS DEPORTIVAS MILITARES.— OBLIGACION DE AFILIARSE A LA FEDERACION NACIONAL CORRESPONDIENTE DE CADA DEPORTE.— En razón de dicha obligación el representante de la Liga será quien la puede representar en las Asambleas ordinarias o Extraordinarias de la respectiva Federación, salvo el caso previsto en el parágrafo 1o. del artículo 11 del Decreto 1387 de 1970. REPRESENTACION DE UN CLUB O LIGA DISTINTA DE LA MILITAR.— Los Militares no pueden representar a un club o liga distinta de la militar, por la forma especial en que está regulada su actividad deportiva, de igual manera no pueden los civiles representar a los militares en sus actuaciones deportivas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., nueve (9) de junio de mil novecientos ochenta (1980).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 1.376.

El señor Ministro de Educación Nacional, plantea a la Sala las siguientes preguntas, previas las consideraciones del caso:

"A. ¿Los Clubes Hípicos Dependientes de las Instituciones Militares para poder intervenir válidamente en las Asambleas Ordinarias o Extraordinarias de la Rectora de los Deportes Ecuestres deben llenar los requisitos previstos en los artículos 5o. del Decreto No. 886 de 1976 (mayo 10) y 3o. de la Resolución No. 001221 de julio 16 de 1976 proferida por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, por la cual se dictan

normas sobre la organización y funcionamiento de los Clubes Deportivos de Aficionados? ¿O si por el contrario los Clubes Hípicos Dependientes de las Instituciones Militares deben acogerse al régimen especial consagrado en el Capítulo V — artículo 52; o sea que todos los Clubes Hípicos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se agrupen constituyéndose en Liga Deportiva Militar ?".

"B. Igualmente consultamos si los deportistas que se encuentran en la situación descrita en el artículo 54 del Decreto 1387 de 1970 (agosto 5), pueden ser seleccionados para representar a una Liga o Club diferente a las Fuerzas Armadas. Y al contrario, si deportistas de Clubes Civiles de Aficionados pueden representar a las Fuerzas Armadas en Campeonatos Departamentales, Nacionales, etc.".

En orden de absolver la consulta formulada, la Sala en primer término transcribe su concepto de 28 de febrero de 1978, en relación con la Ley 80 de 1925:

"El Decreto-Ley 2743 de fecha 6 de noviembre de 1968, y el 3152 de 26 de diciembre del mismo año, que lo adiciona, creó dos organismos con el propósito de servir al Estado, el primero, como órgano consultivo del gobierno en todo lo relacionado con la política de bienestar y recreación de la juventud y desarrollo de la educación física y el deporte en todo el país, y el segundo como entidad ejecutora de esa política. Al primero se le designó Consejo Nacional de la Juventud y el Deporte, con funciones exclusivamente de asesoría ante el Gobierno para la formulación, evaluación de políticas de bienestar, recreación de la juventud y fomento de la educación física y deporte a nivel nacional; y el segundo, que se creó, como establecimiento público, se lo denominó Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES—, regido por las normas contenidas en el Decreto 1050 de 1968, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, y con el objeto primordial de desarrollar, ejecutar, fomentar y estimular la educación física y el deporte, dentro de la política general que el gobierno, a través del Ministerio de Educación, hubiese señalado sobre el particular.

El mencionado decreto 2743 en su artículo 6o. derogó el artículo 2o. del Decreto-Ley 1637 de 1960 que había creado entre las entidades asesoras del Ministerio de Educación, el Consejo Nacional de Educación Física y los artículos 63 y 64 que habían señalado su composición y funciones.

De igual manera, en sus artículos 18 y 23 del mencionado decreto, se dispuso que, COLDEPORTES sustituiría en sus funciones a la sección de educación física del Ministerio, la cual como se dijo anteriormente, había sido creada por el artículo 5o. de la Ley 80 de 1925, y que desde la expedición del Decreto 1637 de 1960 venía funcionando como parte integrante de la División de Divulgación Cultural del Ministerio. Se dispuso también, que todos los bienes y pertenencias de aquella sección pasarían a formar parte del patrimonio del mencionado instituto. Como consecuencia quedaron también derogadas las facultades de dirección de las plazas de deportes que le había conferido el artículo 13 de la Ley 60 de 1925 y el artículo 14.

Por su parte, el artículo 2o. del Decreto-Ley 3152 de 26 de diciembre de 1968 al traspasarle al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte las funciones y atribuciones que tenía la Comisión Nacional de Educación Física, creada por el artículo 1o. de la Ley 80 de 1925, y detalladas en el artículo 3o. de la mencionada ley, suprimió tácitamente dicha comisión, cuyo funcionamiento, entre otras cosas ya había sido suspendido desde el año de 1951, al expedirse el Decreto legislativo 2166 de 26 de octubre de aquel año, como tuvo oportunidad de expresarlo la Sala anteriormente.

Como consecuencia de la supresión de esta comisión quedó también derogado el artículo 2o. de la Ley 80 de 1925 que determinaba el período y modo de elección de sus

miembros, así como el artículo 4o. que señalaba las calidades que debían reunir unos de los miembros designados para el efecto.

De igual manera, pero en forma expresa, el artículo 3o. del Decreto-Ley 3152 de 1968, suprimió las comisiones de educación física departamentales creadas por el artículo 9o. de la Ley 80 de 1925, a las cuales hace también referencia el Decreto-Ley 275 de 1939, quedando, como consecuencia tambien derogados el artículo 10 que señalaba el período de sus integrantes, 11., 15., 17., 19. y 20 que señalaban sus atribuciones".

Los Decretos-Leyes 2743 y 3152 de 1968 estructuraron toda la organización deportiva del país y le dieron una nueva imagen a todo lo que es el deporte en sus diferentes modalidades, tomando la antigua organización prevista en la Ley 80 de 1925 y trasladándosela al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, como organismo rector de toda la actividad deportiva nacional.

En este orden de cosas el Decreto 1387 de 1970 como reglamentario de los Decretos 2743 y 3172 de 1968, es el fundamento jurídico del concepto de la Sala en relación con las preguntas formuladas, los cuales se absolverán en el mismo orden en que han sido planteados.

—I— La organización deportiva del país se estructura sobre la base de la existencia de federaciones, ligas, clubes y comités deportivos municipales según que esta se dé a nivel nacional, seccional o local; el Decreto 1387 de 1970 define cada una de las anteriores entidades, señalándoles sus funciones y las actividades que desarrollan en orden a establecer una estructura deportiva que abarque toda la extensión territorial. Es así, como el Capítulo —IV— artículos 11 y siguientes regulan las federaciones deportivas, y las define como aquellas "organizaciones integradas por ligas deportivas reconocidas por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, sin ánimo de lucro, cuyas finalidades sean la promoción del deporte como medio de obtener una mejor formación de la juventud y el pueblo colombiano y su sana recreación". El parágrafo del artículo 11, señala que en aquellos deportes en los cuales a juicio del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte no sea posible o conveniente la constitución de ligas deportivas seccionales, la federación podrá integrarse por clubes deportivos.

Igualmente establece el Decreto 1387 de 1970, los requisitos que deben reunir las federaciones para obtener el reconocimiento oficial por parte del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, la estructura orgánica de las federaciones, integradas por un comité ejecutivo y un revisor fiscal, la forma de sus reuniones las cuales se harán mediante la celebración de Asambleas Ordinarias o Extraordinarias, en las cuales cada liga o club afiliado tendrá derecho a un voto.

De lo anterior se deduce que la rectora de cada deporte en el país será la respectiva federación nacional que es la entidad encargada de regir la actividad deportiva que represente, por cuanto a nivel nacional reúne a las ligas, las cuales están reguladas y definidas en el Capítulo —IV—, artículos 58 y siguientes como organizaciones seccionales formadas por clubes y comités municipales, que podrán funcionar en los Departamentos, Intendencias y Comisarías y Distrito Especial de Bogotá. Estas ligas tendrán su sede en las capitales de los Departamentos, Intendencias y Comisarías con excepción de las ligas de Cundinamarca, las cuales podrán tener su sede en Bogotá o en cualquier ciudad del Departamento. Los Comités Deportivos Municipales son agrupaciones de clubes a nivel municipal que actúan como organismos delegatarios de las ligas deportivas, como deportes se practiquen en forma organizada (sic). En este sentido los define el artículo 92 del Decreto 1387 de 1970; a su vez el Decreto 886 de 1976, define los

clubes, como personas jurídicas que con deportistas no profesionales y sin ánimo de lucro, promuevan y fomenten la práctica de uno o más deportes, y si el club se constituye con el fin de que sus socios o afiliados participen en competencias deportivas oficiales, deberá afiliarse al comité, liga o federación del correspondiente deporte. En síntesis, el Decreto 1387 de 1970, establece claramente la organización deportiva del país en forma coordinada y estable partiendo desde la organización a nivel municipal con los clubes y comités municipales para llegar a las federaciones nacionales de cada deporte, obviamente sin dejar de lado la organización deportiva en las Fuerzas Militares. A este respecto, el Capítulo —V— del Decreto en mención determina la organización deportiva militar con la existencia de la federación deportiva militar, la cual podrá tener una liga militar para cada deporte.

Debe observarse que el régimen de organización de la actividad deportiva militar, es distinto del que rige la actividad deportiva civil, y que estos se integran para efectos de las competencias en que participan; así, al paso que en la forma de organización civil existe una federación para cada deporte, en la militar existe una sola que es la federación deportiva militar, la cual está integrada por ligas militares de cada deporte, las cuales a su vez están constituidas por clubes.

Ahora bien, la integración entre la actividad deportiva militar y la civil, la prevé el artículo 52 del Decreto 1387 de 1970 al prescribir que cada liga deportiva militar debe estar afiliada a la federación nacional correspondiente de cada deporte, lo que permite a las Fuerzas Militares en razón de su organización especial hacer sus propias competencias como lo señala el artículo 57 y participar al lado de los civiles en justas deportivas como ya se estableció. Se hace necesario observar que esta integración es obligatoria, por cuanto la afiliación de la liga militar de cada deporte a la federación nacional correspondiente, establecida en el artículo 52 del Decreto 1387 de 1970 no es facultativa, sino por el contrario imperativa.

Ahora bien, la federación deportiva militar se rige por las normas que para el efecto expide el Ministerio de Defensa y aquella es la encargada de establecer la forma de organización de las ligas militares.

Entonces, de todo lo antes expuesto se puede concluír que en razón de la obligación en que se encuentran las ligas deportivas militares de afiliarse a la federación nacional correspondiente de cada deporte, el representante de ésta será quien la pueda representar en las Asambleas Ordinarias o Extraordinarias de la respectiva federación, salvo el caso previsto en el parágrafo 1 del artículo 11 del Decreto 1387 de 1970 cuando la respectiva federación esté integrada por clubes como es el caso de la federación colombiana de deportes ecuestres, en cuyo evento los clubes hípicos militares serán los afiliados ya que es obvio que ellos no pueden integrar una liga militar, en virtud de las mismas razones que impiden la constitución de la federación colombiana de deportes ecuestres mediante la integración de ligas civiles.

A esta conclusión se llega, si se tiene en cuenta, que es difícil conformar la liga militar ecuestre, por cuanto cada guarnición militar tiene su club hípico con caballares propios lo cual hace difícil integrarlos a nivel nacional. Por otro lado las ligas militares están constituídas por clubes, según la organización que establezca la federación deportiva militar y la creación de ligas militares al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 1387 de 1970 es facultativa de la federación deportiva militar en cuyo caso al no existir liga militar de un determinado deporte, de todas formas existirán los clubes que podrán afiliarse a la federación nacional correspondiente.

De todo lo expuesto se concluye, que el representante de la liga militar o del club que se encuentre afiliado a la federación nacional, será quien los represente en las Asam-

bleas de la federación, sin necesidad de que reúnan los requisitos exigidos para los clubes civiles, bastando con que acrediten que cumplen con los que para las ligas militares o clubes según el caso, haya establecido la federación colombiana militar.

—II— En relación con la segunda pregunta, la Sala la absuelve en los siguientes términos:

El Capítulo —V—, artículo 51 y siguientes del Decreto 1387 de 1970 regula la actividad deportiva militar en la forma descrita en el punto —I— de este concepto; el artículo 54 establece que todo el personal que se encuentre bajo banderas y el que preste sus servicios en las Fuerzas Militares, Policía Nacional y entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa, queda incorporado durante todo el tiempo de su servicio, para efectos deportivos, a la federación colombiana militar. Ello indica que solamente pueden pertenecer a la federación militar y obviamente que para efectos competitivos lo harán en nombre y representación de los clubes afiliados a las ligas militares conservando su carácter de deportistas militares mientras tengan un vínculo con las Fuerzas Armadas, es decir, mientras se encuentren bajo banderas como bien lo señala el decreto o se encuentren al servicio de las Fuerzas militares, la Policía Nacional y las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa. Una vez dejen de tener vínculo con todo lo que represente actividad militar, automáticamente quedarán reintegrados al registro al cual pertenecían cuando ingresaron, tal como lo establece el artículo 54 en comento.

Se observa cómo la actividad deportiva militar, se encuentra regulada en el Decreto 1387 de 1970 e inclusive los deportistas militares pueden ser sancionados por el tribunal de sanciones de cada liga militar, al igual que estos también pueden efectuar campeonatos entre sus clubes, lo cual indica la especialidad del tratamiento dado a aquellos. Dado que los militares no pueden representar a un club o liga distinta de la militar, por la forma especial en que está regulada su actividad deportiva, de igual manera no pueden los civiles representar a los militares en sus actuaciones deportivas, en razón de todo lo anteriormente expuesto.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta del señor Ministro de Educación Nacional.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

VACACIONES DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.— Iniciación del descanso. Compensación en dinero. Presupuesto básico de dicho derecho. Límite de la prestación. Liquidación. Factores salariales. ASIGNACION MENSUAL.— Concepto. GRADO.— Concepto. REMUNERACION EN EMPLEADOS PUBLICOS.— El sistema de remuneración vigente para los empleados públicos se estructura sobre la base de que aquella es mensual.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., dos (2) de junio de mil novecientos ochenta (1980).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 1.380.

La señora Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en Oficio No. 1806 somete a consideración de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente consulta:

"El Decreto Extraordinario 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, en sus artículos 8 y 10, dispone:

ARTICULO 8.

"Vacaciones.— Los empleados públicos o trabajadores oficiales tiene derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas.

"Las vacaciones de los funcionarios de la rama jurisdiccional, del ministerio público y del ramo docente se rigen por normas especiales".

ARTICULO 10.

"Sólo se podrán acumular vacaciones hasta por dos (2) años, por necesidades del servicio y mediante resolución motivada. Cuando no se hiciere uso de vacaciones en la fecha señalada, sin que medie autorización de aplazamiento el derecho a disfrutarlas o a percibir la compensación correspondiente, conforme a lo que más adelante se establece, prescribe en tres años".

Si se presenta interrupción justificada en el goce de las vacaciones, el empleado no pierde el derecho a disfrutarlas en su totalidad.

Es prohibido compensar las vacaciones en dinero; pero el jefe del respectivo organismo puede autorizar que se paguen en dinero, hasta las correspondientes a un (1) año en casos especiales de perjuicio en el servicio público.

Los empleados públicos que salgan en uso de vacaciones, tienen derecho al pago anticipado de ellas.

Cuando un empleado público o trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado. Tal reconocimento no implica continuidad en el servicio.

El Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamenta el citado decreto 3135, al respecto, estatuye:

ARTICULO 43.

"Derecho a vacaciones.— 1. Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.

"2o. El personal científico que trabaja al servicio de campañas antituberculosas así como los que laboren en el manejo y aplicación de rayos x y sus ayudantes tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada seis (6) meses de servicios.

"3. Los trabajadores oficiales ocupados en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, tienen derecho a vacaciones proporcionales por las fracciones de año, cuando no alcancen a completar un año de servicios".

ARTICULO 48.

"Pago de las vacaciones que se disfruten.— El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten se pagará con base en el salario devengado por el empleado oficial al tiempo de gozar de ellas.

"Parágrafo. — El mencionado pago deberá efectuarse por su cuantía total y con una antelación no menor a cinco (5) días, contados desde la fecha señalada para iniciar el goce de las vacaciones, a fin de que el empleado pueda organizar con la anticipación suficiente su plan de descanso".

El Decreto Extraordinario 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, establece lo siguiente:

ARTICULO 8.

"De las vacaciones.— Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales.

"En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones".

ARTICULO 17.

"De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones.— Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;

c) Los gastos de representación;

d) La prima técnica;

e) Los auxilios de alimentación y de transporte;

f) La prima de servicios;

g) La bonificación por servicios prestados.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas".

ARTICULO 18.

"Del pago de las vacaciones que se disfruten.— El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten será pagado, en su cuantía total, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado".

Con relación a las citadas disposiciones, se sostiene que el descanso remunerado debe liquidarse con base en el salario percibido por el empleado en la fecha en la cual inicia el disfrute de las vacaciones, conforme a lo previsto en el artículo 17 del comentado decreto 1045. Sin embargo, hay quienes consideran que debe liquidarse con base en el salario o salarios que corresponda al funcionario durante su disfrute.

Respecto a la forma de liquidar el período vacacional, sostiene la Contraloría General de la República que sólo 15 días deben liquidarse con base en los factores de salario señalados en el artículo 17 del mismo Decreto 1045, excluyendo por consiguiente de la liquidación, los dominicales, los feriados y los días de vacancia a que se refiere el artículo 8 del Decreto 1045, que incidan en el cómputo de los 15 días hábiles.

Por otra parte, se sostiene que cuando los 15 días hábiles de vacaciones comprendan el 31 de un mes, éste debe computarse para efectos del descanso pero sin derecho a remuneración alguna.

Con fundamento en lo anterior, se consulta a esa alta Corporación:

1. Si debe reajustarse el valor del descanso remunerado por concepto de vacaciones cuando, durante dicho período, se ordene un aumento de salario para el cargo que venía desempeñando el empleado en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones.

2. Si en la liquidación del descanso remunerado por concepto de vacaciones deben incluírse los dominicales, feriados y demás días de vacancia comprendidos en los 15 días hábiles.

3. Si para efectos de vacaciones debe computarse y remunerarse el 31 de un mes.

Del Decreto-Ley 1045 de 1978 cuyos artículos 8o. a 23 regulan, en el orden nacional, la aplicación de las normas sobre vacaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales, extrae la Sala los principales criterios adecuados a la absolución de la anterior consulta.

Para iniciar el descanso remunerado dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlo, o para reanudarlo cuando se haya interrumpido; para compensarlo en dinero cuando se haya autorizado por necesidades del servicio o cuando el empleado o trabajador queda retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado el causado a su favor, tiene derecho aquel a percibir el valor correspondiente a sus vacaciones y está obligado a reconocerlo previo cómputo del tiempo servido y mediante resolución, el jefe del organismo o el funcionario en quien haya delegado la atribución respectiva.

Constituye presupuesto básico de dicho reconocimiento la liquidación de la remuneración o valor de las vacaciones, en la cuantía que corresponda, de acuerdo con los factores objeto de la misma, por un monto equivalente a quince días, límite de la prestación en los términos del artículo 8o. del Decreto 1045 de 1978 y la correlación de tales factores la remite el artículo 17 ibidem, para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado del empleado o trabajador oficial como la prima de vacaciones, a la fecha en la cual comience a disfrutarlo.

Así, pues, los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la liquidación de las vacaciones y de la prima de vacaciones son los señalados por el citado artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 "siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas".

Se precisa en tal forma la correlación del pago del valor de las vacaciones que se disfruten o la de la compensación en dinero autorizada por necesidades del servicio o por retiro definitivo, con los factores de salarios devengados por el empleado, porque sólo así puede liquidarse la prestación, vale decir reconocerse el respectivo derecho en un momento dado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause.

Vinculado, entonces, el reconocimiento del derecho a vacaciones a los factores salariales correspondientes al empleado, no puede excluírse la variación de los mismos mientras disfruta del descanso y como éste es remunerado, tal variación implica necesariamente el reajuste del valor de las vacaciones que se disfruten, a partir de la fecha en que dicho aumento tenga efecto.

Comprendido, así mismo, el descanso dentro de la remuneración mensual correspondiente al empleado que lo disfruta, y siendo propia de la naturaleza de tal descanso su continuidad, la más elemental consideración conduce a concluír que la liquidación del valor de quince días hábiles de vacaciones absorbe el valor de los dominicales y feriados e incide en el cómputo de la cuantía total que debe pagarse al empleado que las disfrute.

Así se infiere de lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto 1045 de 1978 en los siguientes términos:

"El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten será pagado en su cuantía total, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado".

Si se excluyesen, pues, de la liquidación referida dominicales, feriados, etc., el único efecto, fuera del incumplimiento de la norma transcrita, sería el de posponer su pago al empleado, cuya continuidad en el servicio seguiría siendo título para reclamarlo como factor de su salario mensual y del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y la pensión de jubilación. (Artículo 45 ibídem).

La alusión anterior a asignación o remuneración mensual conduce por último a la Sala, a concretar su criterio respecto a la tercera cuestión puesta en la consulta, previas las siguientes precisiones:

1. Es derecho del empleado o del trabajador oficial percibir puntualmente la que para el respectivo empleo fije la ley (artículo 7o. Decreto 2400 de 1968);

2. Ningún empleo puede tener remuneración diferente a la señalada en la nomenclatura para cada clase, con referencia a las escalas de remuneración fijadas por la ley (artículo 8o., aparte b.), artículo 13 Decreto 1950 de 1973);

3. Constituye falta disciplinaria el desconocimiento del derecho a que se refiere el punto primero (artículo 132 Decreto 1950 de 1973);

4. La *"asignación mensual"* de cada empleo está determinada, según la denominación y el grado establecidos por el Decreto 1042 de 1978 y corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales (artículo 33 ibídem);

5. Por grado se entiende, el número de orden que indica la *asignación mensual* del empleo dentro de la escala progresiva. (artículo 13 Decreto 1042 de 1978);

6. Las asignaciones mensuales fijadas en las escalas corresponden exclusivamente a empleos de carácter permanente y de tiempo completo (artículo 21, inc. 6o. ibídem);

7. Los empleados públicos a quienes se aplica el sistema de remuneración del decreto citado sólo podrán percibir por concepto de sueldo la *asignación básica mensual* que corresponda al cargo que desempeñen y los factores de salario establecidos en el artículo 42 del mismo Decreto 1042 (artículo 31 ibídem).

Bastan y sobran las anteriores precisiones para concluír que el sistema de remuneración vigente para los empleados públicos se estructura sobre la base de que aquella es mensual, de que a cada mes corresponde por igual la remuneración básica, y que resulta extravagante, por decir lo menos, considerar fracciones de mes o días calendario para efectos de liquidar el descanso remunerado que se disfrute o su compensación, como si fueran distintas de las salariales los factores de liquidación, ya analizados y vinculados en este dictamen a la absolución de las otras cuestiones propuestas por la señora Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

En los términos anteriores se absuelve la consulta.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

GUARDIA PENITENCIARIA.— Los miembros de dicha Guardia, dependientes de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, son empleados públicos. FUNCIONES no son militares ni paramilitares, sino de carácter civil. GASTOS DEL TRASLADO.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., veinticinco (25) de junio de mil novecientos ochenta (1980).

Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 1391.

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

"¿Puede considerarse que los miembros de la Guardia Nacional Penitenciaria, a pesar de formar parte de un cuerpo que podríamos denominar paramilitar, sujeto a las restricciones anteriormente señaladas, tienen el estatus de empleados públicos para todos los demas efectos?

"2o.— El artículo 73 del Decreto 1042 de 1978, dispone lo siguiente: "De los Gastos de traslado. Cuando un funcionario fuere nombrado con carácter permanente para ocupar un cargo en otro municipio, tendrá derecho al reconocimiento de pasajes para él y su familia, y el pago de los gastos de transporte de sus muebles. *No obstante lo dispuesto*

en el presente artículo, cuando se trate de traslados periódicos podrá reconocerse una suma fija por este concepto según la reglamentación que al respecto dicte el Gobierno". (subrayado nuestro). Dentro de lo dispuesto en este artículo, qué debe entenderse por traslado periódico? Los miembros de la guardia penitenciaria no tienen un término fijo de permanencia en un determinado Establecimiento Penitenciario, sino que son objeto de traslados por parte de la Dirección General de Prisiones cada dos o tres años aproximadamente. Podría considerarse que tales traslados son periódicos, dándole al concepto de periodicidad una mayor estimación?

3o.— En caso afirmativo, el Ministerio de Justicia podría en defecto de una reglamentación general que se extendiera a todos los funcionarios del orden nacional cobijados por el Decreto 1042 de 1978 y que hasta el momento no ha sido expedida por el Gobierno Nacional, reglamentar, con destino específico al personal de Guardia Penitenciaria los traslados periódicos de que habla el inciso del artículo 73 del Decreto 1043 de 1978 y reconocerles para tal efecto una suma fija tal como lo autoriza el mencionado inciso, suma que tendría el carácter de una prima especial, que podría ser por un valor equivalente a un mes de salario básico devengado por el miembro de la guardia trasladado? De acuerdo con el grado y código, los salarios básicos de la guardia van de $ 5.000 a $ 11.500.00.

LA SALA CONSIDERA:

1o.— Los artículos 42, 46, 55, 56, 57, 59, 86, 87, 88, 89, 93, 95, 98, 99, 100 a 132 del Decreto-Ley 1817 de 1964, que determinan las funciones de la Dirección General de Prisiones, las diferentes categorías de empleos en el ramo carcelario, la carrera penitenciaria y el régimen disciplinario del personal, permiten concluir, sin lugar a la menor duda, que los miembros de la guardia penitenciaria, dependientes de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, son empleados públicos, según los términos del artículo 2o. del Decreto-Ley 1042 de 1978, que es aplicable a todos "los empleados de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales" (artículo 1o. ibídem), salvo las excepciones que determina el mismo decreto, entre las cuales no se cuenta la guardia penitenciaria. Por consiguiente los estatutos de los empleados públicos nacionales, como los Decretos-Leyes 1042 y 1045 de 1978, son aplicables a los miembros de la guardia penitenciaria, sin perjuicio de las disposiciones especiales que los rigen, que son de prevaleciente aplicación, como las del Decreto-Ley 1817 de 1964 que regulan la carrera penitenciaria.

2o.— No obstan a su carácter de empleados públicos las funciones que desempeñen los miembros de la guardia penitenciaria como sucede con todos los demás, lo esencial es que están sujetos a una situación estatutaria, que determina sus deberes y derechos; que pertenecen al Ministerio de Justicia y que, aunque de vigilancia, sus funciones no son militares, ni paramilitares, sino de carácter civil.

3o.— El artículo 73 del Decreto-Ley 1042 de 1978 prescribe textualmente:

"De los gastos de traslado. Cuando un funcionario fuere nombrado con carácter permanente para ocupar un cargo en otro municipio, tendrá derecho al reconocimiento de pasajes para él y su familia, y el pago de los gastos de transporte de sus muebles. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando se trate de traslados periódicos podrá reconocerse una suma fija por este concepto según la reglamentación que al respecto dicte el Gobierno".

Según los términos del precepto transcrito, cuando una persona sea nombrada para empleo que deba desempeñar en municipio distinto del de su residencia, tendrá

derecho a "pasajes para él y su familia, y al pago de los gastos de transportes de sus muebles". Pero si los traslados fueren periódicos, es decir, al cabo de un lapso de desempeñar el empleo en un determinado lugar, "podrá reconocerse una suma fija por este concepto según la reglamentación que al respecto dicte el Gobierno". La finalidad de la disposición consiste en que, ante la periodicidad o frecuencia de los traslados, se pueda reconocer una suma fija, tanto por concepto de pasajes como de transporte de los muebles, conforme al reglamento que expida el Gobierno.

4o.— El determinar si los traslados son o no periódicos, depende de los correspondientes reglamentos o de las prácticas regulares en interés exclusivo del servicio —no para favorecer o perjudicar a alguien—, en las diferentes dependencias y organismos de la Administración. En caso positivo, bien se puede reconocer una suma fija por concepto de gastos de traslado, conforme al reglamento que expida el Gobierno.

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

Transcríbasele en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.— MINISTERIO PUBLICO.— 1. ¿Por quién es ejercido? 2. Funciones generales de los funcionarios del Ministerio Público. 3. SUPERVIGILANCIA DE LA CONDUCTA OFICIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS. 4. Funciones del Procurador General de la Nación. Legislación vigente. 5. SUBALTERNOS DEL CONGRESO. Están cobijados por las mismas normas disciplinarias de todo empleado de la Administración. (Ley 28 de 1983).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., julio seis (6) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2098.

El Doctor Alfonso Ospina Ospina, como Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, hace la siguiente consulta:

"1. ¿Subsisten o, lo que es lo mismo, no están derogadas las atribuciones que al Procurador General de la Nación le fijan los artículos 4o., 5o., 6o. y 8o. de la Ley 83 de 1936?

2. ¿Puede el Procurador General de la Nación ejercer sobre los empleados públicos subalternos del Congreso las facultades o potestades que dimanan de los aludidos preceptos de la Ley 83 de 1936?

3. Pueden los Procuradores Regionales y los Procuradores Delegados, señalados en los artículos 13, 14 y 26 de la Ley 25 de 1974, ejercer las facultades y potestades contenidas en estos textos legales, sobre los empleados subalternos de la Rama Legislativa del Poder Público?

Fundamento la consulta en las siguientes consideraciones:

I. Al tenor del artículo 143 de la Constitución Política corresponde a los funcionarios del Ministerio Público supervigilar la conducta de los *empleados públicos* y el 145 ibidem atribuye al Procurador General de la Nación, Jefe del Ministerio Público, la función especial de cuidar que todos los *funcionarios públicos* al servicio de la *Nación* desempeñen cumplidamente sus deberes.

II. En desarrollo de los preceptos constitucionales aludidos, la Ley 83 de 1936 señala en sus artículos 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. y concordantes, facultades de vigilancia administrativa al Procurador General de la Nación y le otorgó potestades disciplinarias y correccionales sobre los empleados nacionales.

III. Por virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 2898 de 1953, convirtiendo en legislación permanente por la Ley 141 de 1961, se creó el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y justamente en desarrollo de los memorados artículos 143 y 145 del Estatuto Supremo, a más de que le fijaron potestades disciplinarias —decantando las existentes— al Jefe del Ministerio Público.

IV. La Ley 25 de 1974, reorgánica de la Procuraduría General de la Nación redistribuyó la facultad de vigilancia administrativa de la Procuraduría General de la Nación en el Procurador, en algunos Procuradores Delegados, en los Procuradores Regionales y en los Jefes de Oficinas Seccionales (artículo 13).

V. La citada Ley 25 de 1974 organizó las competencias disciplinarias de carácter administrativo de la siguiente manera:

"De los procesos disciplinarios contra los empleados de la *Rama Ejecutiva* y las *Contralorías* y quienes sin tener el carácter de empleados ejerzan funciones públicas en estos ramos, conocen:

"1.— El Procurador General de la Nación, en segunda instancia, los fallados en primera por los Procuradores Delegados.

"2.— Los Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa, según el caso y salvo lo previsto en el artículo 8o. de esta ley:

"a) En primera instancia, los que se adelanten contra el Contralor General de la República y el Contralor General Auxiliar, los Jefes de Departamentos Administrativos, los Rectores, Directores o Gerentes de las entidades u organismos descentralizados del orden nacional y los miembros de sus Juntas o Consejos Directivos, los Agentes Diplomáticos y Consulares, el Registrador Nacional del Estado Civil, los Viceministros, el Tesorero General de la República, los Gobernadores y Contralores Departamentales, el Alcalde Mayor, el Contralor y el Tesorero del Distrito Especial de Bogotá, los Secretarios de Ministerios y Gobernaciones, los Intendentes y Comisarios, los Alcaldes de capital de Departamento y los Secretarios de la Alcaldía Mayor de Bogotá;

"b) En segunda instancia, los fallados en primera por los Procuradores Regionales.

"3.— Los Procuradores Regionales, en primera instancia, los que se adelantan contra los demás empleados oficiales y quienes, sin tener este carácter, ejerzan funciones públicas en el respectivo territorio".

El artículo 14 de la Ley 25 de 1974 atribuye potestad sancionatoria al Procurador General, a los Procuradores Delegados y Regionales, en relación con los *empleados oficiales.*

Es preciso destacar que el artículo 30 de la Ley 25 de 1974 determinó la derogatoria de "los artículos 2o., 5o., 6o. y 10 del Decreto 2898 de 1953 ... y derogadas o modificadas las demás disposiciones contrarias a la presente ley", sin que hubiese derogado expresamente los preceptos de la Ley 83 de 1936, atinentes a la vigilancia y potestades disciplinarias a cargo del Procurador General de la Nación. Del artículo 103-5o. de la Constitución Política se desprende evidentemente que es la ley la que crea los empleos subalternos de cada Cámara y quienes lo desempeñan por tanto son empleados públicos de la Rama Legislativa del Poder Público, idea ésta que reafirma el artículo 5o. de la Ley 4a. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) apenas parcialmente derogado, por cierto. Son empleados públicos (nacionales) de la Rama Legislativa del Poder Público los subalternos de ella, antes de la expedición de la Ley 28 de 1983 y no por la simple circunstancia de que ésta haya reconocido que tiene ese carácter.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. La Constitución Nacional en su título XIV (artículos 142 y ss.), contiene las disposiciones referentes al Ministerio Público, el cual dice "será ejercida bajo la suprema dirección del gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás fiscales que designe la ley ..."(artículo 142). Luego el artículo 143, asigna las funciones generales de los funcionarios del Ministerio Público, entre las cuales se encuentra la de "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos"; y finalmente en el artículo 145 le asigna las funciones especiales al Procurador General de la Nación.

Estos preceptos constitucionales fueron desarrollados por la Ley 83 de 1936, mediante la cual se reorganizó la Procuraduría General de la Nación, y posteriormente por el Decreto Legislativo 2898 de 1953 (adoptado como ley por la 141 de 1961), por el cual se creó el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y le asignó las funciones.

El Decreto Legislativo 2898 de 1953, dispuso en su artículo vigésimo primero "Este Decreto rige desde la fecha de su expedición, y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias". Esta norma, al adoptarse como ley permanente por la 141 de 1961, equivale a una derogatoria de la Ley 83 de 1936, en cuanto a las funciones otorgadas por ésta directamente al Procurador General, puesto que con la expedición del Decreto Legislativo mencionado, el ejercicio de dichas funciones, no es competencia directa del Procurador, sino del Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa. Esto se deduce también, del artículo décimo del decreto en cita: "El Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa ejercerá, además, todas las funciones y atribuciones de vigilancia administrativa que se señala a la Procuraduría en la Ley 83 de 1936, o que le encomiende el Gobierno Nacional ..." y al tornarse en ley permanente, quiere decir que las atribuciones contempladas por la Ley 83 quedaron a cargo de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa.

De estas disposiciones, en materia de estructura y funcionamiento del Ministerio Público, fueron derogados expresamente por la Ley 25 de 1974, los artículos 2o., 5o., 6o. y 10 y derogadas o modificadas las demás disposiciones contrarias a la misma (artículo 30 ibídem).

De esta forma respecto de la primera pregunta, la Sala llega a la conclusión de que las atribuciones que al Procurador General de la Nación le fijaron los artículos 4o., 5o., 6o. y 8o. de la Ley 83 de 1936 fueron derogadas tal como allí aparecían. En esta materia es legislación vigente, la Ley 25 de 1974.

2. Para la absolución de la segunda y tercera pregunta debe tenerse en cuenta: a) La facultad de vigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos, corresponde, según el precepto constitucional antes citado, a los funcionarios del Ministerio Público. Esto es, se refiere a la Procuraduría como entidad integramente considerada. El Ministerio Público extiende su vigilancia a la totalidad de los actos oficiales tanto en los entes administrativos como jurisdiccionales y en todos los niveles: Nacional, Departamental y Municipal.

Ahora bien, ese ente administrativo denominado por la Constitución Nacional Ministerio Público, tiene una estructura legal, dividida la Procuraduría General en Procuradurías Delegadas y Regionales, con el fin de llevar a cabo sus funciones constitucionales y legales. b) De otra parte, respecto de la calidad de los subalternos del Congreso, esta Sala en concepto del 14 de marzo de 1984 con ponencia del Magistrado Jaime Paredes Tamayo (Radicación 2038) afirmó: "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, la Ley 28 de 1983, sin exceptuarlos, por aspectos disciplinarios o penales del régimen común de la administración pública.

3. En conclusión, la Ley 83 de 1936 no subsiste y siendo los subalternos del Congreso, empleados oficiales, la Procuraduría, ya sea por intermedio de los delegados regionales, tiene competencia para ejercer sus facultades y potestades sobre los mismos, en los términos de los artículos 13., 14. y 26 de la Ley 25 de 1974.

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.

COOPERATIVAS.— AUDITOR FISCAL.— El artículo 205 del Código de Comercio no es aplicable por analogía a las cooperativas, porque las mismas regulaciones y principios cooperativos, comportan la solución jurídica que determina la imposibilidad de que la designación de Contador Juramentado como auditor de una cooperativa, recaiga en alguno de los asociados de la misma. COOPERATIVAS.— MINIMO PATRIMONIAL QUE DETERMINA DESIGNACION DE AUDITOR FISCAL EN UNA SOCIEDAD COOPERATIVA.— REAJUSTE DE LA CUANTIA PATRIMONIAL.— Si para liquidar una indemnización de perjuicios morales y mantener el poder reparador de la suma de $ 2.000.oo reconocida por el artículo 95 del Código Penal, procedió la referencia al oro, como patrón monetario y la aplicación del artículo 1835 del Código de Comercio, en armonía con los artículos 1887 y 1889 del mismo. (Sentencia del Consejo de Estado de 22 de noviembre de 1979).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.—Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2083.

En oficio No. D. J. D. 0235, el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, pide a la Sala le absuelva la consulta cuyo texto se transcribe:

"PRIMERA: El artículo 105 del Decreto 1598 de 1963, por medio del cual se regulan las sociedades cooperativas, dice: "Los casos no previstos en este decreto ni en sus reglamentarios, se resolverán primeramente conforme a la doctrina y a los principios generalmente aceptados. En último término se recurrirán para resolverlos a las disposiciones generales sobre sociedades que por su naturaleza sean aplicables a las cooperativas".

Para este Departamento Administrativo es necesario determinar el alcance de la aplicación de la analogía que contiene esta norma en algunos casos. Quiero anotar que el artículo 1o. del Decreto-Ley 1598 de 1963 reconoce las sociedades cooperativas como personas de derecho privado con fines de interés social y sin ánimo de lucro. Es decir, que en las cooperativas no existe ningún fin comercial sin ánimo de prestar servicios a los asociados. Por otra parte, el artículo 47 del mencionado Decreto 1598 establece que la revisoría fiscal y contable podrá estar a cargo de un auditor nombrado por la asamblea de socios.

La primera consulta, concretamente se refiere a la aplicación de la analogía respecto del artículo 205 del Código de Comercio, el cual establece quienes no podrán ser revisores fiscales en las sociedades comerciales y concretamente en el numeral 1o. lo prohibe a "quienes sean asociados de la misma compañía o de alguna de sus subordinadas, ni en éstas, quienes sean asociados empleados de la sociedad matriz".

Como la legislación cooperativa no tiene las prohibiciones del artículo 205 del Código de Comercio, quisiera conocer el criterio de ustedes, en el sentido de si el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas —DANCOOP— debe aplicar por analogía el contenido del mencionado artículo 205 estableciendo así que no podrían ser auditores en las cooperativas quienes sean asociados.

En segundo lugar, es importante conocer si es forzoso aplicar por analogía en el caso de las sociedades cooperativas el artículo 215 del Código de Comercio que dice "El revisor fiscal deberá ser contador público. Ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor en más de cinco sociedades por acciones. Con todo, cuando se designen asociaciones o firmas de contadores como revisores fiscales, éstas deberán nombrar un contador público para cada revisoría ...". Quiero repetir que el artículo 47 del Decreto 1598 señala que las cooperativas cuyo patrimonio sea o exceda de $ 500.000.oo estarán obligadas a nombrar un auditor que deberá ser contador juramentado.

SEGUNDA.— Seguidamente, Honorables Consejeros de Estado, quiero plantearles una consulta que sería de especial importancia en aquellos casos en los cuales la ley señala cantidades exactas de dinero, ya que esas sumas cada vez significan menos por razón de la depreciación de la moneda y, por lo tanto, se desvirtúa la voluntad del legislador.

En repetidas ocasiones se ha planteado este problema de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Es conveniente citar el fallo del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 9 de julio de 1982, siendo

Consejero Ponente el doctor Jorge Valencia Arango y actor Raúl Lorza Osorio (expediente 2615). También el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en la sentencia del 22 de noviembre de 1979, siendo Consejero Ponente el mismo doctor Jorge Valencia Arango y actora Marina de Socorro Vda. de Cárdenas (expediente 2155), consideró lo siguiente en la tasación del valor que se debe pagar por indemnización debida por perjuicios de que trata el artículo 95 del Código Penal vigente: "La Sala encuentra equitativo y jurídico que en materia de perjuicios en el campo extracontractual, se atiende a la desvalorización de la moneda nacional para mantener el poder reparador de la suma reconocida como indemnización, conforme lo predica la moderna doctrina sobre la materia y lo exige la equidad".

Por lo tanto, para interpretar el monto de la indemnización de perjuicios de que trata el fallo y como el Código Penal vigente al momento del fallo fue expedido el 24 de abril de 1936, cuyo artículo 95 habla de indemnización de perjuicios por valor de $ 2.000.oo, considera la Sala que: "... conocido el valor oficial del oro, patrón monetario internacional, que en 1937 era de $ 2.oo el gramo y hoy es de $ 49.98 según datos del Banco de la República, resulta fácil deducir el valor actual de los $ 2.000.oo de que habla el artículo 95 del Código Penal, en términos de equivalencia con el valor actual del oro".

Además, consultado el valor del peso colombiano desde 1963 hasta el presente año en la Oficina de Investigaciones Económicas del Banco de la República, cuya fotocopia anexo, se encontró que el valor hoy del peso de diciembre de 1963, fecha en la cual se expidió el Decreto 1598 que reglamenta las sociedades cooperativas, es de $ 24.81 pesos. ¿No es, entonces, apenas lógico que si el legislador fijó una suma en 1963 quiso darle a esa suma el valor que en ese entonces tenía?

Si, pues, como en otras materias la jurisprudencia ha tenido en cuenta este factor de la depreciación de la moneda, es nuestro deseo conocer el criterio de esa Sala de Consulta y Servicio Civil en relación con la interpretación de las cantidades de dinero que señalan las normas cooperativas tales como el artículo 47 del Decreto 1598 de 1963, el cual establece como límite $ 500.000.oo (o sea, $ 12.405.000.oo de hoy) para obligar a una cooperativa a contar con un auditor que sea contador juramentado, y el artículo 100 del mismo decreto, que establece multas hasta por $ 2.000 ($ 49.620.oo) en el literal a) y por $ 1.000.oo ($ 24.810.oo) en el b).

Concretamente queremos saber si el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas puede entender que las cantidades de dinero señaladas en el Decreto 1598 de 1963 corresponden al precio real del peso en ese año y por lo tanto deberían tomarse a su valor constante de 1963, que evidentemente fue el que tuvo en cuenta el legislador".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para reformar y actualizar la legislación sobre cooperativas con aprobación previa del Consejo de Ministros, la Ley 1a. de 1963 facultó al Gobierno hasta el 20 de julio de dicho año (artículo 11) y el Gobierno en uso de la facultad expidió el 17 de julio el Decreto 1598 al cual corresponden los siguientes artículos:

ARTICULO 47.— La revisión fiscal y contable podrá estar a cargo de un Auditor nombrado por la Asamblea, y sus funciones serán señaladas en los Estatutos. Las cooperativas cuyo patrimonio sea o exceda de $ 500.000.oo, estarán obligadas a nombrar un Auditor que deberá ser contador juramentado, y el balance general será presentado a la Asamblea, acompañado de un examen financiero y análisis de cuentas.

ARTICULO 100.— En ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, la Superintendencia podrá:

a) Imponer sanciones de multa entre cincuenta pesos ($ 5,00) (sic) y dos mil pesos ($ 2.000.00), a las personas naturales, entidades o sociedades infractoras;

b) Conminar a las mismas con multas sucesivas hasta de mil pesos ($ 1.000.oo), para que se ajusten al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias;

c) Suspender temporalmente o clausurar el desarrollo de una actividad específica o de la totalidad de las operaciones de una sociedad, o fondo, cuando no se cumpla conforme a las normas sobre la materia;

d) Suspender temporalmente o cancelar el ejercicio de la personería jurídica a la sociedad cooperativa o mutuaria, que persista, a pesar de los requerimientos y sanciones, en mantenerse en situación contraria a los preceptos legales y reglamentarios.

ARTICULO 105.— Los casos no previstos en este decreto ni en sus reglamentarios, se resolverán primeramente conforme a la doctrina y a los principios cooperativos generalmente aceptados. En último término se recurrirá para resolverlos a las disposiciones generales sobre sociedades, que por su naturaleza sean aplicables a las cooperativas.

Como disposiciones generales sobre contrato de sociedad, las siguientes del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) tienen relación con la cuestión planteada.

ARTICULO 205.— No podrán ser revisores fiscales:

1o. Quienes sean asociados de la misma compañía o de alguna de sus subordinadas, ni en éstas quienes sean asociados o empleados de la sociedad matriz.

ARTICULO 215.— "El revisor fiscal deberá ser contador público. Ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor en más de cinco sociedades por acciones. Con todo, cuando se designen asociaciones o firmas de contadores como revisores fiscales, éstas deberán nombrar un contador público para cada revisoría, que desempeñe personalmente el cargo, en los términos del artículo 12 de la Ley 145 de 1960. En caso de falta del nombrado, actuarán los suplentes".

Reglamentar lo concerniente al ejercicio de la revisoría fiscal cuando se trata de sociedades de capitales *fue materia propia de un Código Mercantil*, ya que sin ella hubiera quedado incompleta la regulación sobre el funcionamiento de tales sociedades, y si por reglamentación de la contaduría pública cabe entender la limitación a cinco de las revisorías que puede desempeñar un contador público, es claro que tal limitación como materia propia de la ley, ya sea expedida directamente por el Congreso o mediante el sistema excepcional de las facultades extraordinarias, no podría extenderse por analogía, a otro tipo de sociedades como las cooperativas cuya naturaleza de asociación voluntaria de personas o entidades de utilidad pública y de interés social, determina un régimen propio, inasimilable al de sociedades de capitales, menos aún cuando implica, en particular, reglamentación excepcional del ejercicio de una profesión.

Se impone el principio de interpretación restrictiva de toda excepción, aunque su aplicación pueda resultar conveniente en sociedades cooperativas, como garantía de su seguridad y razonable sistema del trabajo de los revisores fiscales. Pero con este pretexto no pueden aplicarse reglas de estricta interpretación cuyo contenido y alcance no va más allá de los casos concretos inequívocamente regulados por éllas.

Para superar la insuficiente formulación técnica del artículo 47 del Decreto 1598 de 1963, concurren otros preceptos que, como reglamentaciones especiales, no contrarias

de suyo a tal formulación, están destinadas a regular en parte una actividad necesaria para el funcionamiento normal de las cooperativas, cual es la revisión fiscal de las actividades sociales, por medio de funcionarios cuyos deberes, facultades y responsabilidades por su omisión o uso indebido están expresamente previstos conforme a dichos preceptos.

ARTICULO 53.— Los socios tienen los siguientes derechos fundamentales:

a) Realizar con la cooperativa todas las operaciones autorizadas por los Estatutos, en las condiciones establecidas en estos;

b) Participar en la administración de la cooperativa mediante el desempeño de cargos sociales;

c) Ejercer la función del sufragio cooperativo en las Asambleas generales en forma que a cada socio hábil corresponda sólo un voto;

d) Gozar de los beneficios y prerrogativas de la cooperativa;

e) Beneficiarse de los programas educativos que se realicen;

f) Fiscalizar la gestión económica y financiera de la cooperativa, para lo cual podrán examinar los libros, archivos, inventarios y balances en la forma que los Estatutos o Reglamentos lo prescriban;

g) Retirarse voluntariamente de la cooperativa mientras ésta no se haya disuelto.

Tanto en las cooperativas como en los fondos de empleados los contadores deberán ser invariablemente personas naturales o jurídicas diferentes de los auditores de las mismas entidades. (artículo 7o. de la Resolución 1296 de 1972 y artículo 4o. de la Resolución 1618 del mismo año, ambas del Superintendente Nacional de Cooperativas).

"La fiscalización ordinaria del Fondo (de empleados) estará a cargo de un revisor fiscal que será elegido... por la Asamblea de Socios, a dicho funcionario o al suplente le corresponde el examen, verificación y supervigilancia permanente de las operaciones, cuentas y existencias, documentos y sus funciones serán señaladas por los estatutos del Fondo". (artículo 26 de la Resolución 293 de 1967 sobre Fondos de empleados).

"Cuando sea designado liquidador de una cooperativa al gerente, el auditor, un miembro del Consejo de Administración, de la Junta de Vigilancia, o un empleado de la misma, no podrá tomar posesión del cargo sin haber rendido cuenta de su gestión ante la Superintendencia Nacional de Cooperativas". (artículo 46 del Decreto 2059 de 1968 "por el cual se reglamenta el Decreto 1598 de 1963, que actualiza la legislación cooperativa).

Un criterio fijo no puede deducirse sino de la finalidad sustancial de cada precepto o reglamentación y en el caso de la institución de la revisoría fiscal es claro que su introducción por las costumbres y su sanción por la ley, se motivaron específicamente en interés de los asociados, es decir, del buen funcionamiento de su organización, y a ese interés se subordinan los derechos de aquéllos.

En una forma de asociación abierta a la vinculación de numerosos asociados no es posible que la vigilancia sea ejercida directamente por estos, de donde resulta la necesidad de dotarla de un órgano especializado, técnico, funcionalmente autónomo, con mecanismo que asegure la plena eficacia de la función fiscalizadora.

Por esto es atribución privativa, de la Asamblea General de Asociados, suprema autoridad de la cooperativa, la designación del Auditor, por mayoría de votos, si los estatutos no han establecido mayoría especial diferente, "en forma que a cada socio hábil corresponda sólo un voto". (artículo 53, aparte c) Decreto 1598 de 1963).

Aunque los socios tienen derecho a "participar en la administración de la cooperativa mediante el desempeño de cargos sociales", (artículo 53 ibidem aparte b), tal participación, limitada a funciones administrativas, de por sí excluye el desempeño del cargo de Auditor, que en las cooperativas obligadas a nombrarlo, debe ser contador juramentado. Este requisito para ser auditor, en cooperativa cuyo patrimonio sea o exceda de $ 500.000.oo, delimita suficientemente el alcance de la designación, que mal podría quedar librada a la eventual circunstancia de que un asociado lo reuniera, y desde luego, si ningún asociado fuere contador, necesariamente la designación tendría que recaer en quien lo fuera, independientemente de su calidad de socio. Esta, que es la norma general, no tolera, en gracia de su aplicación y de la rectitud de la misma, interpretación extensiva, que atribuya a una obligación legal de la Asamblea de asociados un carácter facultativo u ocasional, que anteponga el interés de designar un socio como revisor, en ejercicio equívoco del sufragio cooperativo, al interés de la ley, que es el de todos los asociados, es decir, el de la asociación.

Como asociación de personas, la cooperativa se apoya en la confianza mutua que debe existir en las relaciones sociales y en la identidad de derechos y obligaciones de los asociados, características originales que correrían riesgos de alterarse hasta desfigurar el principio electoral y de control democrático de la cooperativa, si el interés de un socio condiciona el ejercicio del sufragio cooperativo en la Asamblea General, o si a su derecho de fiscalizar la gestión económica y financiera de la cooperativa (artículo 53 ibidem aparte k) acumula la función propia de la auditoría fiscal.

Con el criterio expuesto funda la Sala su opinión adversa a la aplicación analógica del artículo 205 del Código de Comercio, por que las mismas regulaciones y principios cooperativos comportan la solución jurídica que determina la imposibilidad de que la designación de contador juramentado como auditor de una cooperativa, recaiga en alguno de los asociados de la misma.

Segunda cuestión:

Si para liquidar una indemnización de perjuicios morales y mantener el poder reparador de la suma de $ 2.000.oo reconocida por el artículo 95 del Código Penal, procedió la referencia al oro, como patrón monetario y la aplicación del artículo 1835 del Código de Comercio, en armonía con los artículos 1881, 1887 y 1889 del mismo. (Sentencia del Consejo de Estado de 22 de noviembre de 1979, expediente 2155 — Anales Tomo XCVII números 463 y 464, pág. 579), para determinar la suma actual equivalente a $ 500.000.oo fijados por el artículo 47 del Decreto 1598 de 1963 como mínimo patrimonial de una cooperativa obligada a designar auditor fiscal, no puede operar el mismo procedimiento por no ser una misma la situación de hecho ni corresponder remotamente como solución jurídica compatible. La regla general de indemnizar los daños causados, bajo un mismo concepto de responsabilidad, común a todas las ramas de la legislación, no constituye presupuesto de aplicación analógica respecto de otra situación, ya regulada por cierto, en el ramo cooperativo, donde cualquier cifra o cantidad monetaria queda expresada por su valor real e integra un aspecto normativo del régimen de una persona jurídica, exclusivo de la ley y de compacta aplicación.

Uno es, de otra parte, el poder del juez frente a un proceso, para resolverlo en equidad y, otra la atribución de la administración en función de investigar una regla general cuando para un caso concreto no encuentra solución en el derecho escrito ni puede resolverlo por analogía.

Descontado el continuo proceso de devaluación monetaria como determinante de derogación de leyes que contengan referencias a cualquiera unidad monetaria, y dado un supuesto específico y concreto, aplicable a determinado sujeto, salvo que la ley lo autorice expresamente, ninguna competencia para variarlo a discreción asiste a un organismo como el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, creado en función de aplicar y desarrollar las disposiciones generales que regulan las cooperativas y las demás entidades a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 24 de 1981.

Es obvio que esta función no legitima, por sí misma, ninguna interpretación extensiva y ni siquiera analógica de las normas legales cuando éstas, con un ámbito de aplicación pura y simple, con unos supuestos numéricamente delimitados excluyen, en principio, interpretación extensiva o aplicación de analogía según el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887.

Normas que establecen prohibiciones generales o especiales, que imponen sanciones por la ejecución de ciertos actos o por la omisión de requisitos o exigencias legales, se aplican directamente a los casos expresamente previstos, en razón de su misma eficacia normativa y el empleo de la analogía, cuando se trata de sanciones resulta ilegítimo, pues estas no *existen* cuando no hay texto legal claro y preciso, directamente aplicable al hecho sancionado.

Se entiende que la administración obra en ejercicio de sus facultades regladas, en la medida en que deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo. La administración actúa necesariamente sometida a la legalidad, legalidad objetiva que se sobrepone a su actuación y no es mero instrumento ocasional y relativo en manos de su ejecutor.

Definida una competencia en todos sus términos y consecuencias, su ejercicio ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto de modo preciso y completo y lo que se concretó en una cantidad expresada en unidades monetarias, se reduce a pura constatación, sin remitirse a duda los alcances claros de su aplicabilidad.

La competencia está atribuida al organismo administrativo para que la ejerza precisamente por un cauce determinado y ninguna forma de actuación administrativa procede sin la previa atribución legal; para que pueda dictar válidamente el acto administrativo que a dicha atribución corresponda deben confluir todos los criterios de competencia vigentes en el ordenamiento jurídico-administrativo. Si el desarrollo de las disposiciones generales que regulan las cooperativas supone actualizar previsiones legales específicas en función objetiva económico-social, la solución no opera bajo el concepto de una autonomía de que carece la Administración ni sobre la posibilidad de llegar a una libre configuración administrativa de la decisión, sino sobre una propuesta concreta de modificación del Decreto extraordinario 1598 de 1963, porque sólo por ley pueden adoptarse determinadas regulaciones, cuando su mismo valor y rango normativo lo exigen.

Esta es la única solución previsible dentro de nuestro sistema jurídico positivo para el reajuste de la cuantía patrimonial que determina designación de auditor fiscal en una sociedad cooperativa y del monto de las multas cuya imposición y conminación atribuye el artículo 100 del decreto citado al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas por los actos y omisiones contrarios a las normas legales y reglamentarias sobre cooperativas.

Por lo demás la Sala considera importante destacar que el artículo 76 ordinal 15 de la Constitución Política Nacional privativamente atribuye al Congreso "fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas".

Según el transcrito precepto constitucional, la soberanía monetaria corresponde exclusivamente al Congreso, o al Gobierno investido para ello por el Congreso mediante facultades extraordinarias y pro tempore (artículo 76 ord. 12 Constitución Nacional).

En los términos expuestos se dan por absueltas las cuestiones consultadas por el señor Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

Nota: El Doctor Abello Noguera votó favorablemente la presente providencia.

PRIMA DE ANTIGUEDAD.— 1.— Ingreso de un servidor de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público sin solución de continuidad al servicio de la Rama Ejecutiva. Implicaciones. (Decreto-Ley 1042 de 1978 y 540 de 1977). Vinculación sólo por 3 meses. Consecuencia (artículo 8o. inciso 1o. del Decreto 454 de 1984). 2.— Ingreso al servicio de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de un empleado de la Rama Ejecutiva. 3.— Relaciones entre Rama Jurisdiccional y Ministerio Público. Legislación. (Decreto 454 de 1984, Decreto-Ley 1231 de 1973. Artículo 4o., artículo 5o., — Decreto Reglamentario 2757 de 1973. Artículo 5o., Decreto-Ley 542 de 1977 —artículo 3o., Decreto-Ley 911 de 1978 — artículo 5o., Decreto-Ley 717 de 1978.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2065.

La Ministra de Justicia, encargada, somete a consideración de la Sala la consulta que a continuación se transcribe:

"En relación con la pérdida o conservación de la Prima de Antigüedad a que tienen derecho los Servidores de la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público, se han presentado, entre otras, las siguientes situaciones:

1a. El caso de personas que adquieren prima de antigüedad en la Rama Jurisdiccional o Ministerio Público, luego pasan a la Rama Ejecutiva, sin solución de continuidad y en esta misma forma regresan al servicio de las Entidades primeramente anotadas.

2a. El caso de personas que laboran en la Rama Ejecutiva y adquieren prima de antigüedad, y luego pasan, sin solución de continuidad, a la Rama Jurisdiccional o Ministerio Público.

3a. El caso de Servidores de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, que en un solo año de servicios, gozan de licencia no remunerada, en forma continua o discontinua, superior a 60 días.

4a. El caso de Servidores de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público que, dentro de un mismo bienio de servicios, goza de cada uno de estos 2 años, de licencia no remunerada, continua o discontinua, acumulando dentro de tal situación administrativa un tiempo superior a 60 días.

Es pertinente tener en cuenta el caso de una persona que goza licencia no remunerada en forma ininterrumpida, desde el 1o. de noviembre de un año, hasta el mes de febrero o marzo del año siguiente, evento en que se acumulan 4 o 5 meses continuos de licencia no remunerada, dentro de un mismo bienio.

Las situaciones anteriormente anunciadas han creado dudas sobre la aplicación de las normas que gobiernan la prima de antigüedad, que dentro de un régimen legal especial, la consagran, para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

El Decreto 454 de 1984, traza pautas concretas en forma expresa sobre la materia, pero como quiera que sea preciso tomar decisiones sobre las situaciones ocurridas antes de entrar en vigencia este decreto, en forma respetuosa me permito formular la siguiente consulta ante la Honorable Sala:

a) Si al pasar un servidor de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, que tiene prima de antigüedad, a un cargo de la Rama Ejecutiva, sin solución de continuidad, y luego, también en forma ininterrumpida, regresa a las entidades primeramente citadas, tiene derecho a conservar la prima de antigüedad;

b) Si una persona que labora en la Rama Ejecutiva, con derecho a prima de antigüedad, pasa sin solución de continuidad a la Rama Jurisdiccional o Ministerio Público, tiene derecho a conservar esa prima de antigüedad;

c) Antes de la vigencia del Decreto 454 de 1984, si un funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional o Ministerio Público, que durante un año de servicio goza de licencia no remunerada, en forma continua o discontinua, superior a 60 días, tiene derecho a conservar la prima;

d) Antes de entrar a regir el Decreto 454 de 1984, si uno de los servidores a que se refiere el punto anterior, tratándose de un mismo bienio de servicios, goza durante cada uno de esos dos años de licencias no remuneradas, continuas o discontinuas, acumulando un tiempo superior a 60 días, tiene derecho a conservar la prima de antigüedad".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

a) El ingreso de un servidor de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, sin solución de continuidad, al servicio de la Rama Ejecutiva implica pérdida de la prima de antigüedad, como consecuencia del retiro del servicio en dicha Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, sin que se adquiera derecho equivalente, porque en la Rama Ejecutiva sólo se reconoce prima de antigüedad a los empleados administrativos nacionales que la percibían con fundamento en la legislación anterior al Decreto-Ley 1042 de 1978, específicamente con base en el Decreto-Ley 540 de 1977.

El reintegro al servicio de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, dentro de un plazo que no exceda de tres meses contados desde la fecha del retiro, permite percibir la prima de antigüedad alcanzada en dicho servicio y además permite computar el tiempo transcurrido para un nuevo porcentaje o incremento (artículo 8o., inciso 1o. Decreto 454 de 1984).

b) A la inversa, si ingresa al servicio de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público un empleado de la Ejecutiva, que excepcionalmente conservaba el derecho a percibir prima de antigüedad, ello no significa que pueda continuar recibiéndola ni que adquiera la de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público porque dicho ingreso implica solución de continuidad en el servicio de la administración y pérdida del indicado incremento salarial; además, para tener derecho a prima de antigüedad por los servicios prestados en el nuevo cargo requiere reunir los requisitos que exige la ley, entre los cuales se cuentan los años de servicio a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público.

c) Con anterioridad a la expedición del Decreto-Ley 454 de 1984, el derecho a conservar la prima de antigüedad estuvo regulado por las siguientes normas:

Decreto-Ley 1231 de 1973: Artículo 4o.— "El tiempo para el reconocimiento de la prima de antigüedad no se interrumpe por el hecho de pasar el funcionario o empleado a ocupar un cargo diferente dentro de la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público. En este caso se computará el tiempo de servicio en el cargo anterior y la prima, se reconocerá teniendo en cuenta la asignación básica del nuevo empleo".

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

Decreto reglamentario 2757 de 1973 (31 de diciembre).

Artículo 5o.— "Para los efectos del Decreto 1231 de 1973, se considera que no hay discontinuidad en la prestación del servicio cuando éste se interrumpa por licencias, sin derecho a sueldo, no mayores de sesenta (60) días contínuas o discontínuas que disfruten los funcionarios o empleados a la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público durante el respectivo período bienal".

Artículo 3o.— Decreto-Ley 542 de 1977:

"El retiro del servicio por cualquier causa, salvo por destitución, no implica la pérdida de la prima de antigüedad que se hubiera alcanzado, ni del tiempo transcurrido para la causación de la próxima, cuando la persona reingrese al servicio dentro de un plazo que no exceda de treinta (30) días".

"Lo mismo ocurrirá en el caso de cambio de empleo dentro de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público".

Artículo 5o.— Decreto-Ley 911 de 1978.

"El artículo 13 del Decreto-Ley 717 de 1978 quedará así:

"Artículo 13.— *De la prima de antigüedad.* La prima bienal de antigüedad fijada para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público continuará siendo reconocida y pagada de acuerdo con las normas vigentes.

"El retiro del servicio por cualquier causa, excepto por destitución o abandono del cargo, no implica la pérdida de la prima de antigüedad, que se hubiere alcanzado ni la interrupción del cómputo del tiempo para la causación de una prima futura en los siguientes casos:

"a) Cuando el funcionario o empleado cambie de cargo dentro de la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público sin que haya solución de continuidad en el servicio.

"b) Cuando un funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional pase sin solución de continuidad a ocupar un cargo del Ministerio Público, o viceversa.

"c) Cuando la persona que se haya retirado de un empleo en la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público reingrese al servicio de éste o de aquélla antes de que hayan transcurrido treinta días desde la fecha de su retiro".

El derecho a la licencia en el mismo bienio, es autónomo, luego sólo se puede tomar en cuenta para efectos de prima de antigüedad el tiempo correspondiente a cada licencia, que cuando pasa de sesenta (60) días determina pérdida del derecho a la prima de antigüedad. Pero no se puede acumular los tiempos correspondientes a cada licencia para efectos de computarlos como uno solo y determinar así la pérdida del derecho a la prima de antigüedad por el ejercicio de otro derecho concedido al funcionario o empleado.

En estos términos se absuelve la consulta de la Ministra de Justicia.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CONSEJO NACIONAL DEL TRANSPORTE.— Sustituyó dicha entidad al "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre" a que se refiere el Decreto-Ley 154 de 1976. (El Decreto-Ley 154 de 1976 creó el "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre" en sustitución del —Consejo Superior de Tránsito Terrestre que existió en el Decreto-Ley 1344 de 1970).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., dieciseis (16) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2120.

El Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte formula a la sala consulta sobre la existencia o inexistencia jurídica del Consejo Superior de Tránsito, en los siguientes términos:

Los fundamentos legales de esta consulta son los siguientes:

a) El Decreto 1344 de 1970, Código Nacional de Tránsito Terrestre, en su artículo 4o. creó el Consejo Superior de Tránsito Terrestre, y en el artículo 5o. le fijo sus funciones: Sobre su integración dispuso que harán parte de él:

— "El Ministro de Obras Públicas, quien lo presidirá, o su Delegado permanente.

— Un representante permanente del Ministerio de Gobierno.

— El Jefe del Departamento de Seguridad o su Delegado.

— El Director General de la Policía Nacional o su Delegado.

— El Director General de Aduanas o su Delegado.

— Un representante del Presidente de la República.

En cuanto a sus funciones, el artículo 5o. del Decreto 1344 de 1970, con las modificaciones que le introdujo el Decreto 2169 del mismo año, dispuso que "Corresponde al Consejo Superior de Tránsito Terrestre absolver las consultas que le someta el Gobierno, presentar las iniciativas que juzgue convenientes en la materia, y cumplir las funciones que le señale la ley y sus reglamentos y las consultivas y de inspección que le fije el Gobierno".

b) El Gobierno Nacional mediante Decreto 213 de 1971, en ejercicio de la potestad reglamentaria, dispuso en su artículo 3o.:

"Las funciones del Consejo Superior de Tránsito Terrestre son las siguientes:

"1. Recomendar al Gobierno Nacional la política en materia de tránsito que sirva para la elaboración de los planes y programas respectivos.

"2. Estudiar y recomendar los planes y programas que el Gobierno Nacional deba presentar al Congreso de la República para su adopción.

"3. Analizar y aprobar los estudios que someta a su consideración la Secretaría del Consejo.

"4. Servir de organismo coordinador y señalar las orientaciones generales a que deban ceñirse las entidades que tengan adscritas funciones en materia de tránsito tanto en el orden nacional como en el regional.

"5. Recomendar al Gobierno los criterios que hayan de seguirse para expedir la reglamentación del Código Nacional de Tránsito.

"6. Proponer al Gobierno Nacional las reformas que sean necesarias, a la ley y los reglamentos en materia de tránsito a fin de actualizar la legislación al respecto.

"7. Vigilar e inspeccionar la correcta ejecución de las normas de tránsito por parte de las autoridades competentes en la materia.

"8. Rendir concepto previo sobre los tratados que deben adoptarse en materia de tránsito internacional y elaborar los proyectos de tratados sobre tránsito terrestre.

"9. Darse su propio reglamento.

"10. Los demás que le señalen la ley o los decretos reglamentarios".

En el artículo 4o. del mismo decreto se le asignó la función de desempeñar la Secretaría Técnica y Administrativa de este Consejo.

c) En el año de 1976, mediante Decreto-Ley 154, se cambio la denominación de este Ministerio por la de Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

En el artículo 7o. de este decreto se instituyó que para el ejercicio de las funciones señaladas en las disposiciones vigentes funcionaría el "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre".

La composición y funciones de dicho Consejo se reguló en el mismo decreto, por los artículos 56, 57 y 58.

Las normas citadas son del siguiente tenor:

"ARTICULO 56.— El Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre estará integrado por:

"a) El Ministro de Obras Públicas y Transporte o su Delegado, quien lo presidirá.

"b) El Ministro de Gobierno o su Delegado.

"c) El Ministro de Desarrollo Económico o su Delegado.

"d) El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad o su Delegado.

"e) El Gerente de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia o su Delegado.

"f) El Director General de la Policía Nacional o su Delegado.

"g) El Director General de Aduanas o su Delegado.

"h) Un representante del Presidente de la República, y

"i) Un miembro del Consejo Nacional de Obras Públicas designado por el Ministro.

"Parágrafo.— La Secretaría Técnica y Administrativa del Consejo corresponde al Instituto Nacional del Transporte y el Director de este tendrá voz en el Consejo.

"ARTICULO 57.— El Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestré será la autoridad encargada de absolver las consultas que le someta el Gobierno, presentar las iniciativas que juzgue convenientes en materia de tránsito terrestre y cumplir las funciones que le señale este decreto y las ejecutivas que le adscriban la ley y los reglamentos.

"ARTICULO 58.— Son funciones del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre:

"1. Recomendar al Gobierno Nacional la política en materia de Tránsito y Transporte que sirva para la elaboración de los planes y programas respectivos.

"2. Estudiar y recomendar los planes y programas que el Gobierno Nacional deba presentar al Congreso para su adopción.

"3. Analizar y conceptuar sobre los estudios que someta a su consideración la Secretaría del Consejo.

"4. Servir de organismo coordinador entre las entidades que tengan adscritas funciones en materia de tránsito y transporte, tanto en el orden nacional como regional.

"5. Proponer al Gobierno Nacional las reformas que sean necesarias a la ley y los reglamentos en materia de tránsito y transporte a fin de actualizar la legislación al respecto.

"6. Darse su propio reglamento.

"7. Las demás que le señalen la ley o los Decretos Reglamentarios.

d) Posteriormente, mediante Decreto-Ley 1173 de 1980, se dispuso en el artículo 36, en relación con esta materia lo siguiente:

"Las funciones que actualmente ejerce el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre serán ejercidas en lo sucesivo por el Consejo Nacional de Transporte en lo que se refiere al transporte y por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte en lo que se refiere al tránsito".

De acuerdo con lo expuesto, interesa a este despacho que la más alta autoridad emita su concepto sobre la vigencia del Consejo Superior de Tránsito Terrestre creado por Decreto-Ley 1344 de 1970 o sobre su inexistencia por razón de la creación del Consejo Nacional de Tránsito mediante Decreto-Ley 154 de 1976".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. En desarrollo de la Ley 3a. de 1969, el Gobierno Nacional dictó el Decreto-Ley 1344 de 1970, por el cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre. En el artículo 4o. dice que "para lo relacionado con el Tránsito Terrestre el Gobierno estará asesorado por el Consejo Superior de Tránsito Terrestre" y señala su integración. En el artículo 5o. se indican las funciones luego desarrolladas por el Decreto-Reglamentario 213 de 1971, transcritas en la consulta.

2. Luego en ejercicio de la ley de facultades 28 de 1974, se dictó el Decreto-Ley 154 de 1976, "por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas". Se agregó a éste "y Transporte". En el artículo 7o. prescribo que para el ejercicio de las funciones señaladas en las disposiciones vigentes funcionará el "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre". La composición y funciones de dicho Consejo se regularon en los artículos 56, 57 y 58 de que se transcriben en la consulta. En el artículo 67 se establece que "El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

3. Posteriormente, y con facultades de la Ley 29 de 1979, fue expedido el Decreto-Ley 1173 de 1980 por el cual se organiza el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y se dictan otras disposiciones. En su capítulo IV trata de los Organos Consultivos, y en el artículo 33 establece el "Consejo Nacional del Transporte", con su integración (artículo 34). También en su artículo 36, de especial importancia en esta situación, se preceptúa: "Las funciones que actualmente ejerce el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre serán ejercidas en lo sucesivo por el Consejo Nacional del Transporte en lo que se refiere al transporte y por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte en lo que se refiere al tránsito".

De otra parte, en su artículo 42 expresa que "El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial las contenidas en el Decreto 154 de 1976".

4. Aparece así una situación jurídica de definir prevalencia de aplicación de normas legales en el tiempo, con observancia además del querer del legislador extraordinario debidamente autorizado por leyes especiales, y de ello resulta:

A— El Decreto-Ley 154 de 1976 creó el "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre" en sustitución del Consejo Superior de Tránsito Terrestre que existía en el Decreto-Ley 1344 de 1970, basta con leer con detenimiento las funciones pertinentes de la reestructuración de 1976 para deducir con claridad que la nueva reglamentación conservó casi las mismas funciones. Ocurrió así un caso indudable de derogación tácita de la legislación anterior pertinente por la de 1976.

B— Así mismo, el Decreto-Ley 1173 de 1980 creó el "Consejo Nacional del Transporte", sustitutivo también del "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre" a que se refiere el Decreto-Ley 154 de 1976. Al hacerse en 1980 la nueva reestructuración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte fue decisión del legislador extraordinario hacer una redistribución de funciones entre el nuevo llamado "Consejo Nacional del Transporte" y la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte, quedando entonces como *la legislación vigente sobre la materia en consulta, y preferente por ser posterior según el artículo 2o. de la Ley 153 de 1887.*

C— Obsérvese, como reiterativo de lo anterior, que el artículo 36 del Decreto-Ley de 1980 dice que las funciones que actualmente ejerce el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre originado en 1976, "serán ejercidas en lo sucesivo por el Consejo Nacional del Transporte", es decir que aquél desaparecido por adscripción de sus funciones al nuevo organismo de 1980. De otra parte, el Decreto 154 de 1976, como se dijo anteriormente, tiene derogadas todas las normas que sean contrarias al Decreto-Ley de 1980 (artículo 42) ocurrencia que se presenta en forma tácita en el caso porque este último decreto tiene nueva legislación sobre la materia.

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.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.— SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.— Aplicación del Decreto 222 de 1983. Sociedades asimiladas a empresas. CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS.— Artículo 16 del Decreto 222 de 1983. CONTRATO DE SEGURO.— 18 Decreto 222 de 1983 para entidades públicas (267 ibídem). En relación con los contratos suministro y compraventa, que celebren las sociedades de economía mixta, es obvio que se rigen por normas de derecho privado. CONTRATO DE EMPRESTITO.— Aplicación de dichas entidades. REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.— ¿En qué consiste? Sanciones a la violación legal. Carácter disciplinario (Decreto 128 de 1976). Responsabilidad del funcionario.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., veintiseis (26) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2107.

En Oficio No. 000636, la Ministra de Agricultura, encargada, formula ante la Sala la consulta que a continuación se transcribe:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 257 del Decreto Extraordinario 222 de 1983, los contratos de las Sociedades de Economía Mixta en los cuales el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten a las reglas previstas en el citado estatuto para los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Salvo las excepciones legales, sus actos y operaciones se sujetan a las normas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia. Al expedirse el Decreto Extraordinario 222 de 1983 —sobre contratación administrativa—, se indicó en su artículo 1o. a qué entidades se aplicaba su articulado.

El inciso tercero del artículo en mención dispuso que a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las cuales el Estado posea más del 90% de su capital social, les son aplicables las normas de ese decreto en relación con los contratos de Empréstito y de obras públicas, disposición que aparece corroborada por los artículos 254, 255, 256 y 257 del mismo decreto.

El hecho de que el citado Estatuto Contractual sólo sea aplicable, en el caso de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta asimiladas a aquéllas, a los contratos de Empréstitos y de Obras Públicas, obliga al Ministerio a acudir a esa Honorable Sala con el fin de que se absuelvan las siguientes inquietudes:

1. ¿Conforme al criterio de aplicación consagrado en el inciso tercero del artículo 1o. del Decreto 222 de 1983, preguntamos si en definitiva el referido Estatuto sólo es aplicable en forma integral en los contratos de Obras Públicas y de Empréstitos que celebren las mencionadas Sociedades de Economía Mixta?

2. Como norma de excepción, las Sociedades de Economía Mixta a las cuales se ha hecho alusión —vinculadas al Ministerio de Agricultura— han venido dando estricto cumplimiento al requisito establecido en el artículo 169 del Estatuto en mención, enviando los contratos de prestación de servicios que ellas celebran a la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, cuando su cuantía ha sido igual o superior a la suma de $ 1'200.000, bajo el criterio de que la existencia de esa autorización no implica que el Decreto Extraordinario 222 de 1983 se aplique integralmente a esas instituciones, y por lo tanto sea necesario cumplir todos los requisitos, entre ellos incluír las cláusulas obligatorias, en este tipo de contratos, ¿Preguntamos a la Honorable Sala, si esta apreciación es jurídicamente correcta?

3. Teniendo en cuenta que el estatuto contractual es de aplicación restringida a las Sociedades de Economía Mixta, ¿Cuál es la incidencia de lo dispuesto en el Capítulo 18 (Contratos de Seguro) y en el Título X (Protección a la industria y al trabajo nacionales) en relación con los contratos de seguros, suministro y compraventa que celebren estas entidades?

4. ¿Qué contratos de los que celebran estas entidades se sujetan al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Decreto Extraordinario 222 de 1983?".

En el orden propuesto por la señora Ministra encargada del Ministerio de Agricultura, la Sala absuelve las cuestiones objeto de consulta en los siguientes términos:

1a. Cuestión: A las Empresas del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta con capital estatal superior al 90% les son aplicables las reglas consignadas en el Decreto 222 de 1983 sobre contratos de empréstito, de obras públicas y de seguro y *las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.* (Artículo 1o., tercer inciso).

Las reglas que *expresamente* se refieren a Empresas del Estado y a Sociedades de Economía Mixta son las consagradas en los artículos 169, 221, 226, 227, 228, 231, 243, 251, 254 a 257 y 266 a 268 del citado decreto.

2a. Cuestión: Si como sociedades de economía mixta con tratamiento de Empresas, las vinculadas al Ministerio de Agricultura requieren celebrar *contrato de prestación de servicios*, no necesitan incluír en él las cláusulas obligatorias previstas en el Decreto 222 de 1983, pues salvo lo dispuesto por los artículos 255 y 256, "... los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado (o las sociedades de economía mixta con tratamiento de empresa), no serán los previstos en este decreto sino las usuales para los contratos entre particulares. Sin embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia o reclamación diplomática por parte del contratista extranjero". (Artículo 254, en armonía con el artículo 257 ibídem).

Del cumplimiento de la obligación sobre envío de la documentación a que se refiere el artículo 169 mal podría derivarse otra excepción al régimen del artículo 254, análoga a las establecidas por los artículos 255 y 256 ibídem, cuando esa obligación, excepcional de por sí, expresamente limita su alcance a los propios términos del artículo 169 y a los del artículo 171.

El hecho de que el artículo 169 del Decreto 222 de 1983 exija a las Sociedades de Economía Mixta con tratamiento de Empresas Industriales o Comerciales del Estado concepto previo de la Presidencia de la República para la celebración de contratos de prestación de servicios cuyo valor fuere igual o superior a $ 1'200.000.oo, no implica que esos contratos dejen de ser privados y que se tornen en administrativos. Se trata de una exigencia específica exclusivamente con los contratos de prestación de servicios.

De otra parte la clasificación como administrativo del contrato de prestación de servicios, hasta por el artículo 16 del Decreto 222 no presupone que el que celebre con un particular una sociedad de economía mixta con tratamiento de empresa y cuyo valor fuere igual o superior a un millón doscientos mil pesos ($ 1'200.000.oo), se someta, por virtud de la referencia del artículo 169, a requisitos *no previstos* para los contratos de la misma naturaleza que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, con perjuicio de lo dispuesto por el artículo 254 en armonía con el artículo 1o. tercer inciso y el artículo 257 del decreto en cita.

3a. Cuestión: La regulación del contrato de seguro por el Capítulo 18 del Decreto 222 de 1983, en cuanto a su obligatoriedad, forma, procedimiento y vigilancia, determina, dentro del contexto del Decreto, en primer lugar, la aplicación de las correspondientes normas (artículos 243 a 246) por parte de las entidades públicas a que se refiere el artículo 1o. del decreto.

"Son entidades públicas la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social". (Artículo 267 ibídem).

"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal". (Artículo 28 del Código Civil).

No tiene, pues, dificultad alguna entender que el artículo 243 del Decreto 222 con la expresión "entidades públicas a que se refiere el artículo 1o. de este estatuto", expresamente se refirió a las entidades públicas definidas por el artículo 267 para imponerles la obligación de contratar, cuando a ello hubiere lugar, los correspondientes seguros, atendiendo a las reglas consagradas en los artículos 244, 245 y 246, "con el objeto de garantizar una efectiva protección de sus bienes y demás intereses patrimoniales ...".

Si la referencia del artículo 243 no fuera congruente en su concepto y alcance, no involucrara expresamente a las "Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del 90% de su capital social", habría que concluir, que estas sociedades no son entidades públicas, contra lo definido por el artículo 267, prescindir del significado legal de esta definición, así se estimara aplicable sólo sobre contratos que celebren entre sí tales entidades públicas e interpretar toda referencia del Decreto 212 a entidades públicas nacionales, exceptuando a priori a las sociedades de economía mixta con tratamiento de empresa (Cf. artículo 7o., parágrafo: 5o., 10, 13, 18, 24, 43, numeral 21, 54, 67, 112, 117, 126, 137, 146, 156, 180, 266, 268, 271, 272, 276 y 290 del Decreto 222 de 1983.

Con el criterio de que las sociedades de economía mixta con tratamientos de empresa, sólo se someten a las reglas contenidas en el Título VIII, Capítulo 1o. y en el Capítulo 17, o a las "normas especiales para las entidades" del Título IX Capítulo 3o., se estaría sujetando la interpretación del Decreto 222 a límites restrictivos imposibles de superar y comprometiendo, inclusive la aplicación recta y armónica de sus preceptos.

Con el criterio que el Capítulo 18 es el estatuto que rige todos los contratos de seguro de los organismos estatales o con participación principal del Estado, *sin consideración a las actividades mismas que les están encomendadas* y en cuanto es objeto exclusivo o primordial de dichos contratos garantizar una efectiva protección de los bienes y demás intereses patrimoniales vinculados a tales organismos, salvo finalidad que no fuera la descrita o sea contratación ocasional de otro tipo de seguros, las sociedades con régimen de empresas podrían adelantarle sin sujeción a tal estatuto, no cuando es obligatoria y connatural a la protección de sus bienes o intereses patrimoniales y a la índole de la entidad que sobre ello la ejerce.

Es criterio objetivo el que informa las disposiciones del Capítulo 18 para determinar el régimen legal de los contratos de seguro, régimen de derecho público, independiente de los fines atribuídos a la entidad pública, no determinado por estos y así como ninguna de aquellas puede destinar sus bienes o recursos a finalidades distintas, tampoco puede desconocer la obligación de garantizar la efectiva protección de los destinados a su patrimonio con finalidad propia.

Cuando el artículo 244 del Decreto 222 se refiere a intereses patrimoniales y bienes pertenecientes a entidades públicas está incluyendo expresamente todos aquellos que hacen parte del patrimonio del Estado, de carácter público o directamente destinados a un servicio público, sobre los cuales ejerce el llamado dominio eminente, sujeto a

normas de derecho público, no sólo por el aspecto de sus mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento o restauración, objeto propio del contrato de obras públicas (artículo 81 ibídem) sino por el aspecto de su efectiva protección, objeto propio del contrato de seguro (artículo 243 ibídem).

En todo caso, cuando los intereses patrimoniales o bienes del Estado constituyen el 90% del capital social de una sociedad de economía mixta su protección es obligatoria, por la naturaleza de dichos bienes e intereses y debe garantizarse mediante la contratación del seguro correspondiente prevista por el artículo 243 del Decreto 222.

4a. Cuestión: En relación con los contratos de suministro y compraventa que celebren las sociedades de economía mixta, es obvio que se rigen por normas de derecho privado, en condiciones similares a los contratos entre particulares y no están sujetos a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno.

Pero el régimen de derecho privado de tales contratos es independiente de los fines propuestos por la actividad social de la entidad respectiva. Dentro de tal actividad, proceden, conforme al artículo 30 del Decreto 1050 de 1968, los actos previstos por la ley que la crea o sus estatutos y sólo para cumplir aquellos puede comprometer sus propios recursos.

Si para cumplir su objetivo legal o estatutario, como es elemental, corresponde a una sociedad de economía mixta celebrar contratos de suministro y compraventa, su celebración impone, además de su ajuste el régimen del contrato de derecho privado, la aplicación compatible de las disposiciones que, marginalmente protegen la producción industrial y la oferta de servicios nacionales, contenidas en los artículos 268 y siguientes del Título X del Decreto 222 de 1983.

En las contrataciones que realicen las entidades a que se refiere el decreto, ineludiblemente quedan englobadas las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, cuya sola denominación corresponde a su actividad, y cuyo carácter de entes estatales conservan a pesar de regirse por derecho común; sería írrito, pues, que tal carácter o tal actividad resultara incompatible con la prelación, que a través de la contratación deriva para la producción industrial y el trabajo nacionales.

Así como la inversión o gasto de una empresa estatal o de una sociedad de economía mixta, vinculada a un contrato, consulta necesidades de interés general propias de la órbita adscrita a la respectiva empresa o sociedad, tiene que consultar también el interés general que implica la protección del trabajo y la industria nacional, porque esta es necesidad conjunta cuya satisfacción puede atenderse sin perjuicio del régimen del contrato y cualquiera sea la oportunidad de su celebración.

"En ningún caso, dispone el artículo 270 del Decreto 222, se podrá eliminar la posibilidad de que productores de bienes u oferentes de servicios, de origen nacional, presenten propuestas ...".

Frente a tal principio, podría oponerse el caso de que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas a régimen común, sólo aplicaran el Título X del Decreto 222 en cuanto fuera compatible con contratos de empréstitos, de obras públicas o de seguro, porque las normas que en ese estatuto se refieren a contratos de suministro y compraventa no les son aplicables?

La Sala estima que cuando la gestión del contrato de empréstito, aunque no sea resultado de una licitación o concurso, tenga por objeto adquirir bienes o servicios, la

entidad prestataria de Derecho Público queda obligada a preferir los nacionales y le está prohibido estipular lo contrario por el artículo 233 del Decreto 222; luego es innegable la incidencia en este caso del referido Título X sobre los contratos de suministro y compraventa que celebren las entidades a que se refiere la cuestión consultada.

Y su incumplimiento da lugar, a que no se autorice o apruebe el empréstito proyectado para financiar las respectivas adquisiciones ni se aprueben las licencias de importación. (Artículo 286 ibídem).

No tendría sentido, de otra parte, que sólo las adquisiciones así financiadas estuvieran cubiertas por el Título X del Decreto 222, cuando cualquiera otra, así mismo, compromete la protección debida a bienes y servicios de origen nacional, aunque sus productores u oferentes no tengan que presentar sus propuestas dentro de los términos y con los requisitos previstos por las normas sobre contratación administrativa.

4a. Cuestión: Como las inhabilidades e incompatibilidades no se regulan según la naturaleza de los contratos, sino por principios de moralidad administrativa, cauces básicos de conducta en el ámbito de la contratación, la materia prima de las regulaciones pertinentes son las personas y funcionarios miembros de las Juntas o Consejos Directivos, Gerentes o Directores de las entidades a que se refieran los artículos 8o. a 14 del Decreto 222, entre ellas las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social. (Artículo 1o. ibídem).

Así mismo, el Código Penal, al definir el delito contra la administración pública de "violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades", se refiere al empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. (Artículo 144).

Referidas pues, las inhabilidades e incompatibilidades a la formación, adjudicación o celebración de cualquier tipo de contrato *por un empleado oficial*, debe señalarse que tal calidad corresponde en las sociedades de economía mixta al personal directivo y de confianza precisado en sus estatutos y vinculado a su servicio.

En otro sentido, las facultades concedidas al Presidente de la República por la Ley 19 de 1982 (artículo 1o. numeral 2o.) para "reformar el régimen de contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas previsto en el Decreto 150 de 1976 y normas concordantes ..." comprendieron, por una parte, los aspectos relativos al "régimen de capacidad, representación, incompatibilidades e inhabilidades" y por otra, los relativos al "régimen de estipulaciones y cláusulas que deben contener los distintos contratos". Y el Decreto 222 de 1983, expedido en desarrollo de dichas facultades, por su artículo 301 "deroga las disposiciones de carácter general o particular vigentes sobre la materia que le sean contrarias".

Entre las normas concordantes del Decreto 150 de 1976 se hallaban las del Decreto 128 de 1976, "por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas" y su aplicabilidad a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos, está previsto por el artículo 1o. ibídem.

Por virtud del artículo 14 les está prohibido a las personas y funcionarios citados, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquélla *"celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno"* durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

"Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones" y quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos admitieren la intervención de cualquier persona afectada por dichas prohibiciones incurren en mala conducta.

La aplicabilidad de las normas penales (Título III del Código Penal sobre Delitos contra la Administración Pública) a los miembros de las Juntas o Consejos, está prevista en el artículo 15 ibídem, por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales.

"Los Gerentes o Directores que, en ejercicio de sus funciones, *celebren contratos* con personas que se hallen inhabilitadas para ello por la Administración o la ley, serán sancionados con la destitución. La misma sanción se aplicará cuando el contrato se celebre con un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad o con un socio, en sociedad distinta de la anónima, de quien designó el respectivo Gerente o Director". (Artículo 16 ibídem).

También procede la destitución del funcionario público o su delegado en el cargo cuyo desempeño determina su asistencia a Junta o Consejo (artículo 21) y tales sanciones se aplican sin perjuicio de las demás establecidas en otras disposiciones para los mismos hechos (artículo 22).

El carácter disciplinario especial que informa el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades citadas, como el de su sanción, determina la vigencia de las correspondientes disposiciones del Decreto 128 de 1976, en cuanto no son contrarias a los artículos 8o., numerales 1o., 6o. y 9o. 10., numerales 2o. y 3o. y 11, 12 y 13 del Decreto 222 de 1983. Mal podría, a su turno, ser incompatible la aplicación del Decreto 128 con la de los artículos del Decreto 222 que distinguen, para efectos del contrato en sí, el enunciado y los elementos de las mismas inhabilidades e incompatibilidades, menos aún cuando el propio Decreto 128 prevé su aplicación sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en otras disposicones y con otros efectos para los mismos hechos.

Por ejemplo, la obligación de dar por terminado el contrato celebrado contra expresa prohibición y la responsabilidad solidaria del funcionario y el Contratista por los perjuicios causados, fueron previstas por el artículo 13 del Decreto 222, "sin detrimento de la responsabilidad penal que les correspondiere", como por el Decreto 150 de 1976, artículo 11, pero no lo fueron por el Decreto 128 del mismo año y por tanto dicho artículo 13 resulta aplicable imprescindiblemente, con todo su efecto.

Este solo ejemplo permite, en todo caso, medir el alcance de las disposiciones sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en las sociedades de economía mixta, que no puede limitarse exclusivamente por razón de la naturaleza de los contratos por ellas celebrados sino que cubre todo el ámbito de su función contractual, en razón del carácter público del ente que la tiene atribuída y de la naturaleza misma de aquélla como estima haberlo interpretado esta Sala a propósito de la cuestión consultada.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la Ministra de Agricultura, encargada.

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.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA (Salvamento de Voto). Concepto favorable de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República para la celebración de CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS de cuantía igual o superior a 1.200.000. Sin embargo, esto no implica que esos contratos deban someterse a los demás requisitos por el Decreto-Ley 222 de 1983; el cual sólo es aplicable a Sociedades de Economía Mixta, asimiladas a Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en los casos a los cuales específicamente se refiere. CONTRATO DE SEGURO.— Se aplica a las Sociedades de Economía Mixta. Protección a la INDUSTRIA Y AL TRABAJO (268 Decreto 222 de 1983). REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES. Aplicación a las sociedades de Economía Mixta que se asimilen a las Empresas Industriales y Comerciales.

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto algunos aspectos del concepto mayoritario, por los siguientes motivos:

1o. No obstante que la respuesta a la primera pregunta es clara y precisa, por lo mismo corta y concisa, la que corresponde a la segunda adolece de vaguedad, que puede prestarse a confusión o a equívocas interpretaciones. Por consiguiente en relación con la pregunta consistente en saber si el artículo 169 del Decreto-Ley 222 de 1983, que es aplicable a las sociedades de economía mixta, asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, implica o no que los demás preceptos del mencionado estatuto se apliquen a los contratos de prestación de servicios que celebren estas mismas sociedades, como me permití proponer, estimo que la Sala debió responder en términos categóricos, a saber: Según el artículo 169 del Decreto-Ley 222 de 1983, las sociedades de economía mixta, asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, tienen que cumplir el requisito que prescribe, que consiste en solicitar y obtener concepto favorable de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República para celebrar contratos de prestación de servicios de cuantía igual o superior a un millon doscientos mil pesos. Sin embargo, esto no implica que estos contratos deban someterse a los demás requisitos prescritos por el Decreto-Ley 222 de 1963, el cual sólo es aplicable a las sociedades de economía mixta, asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, en los casos a los cuales específicamente se refiere. Así se deduce, inequívocamente, del artículo 1o. del mencionado estatuto.

2o. Se pregunta si el capítulo 18 del Decreto-Ley 222 de 1983, relativo al contrato de seguro, es o no aplicable a las sociedades de economía mixta. Estimo que la respuesta debió limitarse a expresar, de acuerdo con el artículo 243 del Decreto-Ley 222 de 1983,

que las entidades públicas a que se refiere el artículo 1o. entre las cuales se cuentan las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, deben observar, cuando fuere el caso, los artículos 243 a 246 del indicado estatuto, que regulan el contrato de seguro. Esto sólo puede suceder en los casos en los cuales el Decreto-Ley 222 de 1983, por disposición expresa de éste, sea aplicable a las mencionadas sociedades.

3o. Se pregunta también si el Título X del Decreto-Ley 222 de 1983, sobre protección a la industria y al trabajo nacionales, es o no aplicable a las sociedades de economía mixta. Estimo que la Sala debió responder como en el punto anterior: Según el artículo 268 del Decreto-Ley 222 de 1983, en los contratos que celebren las entidades a que se refiere este decreto, se deben observar las reglas sobre protección a la industria y al trabajo nacionales. Este estatuto sólo se aplica a las sociedades de economía mixta que se asimilen a empresas industriales y comerciales del Estado, en los casos que específicamente prescribe (artículo 1o. ibídem). Pero *las demás sociedades de economía mixta* que, por ser el aporte oficial inferior al 90% del capital social no se asimilan a las empresas industriales y comerciales del Estado, *no se rigen por el Decreto-Ley 222 de 1983, sino por el Derecho Privado*, por lo mismo, *no les es aplicable el Título X del mismo estatuto, sobre "protección a la industria y al trabajo nacionales"*. Además, esto se explica jurídicamente, porque si se trata de personas jurídicas de derecho privado, regidas de ordinario por el Derecho Comercial, mal podría la ley imponer restricciones a sus actividades lícitas, no obstante que éstas sólo están previstas, según el artículo 267 del Decreto-Ley 222 de 1983, *para las "entidades públicas"*.

4o. Se pregunta si los contratos que celebren las sociedades de economía mixta están o no sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades prescritos por los artículos 8, 9, 10 y 11 del Decreto-Ley 222 de 1983. Considero que la Sala debió responder que, según el artículo 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983, este estatuto se aplica a las sociedades de economía mixta que se asimilen a empresas industriales y comerciales del Estado, en los casos especiales prescritos por el mismo estatuto. Si el Decreto-Ley 222 de 1983 fuere aplicable, por disposición especial, a estas sociedades asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, prescrito por los artículos 8, 9, 10 y 11 ibídem, como parte integrante de aquel estatuto, les es obligatorio. Pero estos preceptos, como los demás del Decreto-Ley 222 de 1983, *no se aplican a las demás sociedades de economía mixta, es decir, a las no asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, que se rigen, como es obvio, por las reglas y principios del Derecho Privado.*

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo.

CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE ESPACIOS DE TELEVISION.— Este régimen contractual fue sustituído por el artículo 202 y siguientes del Decreto-Ley 222 de 1983, instituyéndose, en su lugar EL CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION. CONTRATISTAS MOROSOS. Imposibilidad de INRAVISION para condonar intereses a sus contratistas morosos y para celebrar el contrato de Transacción.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., doce (12) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2123.

La Ministra de Comunicaciones pide a la Sala concepto sobre la consulta que a continuación se transcribe:

"En consideración a que se han presentado criterios encontrados respecto a la legalidad de la celebración de contratos de transacción por parte del Instituto Nacional de Radio y Televisión, me permito antes de elevar las consultas del caso, anotar las siguientes observaciones:

El artículo 3o. del Decreto 1400 de 1978, "Por el cual se aprueban los estatutos del Instituto Nacional de Radio y Televisión" establece que "Al Instituto corresponde desarrollar la política y los planes generales de acción que adopte el Ministerio de Comunicaciones, y tendrá a su cargo la presentación de los servicios públicos de carácter educativo, cultural, informativo y recreativo, por los sistemas de radiodifusión oficial y televisión".

De otra parte el Decreto-Ley 1050 de 1968 en su artículo 30 preceptúa que los establecimientos públicos en el cumplimiento de sus funciones se ceñirán 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. (Los subrayados son nuestros).

El Decreto 1400 de 1978 en el Capítulo IV que trata sobre el régimen jurídico de los actos y contratos, señala en el artículo 36 que "El Instituto dentro de las normas de los presentes estatutos y en cumplimiento de sus fines, podrá realizar toda clase de actos y contratos tanto de disposición como de administración; adquirir o enajenar muebles o inmuebles; transferir, asumir y otorgar créditos; emitir, ceder o endosar títulos valores, contraer obligaciones y celebrar contratos de préstamos o mutuo; transigir, comprometer y novar y, en general, efectuar cualquier acto o contrato lícito ya sea civil, comercial o administrativo con las prerrogativas de que goza como entidad administrativa del Estado".

Así las cosas, esta entidad solicita al Honorable Consejo de Estado, dictaminar sobre lo siguiente:

1. "¿Es posible que INRAVISION, con base en la facultad de disposición otorgada por el artículo 36 de sus estatutos y en cumplimiento de sus fines pueda disminuír, perdonar o condonar intereses a sus contratistas morosos en aras a no hacerles más gravosa su situación económica, lo que redundaría directamente en detrimento de los intereses de la Institución?

"2. ¿Es viable para la entidad, con el lleno de los requisitos legales y ciñéndose a la finalidad para la que fue creada, celebrar el contrato de transacción, definido por el artículo 2469 del Código Civil?".

CONSIDERACIONES:

El Decreto-Ley 3267 de 1963 señala en su artículo 3o, aparte e) como función del Instituto Nacional de Radio y Televisión la de "conceder en arrendamiento a personas naturales o jurídicas espacios en los canales de televisión, mediante contrato y conforme a la reglamentación que al efecto expida el Ministerio de Comunicaciones para

que los concesionarios originen programas que pueden tener carácter comercial. Tales contratos se celebrarán mediante licitación, y en ellos se determinará el tiempo de la concesión, que no excederá de cinco (5) años, prorrogables por un lapo (sic) igual; las tarifas que deberá pagar el concesionario; la obligación de éste de someter su programación a la inspección y vigilancia del Gobierno; la cuantía y forma de la caución que deberá prestarse, y los demás requisitos que se señalan en la reglamentación correspondiente.

"Cuando arriende el uso de los canales de televisión a los particulares, el Instituto deberá reservar los espacios necesarios para los programas informativos, culturales y docentes del Gobierno, en los cuales no podrá originar propaganda comercial'.

"El Instituto Nacional de Radio y Televisión es propiedad del Estado colombiano. Su patrimonio, productos, ingresos y utilidades no podrán destinarse en ningún tiempo, ni por ningún motivo a fines distintos de los que corresponden a su objeto y finalidad". (Artículo 44 ibídem).

El patrimonio del Instituto se incrementará con el valor de los beneficios que obtenga de la explotación de los servicios a su cargo y con los aportes que obtenga del Gobierno Nacional". (Artículo 46 ibídem); "igualmente ingresarán a los fondos del Instituto los productos que se obtengan de los particulares por el uso de los canales de televisión, así como las multas que el Ministerio imponga a los concesionarios de canales radioeléctricos por infracciones a las leyes vigentes". (Artículo 47 in fine del Decreto-Ley 3267 de 1963).

Los estatutos adoptados por la Junta Directiva de INRAVISION, en uso de las facultades conferidas por los Decretos 3267 de 1963 y 3049 y 3130 de 1968, y aprobados por Decreto 1170 de 1969 aunque reiteraron como facultad propia el desarrollo de sus actividades, la señalada por el artículo 30, aparte e) del Decreto-Ley 3267 de 1963, y afirmaron su fundamento en los decretos citados y en el 1050 de 1968, introdujeron en el Capítulo IV, Régimen Jurídico de los actos y contratos, el siguiente artículo:

"El Instituto, en cumplimiento de sus fines, podrá realizar toda clase de actos y contratos, tanto de disposición como de administración; adquirir o enajenar muebles e inmuebles; transferir, asumir y otorgar créditos; emitir, ceder o endosar instrumentos negociables; contraer obligaciones y celebrar contratos de préstamo o mutuo, transigir, comprometer y novar, y en general, efectuar cualquier acto o contrato lícito, ya sea civil, comercial o administrativo". (Artículo 24 del Acuerdo No. 14 de 1969, aprobado por Decreto 1170 de 1969).

Reorganizado el Ministerio de Comunicaciones por Decreto-Ley número 129 de 1976, en su artículo 37 dispuso: "La celebración de contratos y las adquisiciones que deban efectuar las entidades adscritas al Sector de Comunicaciones, se llevará a cabo de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia, y cuando su cuantía exceda la suma de veinte millones de pesos ($ 20'000.000.oo), requerirá para su validez la aprobación expresa del Ministerio de Comunicaciones".

Entre las funciones especiales del Ministerio —División de Medios Audiovisuales y Publicidad— figura la de "vigilar la ejecución por parte del Instituto Nacional de Radio y Televisión, de las políticas del Ministerio en materia de programación a través de la Radiodifusora y de la Televisión Nacional". (Artículo 8o, aparte u).

Adoptamos nuevos estatutos por Acuerdo No. 6 de 1978, en ejercicio de atribuciones conferidas por los Decretos extraordinarios números 1050, 3130 de 1968 y 129 de 1976, y aprobados por el Decreto 1400 de 1978, quedó incorporado por el artículo 36 el texto del artículo 24 del Acuerdo No. 14 de 1969, antes transcrito, con estas adiciones:

"El Instituto *dentro de las normas de los presentes estatutos*, y en cumplimiento de sus fines, podrá realizar toda clase de actos y contratos, tanto de disposición como de administración: adquirir o enajenar muebles o inmuebles; transferir, asumir y otorgar créditos: emitir, ceder o endosar títulos valores; contraer obligaciones y celebrar contratos de préstamos o mutuo; transigir, comprometer y novar y, en general, efecuar (sic) cualquier acto o contrato lícito; ya sea civil, comercial o administrativo *con las prerrogativas de que goza como entidad administrativa del Estado*".

"Los actos y contratos del Instituto estarán sometidos a los requisitos que establecen los presentes estatutos, las leyes y las normas fiscales, así como las que se adopten por la Contraloría General de la República". (Artículo 41 ibídem).

"Los contratos cuya cuantía exceda de cien millones de pesos ($ 100'000.000.oo) requerirán para su validez la aprobación del Ministro de Comunicaciones. Cuando se trate de contratos regulados por el Decreto 150 de 1976, y su valor sea superior a doscientos millones de pesos ($ 200'000.000.oo) requerirán además, concepto del Consejo de Ministros y revisión del Consejo de Estado.

De las normas legales y estatutarias reseñadas queda en claro que la facultad para transigir no se origina en el Decreto orgánico de INRAVISION o sea, el 3267 de 1963, que tiene carácter y fuerza de ley en sentido material, pues fue dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias de la Ley 21 de 1963, sino en los estatutos aprobados por el Decreto 1170 de 1969 cuyas normas adicionaron, según se indicó, los estatutos aprobados por el Decreto 1400 de 1978, el cual, como el anterior, tiene naturaleza de decreto ordinario.

Como lo dispone el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución Política, la asignación de competencia a los organismos del Estado debe hacerla directamente el legislador o el Gobierno, investido de facultades extraordinarias, en ejercicio de las mismas, por un simple decreto ordinario.

Y los estatutos de las entidades descentralizadas deben ser simple desarrollo del contenido legislativo de los decretos orgánicos y, por tanto, de las competencias de éstos atribuídas, pero no pueden asignar otras, no previstas en el acto creador, pues eso equivaldría a desbordar las facultades conferidas para expedir tales estatutos.

El orden jerárquico de las normas que regulan la competencia atribuída al Director de INRAVISION para celebrar los contratos comprendidos dentro del objeto del Instituto está determinado por la ley que los autoriza, y la autonomía administrativa y financiera del Instituto se ejerce conforme al acto que lo rige, de tal forma que el cumplimiento de sus funciones se ciña a la ley o norma que lo creó, quedando fuera de su competencia cualquier actividad o acto distinto de los allí previstos. (Artículo 7o., 9o. y 30 del Decreto 1050 de 1968).

Por estas razones el artículo 5o. del decreto en cita al definir los establecimientos públicos, sienta el principio de que su régimen es de derecho público, al cual sólo el legislador puede introducir modificaciones; por las mismas razones la Junta administradora de INRAVISION fue facultada para "autorizar todas las operaciones y negocios que el Instituto esté facultado para realizar ..." (Artículo 34, aparte d) del Decreto 3267 de 1963 pero no para establecer qué contratos podía celebrar.

La capacidad jurídica de derecho público de un establecimiento como INRAVISION, coincide, pues, con el conjunto de potestades que le hayan sido atribuídas por el correspondiente ordenamiento; no implica que pueda entrar en el tráfico jurídico ilimitadamente; sino allí donde una norma lo autoriza a ello.

Los límites objetivos en que se ubica la competencia del establecimiento público para contratar; las reglas de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos no toleran, llegado el caso, la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre contratos del Código Civil, que, en cambio, parece obligada, tratándose de contratos de derecho privado de la administración.

La administración que decide sobre la formación del contrato y sus validez sobre la interpretación de sus cláusulas, modo, tiempo y forma de las prestaciones; sobre la calificación de situaciones de incumplimiento; sobre la imposición de sanciones contractuales a la efectividad de éstas, la prórroga, la concurrencia de motivos objetivos de extinción de la obligación, no puede romper, por paradójico que resulte, la economía institucional propia del contrato, o alterarla por la incidencia de una institución distinta que vendría a convenir el cumplimiento de una facultad reglada, cuyas pautas de ejercicio están dadas específicamente por la ley, en facultad discrecional, de ejercicio arbitrario u ocasional.

La aplicación del régimen de la transacción del derecho privado, en sustitución del ejercicio unilateral de los poderes públicos, para convenir con los contratistas la extensión de tal régimen, sólo puede emprenderse en virtud de habilitaciones *legales* específicas; lo contrario supondría derogar una regulación imperativa en beneficio de un particular, lo cual no resulta jurídicamente posible.

Las reglas que rigen los actos de los establecimientos públicos disponen que sus contratos deben contener las cláusulas que sobre las garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas exige la ley para los del Gobierno, estipulaciones que son típicas de los contratos administrativos, esto es, de los contratos de la administración sujetos a reglas de Derecho Público, por implicar ciertos privilegios del poder público y, por tanto, no usuales en contratos entre particulares.

Cuando se pretende dirimir una controversia jurídica, la voluntad de los particulares puede recurrir a un arreglo directo, de lo cual resulta el contrato de transacción o constituír un tribunal de árbitros para que decida la controversia, con el compromiso de sujetarse a la decisión de dicho tribunal.

"En la transacción las partes se hacen justicia por sí mismas, constituyendo así uno de los tres medios a que legalmente es dable acudir para terminar con las pretensiones encontradas de dos o más personas respecto a la *pertenencia de un mismo derecho;* el común y ordinario mediante la intervención de los tribunales del Estado; la transacción en que las partes los reemplazan reconociéndose por sí mismas la justicia; y el compromiso de arbitramento, que crea un tribunal de particulares ad hoc". (G.J. T. XLVII, pág. 479. T. XLVIII pág. 268).

De estos procedimientos, el régimen contractual de la administración pública sólo dio recibo al previsto por el artículo 76 y 77 del Decreto 222 de 1983 en los siguientes términos:

"De la cláusula compromisoria.— Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las *diferencias* que se susciten en relación con el contrato.

Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho.

La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV".

Y al previsto por el artículo 77, así:

"Del arbitramento técnico.— En los contratos cuya naturaleza lo permita, podrá pactarse el arbitramento técnico cuya conformación se sujetará a las normas del Código de Comercio.

Los árbitros deberán ser profesionales en la respectiva materia y haber cumplido con las normas legales que regulan el ejercicio de la profesión.

Para pactar esta cláusula deberá tenerse en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 24 de este estatuto".

Los principios previstos en el Título IV del Decreto-Ley 222 de 1983, terminación, modificación e interpretación unilaterales se aplican a los contratos administrativos celebrados con posterioridad a dicho decreto, por parte de las entidades públicas que los suscriben, conforme a los artículos 19 a 24.

De la caducidad, su forzosa estipulación, causales y efectos disponen los artículos 60 a 65 ibídem:

Cuando la ley, según los aludidos textos, subordina la ejecución del contrato al orden público, el interés público a la coyuntura económica crítica, al criterio de la entidad pública sobre la mejor manera de adelantarla; cuando las causales de caducidad se establecen en orden al exacto cumplimiento del contrato y está prevista expresamente entre aquellas la derivada del incumplimiento de las obligaciones del contratista que haga imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a la entidad contratante, a su juicio, no es posible que al margen de tales intereses y circunstancias resulte guardado el equilibrio financiero del contrato o conjurados los inconvenientes que perturban su ejecución o indemnizados los perjuicios provenientes del incumplimiento.

Sólo dentro de los cauces legalmente previstos y mediante la aplicación de las cláusulas de estipulación forzosa en los contratos administrativos pueden tener solución las diferencias entre el contratista y la administración; así como es forzosa en la contratación administrativa la precisión del objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato, así le es ajena toda estipulación donde las prestaciones dependan del riesgo consistente en obtener ganancia o pérdida.

Como cuestión referente también a cumplimiento, rescisión y efectos del contrato se conjuga la posibilidad planteada en la consulta de "disminuír", perdonar o condonar" intereses a contratistas morosos "en aras a no hacerles más gravosa su situación económica".

Si no es suficiente la obligación del contratista de garantizar el cumplimiento del contrato, si la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial no tiene trascendencia; si la estipulación de la cláusula penal pecuniaria carece de efecto, hay que concluír que la regulación de la contratación administrativa no está condicionada por la aplicación de todas sus disposiciones, ni por la coherencia del sentido asignado a cada norma con el que corresponde a otros preceptos relativos al mismo asunto, ni por la armonización de sus propias reglas, ni por la relación con la institución de que hacen parte ni con el propio sistema jurídico.

Pero a la cuestión consultada responde con suficiente rigor el principio de interpretación sistemática aducido a través de la negación de sus contenidos; y cuando se trata de potestades generales de la administración, a las que ésta no puede renunciar válidamente, atribuidas por un ordenamiento en consideración al interés público, su

adecuada gestión no puede perturbarse por ningún tipo de pacto o contrato que implique renuncia a exigir el cumplimiento de otro contrato o implique ánimos donandi sobre una deuda cuyo pago comprende no sólo la prestación original sino también los intereses e indemnización y se imputa primeramente a aquéllos.

No sólo como contenido del deber jurídico, sino como función pública en vía de ejercicio, el 'poder exigir, que corresponde a un acreedor se acéntúa cuando éste es persona de derecho público y su cumplimiento no depende de la libre voluntad ni de la consideración de las personas de los contratistas, que en la ley civil funda la presunción del contrato gratuito.

El origen o iniciativa de todo contrato administrativo en una autorización legal, general o específica, háyase dado antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación, no es otra cosa que la aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez.

Esta es la conclusión de la Sala, de sostenido pronunciamiento, que implica la imposibilidad de INRAVISION para condonar intereses a sus contratistas morosos y para celebrar el contrato de transacción definido por el artículo 2469 del Código Civil.

En lo pertinente, serían, además, suficientes razones las expuestas para concluír la misma imposibilidad respecto de contratos celebrados con anterioridad a la vigencia del Decreto 222 de 1983, si es que a éstos también comprende la consulta, como suscritos con contratistas morosos imposibles sujetos de condonación o transacción, cuando por el mismo hecho de la mora pueden dar lugar a quedar inhabilitados para posteriores contratos con la administración.

El régimen de contratos de arrendamiento de espacios de televisión fue sustituído por el artículo 202 y siguientes del Decreto-Ley 222 de 1983, instituyéndose, en su lugar, el contrato de concesión de espacios de televisión. Tanto en el régimen anterior, como en el actualmente vigente la utilización de los espacios de televisión implica que los arrendatarios o concesionarios, según el caso, deben pagar a INRAVISION, dentro de los dos términos estipulados, las tarifas señaladas al efecto. (Artículo 206 del Decreto 222). Esto significa que la pregunta y la respuesta se refieren a ambos regímenes.

Diferente conclusión impondría la terminación de procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento, a cuya demanda, una vez que se ha presentado, podrá allanarse una entidad pública previa autorización expresa y escrita del Ministro a cuyo despacho esté vinculado y con la misma formalidad terminar el proceso de transacción. (Artículo 218 del Código Contencioso Administrativo).

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la Ministra de Comunicaciones.

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.

CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION.— Sustituyó el Contrato de Arrendamiento. Disposiciones Legales vigentes. CONTRATISTAS MOROSOS. Ni el Decreto-Ley 222 de 1983, ni disposición legal especial faculta a INRAVISION para condonar intereses causados a los Contratistas. FACULTAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS PARA TRANSIGIR LOS LITIGIOS existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa autorización escrita y expresa del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo a que estén adscritos.

SALVAMENTO DE VOTO

Me separo de la mayoría porque considero que la consulta que hace a la Sala la señora Ministra de Comunicaciones debió ser absuelta, clara y directamente, con base en las disposiciones legales vigentes, particularmente los artículos 202 al 211 del Decreto-Ley 222 de 1983, que subrogaron el régimen anterior sobre contratos de espacios de televisión. En efecto:

a) La mayoría absuelve la consulta con fundamento en el régimen de arrendamientos de espacios de televisión, prescrito por el artículo 30, letra e), del Decreto-Ley 3267 de 1963, sin precisar desde el principio, como debió hacerlo, para evitar cualquier equívoco y responder con absoluta claridad, que fue totalmente sustituído por el de "concesión de espacios de televisión", contemplado por los artículos 202 al 211 del Decreto-Ley 222 de 1983, que reguló íntegramente la materia. De manera que, desde que está vigente el Decreto-Ley 222 de 1983, *la concesión de espacios de televisión sustituyó el contrato de arrendamiento de los mismos.*

b) La hipótesis de hecho de la primera pregunta de la señora Ministra de Comunicaciones *no podía referirse a arrendamiento de espacios de televisión,* según el régimen anterior, *sino a los contratos de concesión de espacios de televisión celebrados de conformidad con el Decreto-Ley 222 de 1983,* sobre todo, porque el parágrafo transitorio del artículo 202 de ese estatuto señaló el 1o. de enero de 1984 como fecha de iniciación de tales contratos. Sin embargo, *se absuelve la consulta con base en un régimen jurídico desueto y sustituído en su integridad por el Decreto-Ley 222 de 1983,* al cual sólo se hace referencia, tangencialmente, en un párrafo final. De este modo, contrario a la realidad jurídica, se introdujo un innecesario elemento de confusión en la respuesta.

c) Según el artículo 206 del Decreto-Ley 222 de 1983, "la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— fijará las tarifas para la concesión de espacios en los canales de televisión, las cuales deberán incluirse en el pliego de condiciones".

Del mencionado precepto se infiere que la contraprestación que deben pagar los concesionarios de espacios de televisión, determinada a manera de tarifa por el Instituto Nacional de Radio y Televisión, debe incluirse el pliego de condiciones y ser, por lo mismo, para integrante del contrato, cuyas cláusulas son obligatorias para las partes. *Ni el Decreto-Ley 222 de 1983, ni disposición legal especial faculta al mencionado Instituto para condonar intereses causados a los contratistas.* De acuerdo con el artículo 76, ordinal 10., de la Constitución *sólo la ley, no los estatutos, puede conferirle tal atribución.*

d) El artículo 218 del Decreto-Ley 01 de 1984 faculta a los establecimientos públicos nacionales, como el Instituto Nacional de Radio y Televisión, para transigir los litigios existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa autorización escrita y expresa del Ministerio o Jefe del Departamento Administrativo a que estén adscritos; en el caso del Instituto Nacional de Radio y Televisión, se requiere la

autorización, en la forma indicada, del Ministro de Comunicaciones. Entre los litigios mencionados, que pueden ser objeto de transacción, se cuentan los que versen o se originen en contratos administrativos o privados con cláusulas de caducidad.

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo.

COOPERATIVAS.— DEVOLUCION DE LOS APORTES DE LOS SOCIOS QUE SE RETIREN DE LAS COOPERATIVAS.— REINTEGRO DE SUS AHORROS.— REGLAMENTACION.— DECRETO 1598 de 1963. Artículo 120 ordinal 14 Constitución Nacional.— Como las facultades que dicho artículo atribuye al Gobierno son administrativas no legislativas con base en ellas no podría reformar ni adicionar el Decreto-Ley 1598 de 1963. Para ello se requiere una nueva ley que prescriba la adición o modificación o que otorgue facultades precisas y protempore al Gobierno con la misma finalidad.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., seis (6) de julio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 1907

Se absuelve la consulta que el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"En mi condición de Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas respetuosamente acudo ante esa honorable corporación con el fin de que nos sean absueltas dos consultas que hacemos con ocasión de la declaratoria de nulidad de la Resolución 1294 de 1972, por medio de fallo del 1o. de marzo de 1983 proferido por el Honorable Consejo de Estado, cuyo objeto consistía en reglamentar en las sociedades cooperativas la devolución de aportes de los socios cuando éstos se retirasen, más en algunos casos los ahorros voluntarios que hubiesen hecho durante su estada en las mismas.

"Si bien es cierto que el Decreto-Ley 1598 de 1963 en el literal h) del artículo 31 y en los artículos 51 y 52 otorga a las cooperativas la facultad de reglamentar las devoluciones antes mencionadas en sus estatutos, también es cierto que se corre el peligro de que esa reglamentación no se efectúe a través de normas que se acojan a los principios cooperativos y a la equidad requerida para tal evento.

"Somos conscientes de que los aportes de los socios de las cooperativas no constituyen jurídicamente depósitos de ahorro, aunque por su naturaleza económica en realidad sí se convierten en ello, de la misma manera que las inversiones en las sociedades anónimas.

"Por todo lo anterior nuestras consultas son las siguientes:

"1.— Sería aplicable el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional para la reglamentación de la devolución de los aportes de los socios que se retiren de las entidades cooperativas y para el reintegro de sus ahorros si los hubiere?

"2.— Se podría modificar, con la misma base constitucional, el artículo 4o. del Decreto-Ley 1598 literal e) cuando establece: Que el interés a capital, cuando sea reconocido, en las sociedades Cooperativas, no será superior al 6% anual?.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1o. El artículo 120, ordinal 14, de la Constitución atribuye al Presidente de la República, como "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 y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

Como ha expuesto la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, la disposición transcrita atribuye al Presidente de la República *una facultad administrativa*, que necesariamente está condicionada por la Constitución y la ley; de ahí que los actos que expide, con fundamento en el artículo 120, ordinal 14, de la Constitución, *no tengan fuerza legislativa y sean actos administrativos*. La Constitución *sólo reconoce cinco clases de decretos del Gobierno con fuerza legislativa*, los enumerados taxativamente por los artículos 118, ordinal 8o, y 214 ibídem, puesto que los demás, según el artículo 216 del mismo estatuto constitucional, *son de carácter administrativo* (V. Sentencia del 14 de junio de 1974. Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Anales, Tomo LXXXVI, págs. 132 y siguientes), cuyo juzgamiento incumbe, por el mismo motivo, al órgano competente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2o. Además, según la historia fidedigna de su establecimiento, la finalidad del artículo 120, ordinal 14, de la Constitución no consiste en atribuir al gobierno poderes materiales de legislación, sino en permitirle, de ser necesario, intervenir la actividad de los intermediarios financieros para impedir que defrauden a los ahorradores. De ahí que esa atribución sea administrativa y no legislativa.

3o. De manera que, desde el punto de vista constitucional, es preciso distinguir, por una parte, *la ley y los decretos con fuerza legislativa*, que tienen la misma jerarquía normativa y, por otra, *los decretos meramente administrativos*, que tienen por objeto cumplir la Constitución o las leyes y que son de menor jerarquía con aquéllos (artículos 214, 215 y 216 de la Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del Código de Régimen Político Municipal. De donde se deduce que sólo los decretos con fuerza legislativa, clara y taxativamente definidos por la Constitución, pueden asimilarse, en las materias que contemplen, a la ley, a la cual pueden aclarar, adicionar, reformar, derogar o subrogar, con la sola excepción de los expedidos con fundamento en el artículo 121 de la Carta porque, aunque de igual jerarquía, sólo tiene posibilidad de suspender las disposiciones legales que les sean contrarias.

4o. Según los artículos 12 y 44 de la Constitución, correspondientes al título III sobre "derechos civiles y garantías sociales", "la capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley ...". Lo propio prescriben, respecto de las entidades públicas, los artículos 76, ordinales 5o., 9o. y 10., 187, ordinal 6o., 197, ordinal 4o., 198 y 199 de la Constitución.

5o. Las cooperativas, como dispone el artículo 1o. del Decreto-Ley 1598 de 1963, son "personas jurídicas de derecho privado, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social" y se constituyen —según el artículo 4o. ibídem— "con el propósito principal de servir directamente a sus miembros, sin ánimo de lucro ...". Por consiguiente, el régimen jurídico de las cooperativas, como el de todas las sociedades, debe ser determinado exclusivamente por la ley, a la cual también incumbe interpretarla,

adicionarla, modificarla, subrogarla o derogarla. Se trata de una garantía específica, de carácter constitucional, en favor de las personas jurídicas particulares, para que no puedan ser objeto de injerencia arbitraria, sin perjuicio de la vigilancia y control que ejerza sobre ellas, con fundamento en la Constitución y en las leyes, la administración.

6o. Como las facultades que el artículo 120, ordinal 14, de la Constitución atribuye al Gobierno *son administrativas, no legislativas*, con base en ellas no podría reformar ni adicionar el Decreto-Ley 1598 de 1963. Para ello se requeriría una nueva ley que prescriba la adición o la modificación o que otorgue facultades precisas y pro témpore al Gobierno con la misma finalidad.

7o. Sin embargo, *el Gobierno puede reglamentar* total o parcialmente el Decreto-Ley 1598 de 1963, de conformidad con el artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución, para facilitar su aplicación.

Transcríbase al señor Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas 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 DE CONCESION PARA LA PRESTACION DE SERVICIO PARA LA CORRESPONDENCIA PUBLICA O PRIVADA.— Celebración. Delegación. Regulación. Decreto 222 de 1983, artículos 184 a 188. Carácter excepcional de dichos preceptos. EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.— Servicio de telecomunicaciones que presta. Funciones de su Presidente. POLITICA DE COMUNICACIONES.— ADOPCION.— ¿A quién corresponde?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Osvaldo Abello Noguera.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 1970.

El Señor Ministro de Comunicaciones, doctor Bernardo Ramírez, formula a la Sala la siguiente consulta:

"La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, cuyos Estatutos fueron adoptados por el Decreto 1184 de 1969, fue creada y organizada de acuerdo con las Leyes 6a. de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947. 1233 de 1960. 1184 de 1954. 1365 de 1960 y 3267 de 1963.

"Los artículos 27 y 28 del Decreto 129 de 1976 señalan que corresponde a la Empresa prestar los servicios de telecomunicaciones y ejecutar los planes y proyectos del sector, en su respectivo campo de acción.

"Con base en las disposiciones anteriores, la Empresa considera que dentro de la facultad de ejecutar la política del Gobierno en el sector y de ejercer el monopolio de las telecomunicaciones, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 2o. del Decreto 1884 de 1947, dictado en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 6a. de 1943 y 83 de 1945 y 2o. y 3o. del Decreto 1184 de 1969, está la de celebrar los contratos de que tratan los artículos 184 y 185 del decreto 222, dentro de su campo de acción.

"Por su parte el Ministerio de Comunicaciones con base en las funciones descritas en el artículo 2o. del Decreto-Ley 129 de 1976 y en especial de las señaladas en los literales a), c), g) y p), considera que la facultad de celebrar los contratos de que tratan los artículos 184 y 185 del Decreto 222 de 1983 le corresponde, máxime que los mencionados artículos del Decreto 222 de 1983 indican que corresponde al Estado la celebración de tales contratos.

"En consecuencia, pregunto al Honorable Consejo:

"1. Al mencionar el Decreto 222 de 1983 en sus artículos 184 y 185 el Estado, quiere esto decir que se refiere únicamente al Ministerio de Comunicaciones?.

"2. Si se refiere únicamente al Ministerio de Comunicaciones, puede éste delegar la facultad de celebrar los contratos a que he aludido y a través de qué procedimiento?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

Los artículos 184, 185, 186, 187 y 188 del Decreto-Ley 222 de 1983 regulan los contratos de concesión para la prestación de servicio para la correspondencia pública o privada. Según el contexto estos preceptos tienen carácter excepcional, en cuanto mediante ellos se autoriza a personas particulares establecer conexión con redes nacionales e internacionales a fin de recibir mensajes del público de diferente orden o transmitir comunicaciones del exclusivo interés del concesionario. Los contratos de concesión de correspondencia privada que impliquen transmisión de señales de video, también tiene carácter excepcional, porque sólo se pueden celebrar si tiene por objeto servicios de seguridad o programas educativos, siempre que se compruebe y garanticen, además, que no están destinados a ser recibidos por el público en general.

El artículo 27 letra a) del Decreto-Ley 129 de 1976, que reitera lo que al efecto prescribía el artículo 4o., letra a) del Decreto-Ley 3267 de 1963, atribuye a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones la prestación de "los servicios de telecomunicaciones" oficiales de carácter nacional que no correspondan a otras de las entidades adscritas al Ministerio de Comunicaciones: y el artículo 37 ibídem, por regla general, dispone que los contratos que celebren las entidades adscritas al Ministerio de Comunicaciones "se llevarán a cabo de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia", pero agrega que si su cuantía excede de la suma de $ 20'000.000.oo millones de pesos requerirán la aprobación del Ministerio de Comunicaciones.

El Decreto 1184 de 1969, en su artículo 25, que corresponde al 2o. del Decreto 1376 de 1981, atribuye al Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en el literal b), "celebrar los contratos y ejecutar los actos comprendidos *dentro del objeto de la Empresa.* (Subraya la Sala), de acuerdo, con cada caso, con disposiciones legales y estatutarias vigentes.

Lo expuesto significa que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones debe prestar "los servicios de telecomunicaciones" que sean de su incumbencia y que para el cumplimiento de su finalidad puede el Presidente de la misma, debidamente autori-

zado por la Junta Directiva (artículo 1o. letra i), del Decreto 1376 de 1981), cuando ello se requiere, celebrar los contratos que necesite la entidad para el cumplimiento de su objeto. La ley no autoriza a la empresa para celebrar contratos de otra índole.

El artículo 2o., letra a), del Decreto-Ley 129 de 1976 atribuye al Ministro de Comunicaciones, de acuerdo con el Presidente de la República, "adoptar la política de comunicaciones del país", y el literal g) del mismo precepto lo faculta para "otorgar las concesiones, permisos o licencias que se requieren para la prestación o utilización de los servicios de telecomunicaciones y dictar las normas para la prestación de tales servicios". Esto significa que los contratos de concesión que celebre el Ministerio de Comunicaciones, como los de correspondencia pública o privada incumben al Gobierno, por conducto integrado por el Presidente de la República y el Ministro de Comunicaciones.

Si los servicios de telecomunicaciones que le están asignados deben ser prestados, en principio, por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, los contratos que excepcionalmente se celebren con los particulares para permitirles la utilización de los servicios de telecomunicaciones, deben ser celebrados por el Gobierno Nacional.

Los artículos 184 y 185 del Decreto-Ley 222 de 1983, que regulan los contratos de concesión para la prestación de los servicios de correspondencia pública y privada, como consecuencia de lo antes expuesto, habida consideración de su carácter excepcional deben ser celebrados por el Gobierno Nacional de acuerdo con lo prescrito por el artículo 2o. letra g) del Decreto-Ley 129 de 1976. Además, esos mismos preceptos hacen clara referencia al Estado, que es la entidad de derecho público a la cual pertenecen las comunicaciones del país.

Los contratos que celebra el Gobierno Nacional, en representación de la Nación (artículos 76, ordinales 11 y 16 y 120, ordinal 13 de la Constitución), pueden ser delegados de conformidad con lo prescrito por el artículo 135 de la misma Carta. Pero, los Ministros o Jefes de Departamento Administrativo, no pueden sub-delegar las facultades que le delegue el Presidente de la República.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Señor Ministro de Comunicaciones, doctor Bernardo Ramírez.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

LIMITES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.— El Senado de la República es el competente para dirimir las dudas que se presenten en aspectos relacionados con los límites de las entidades territoriales (artículo 4o. de la Ley 62 de 1939).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., veintitres (23) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Osvaldo Abello Noguera.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2134.

El Señor Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarias, doctor Héctor Moreno Reyes, formula la siguiente consulta:

"1. La Ley 2a. de 1931 creó la Intendencia del Amazonas con los límites señalados en el artículo 1o. advirtiendo expresamente en su artículo 4o., que las Comisarías del Caquetá y Putumayo quedarían con los límites que tenían, excepto en la parte en que resultaban reformados por la segregación que se hacia para formar la Intendencia del Amazonas.

"El límite norte de la Intendencia del Amazonas partía de la desembocadura del río Apaporis en el Caquetá y seguía aguas arriba por el mismo río hasta encontrar los cerros de Araracuara, de donde seguía por el divorcio de las aguas de estos contrafuertes, en dirección suroeste hasta encontrar el rápido o gran caudal del Araracuara, formado por el río Caquetá, de donde seguía a través de la desembocadura de la quebrada La Tagua en este río, y el camino La Tagua — Caucayá, hasta el punto de partida.

"2. Si consideramos el lindero determinado, la región de Araracuara estuvo comprendida dentro de la jurisdicción de la Intendencia del Amazonas y, consecuencialmente dentro de la jurisdicción de la Comisaría, pues aquella se convirtió en ésta con el mismo nombre y con idénticos límites, por disposición del artículo 2o. de la Ley 2a. de 1943.

"3. No sólo el corregidor de Puerto Santander sino el área administrativa y propiedades de la Corporación de Desarrollo de Araracuara han reconocido sin oposición hasta la fecha, la jurisdicción de la Comisaría Especial del Amazonas.

"4. La Ley 78 de 1981, orgánica del Departamento del Caquetá en su artículo 2o., varió el lindero norte, sin modificar expresamente, como lo hicieron las Leyes 2a. de 1931 y 1943, respectivamente, los linderos anteriores por los cuales se dio vía jurídica a la Comisaría Especial del Amazonas, con lo cual Araracuara quedaría dentro del territorio de dicho Departamento.

"Las Entidades Territoriales indicadas, invocan diferentes argumentos para tener jurisdicción en la región de Araracuara.

"Apoyado en los anteriores puntos, muy comedidamente me permito consultar al Honorable Consejo de Estado, lo siguiente:

"1. Si tal como está redactada la Ley 78 de 1981, debe considerarse incorporada al Departamento del Caquetá la región de Araracuara, por ser esta Ley posterior a la 2a. de 1931?.

"2. Si se encuentran vigentes los límites establecidos por la Ley 2a. de 1931 para la Intendencia del Amazonas, hoy Comisaría Especial, de acuerdo con la Ley 2a. de 1943 y según las cuales, la región de Araracuara pertenecería a dicha Comisaría, en atención a que la Ley 78 de 1981 no modificó expresamente las citadas normas?.

"3. Si no es posible definir cual de las dos leyes es aplicable en materia de límites entre el Departamento del Caquetá y la Comisaría Especial del Amazonas, debe acudirse al procedimiento establecido en la Ley 62 de 1939 y su Decreto 803 de 1940, sobre deslinde y amojonamiento?"

SE CONSIDERA Y RESPONDE:

La Consulta formulada tiene por objeto determinar los efectos de una ley frente a otra para establecer si ha existido derogación de la anterior por la posterior; por tratarse de leyes que regulan aspectos relacionados con los límites entre un Departamento y una Comisaría, por eso estima la Sala que no puede entrar a dirimir tal conflicto de leyes, dado el contenido de la materia que tratan.

En efecto no es a esta Sala a quien compete aclarar las dudas que se presenten en aspectos relacionados con los límites de las entidades territoriales. Tal competencia la atribuye directamente el Constituyente, al Senado, quien la ejerce mediante el establecimiento de comisiones demarcadoras, en la forma que señala el artículo 4o. de la Ley 62 de 1939 "sobre deslinde y amojonamiento de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios", norma que desarrolla el inciso 5o. del artículo 5o. de la Constitución Nacional.

Es, pues, el Senado de la República el competente para dirimir el caso sometido a estudio de la Sala, por cuanto es al legislador a quien corresponde la creación de nuevos entes territoriales y de allí que el Constituyente le asigne tal función indelegable.

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

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.

LIMITES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.— (Salvamento de Voto).— 1.— La Ley 78 de 1981, por ser posterior y especial pudo modificar el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1931 que específicamente señaló los linderos de la Comisaría del Amazonas. 2.— Linderos entre el Departamento del Caquetá y la Comisaría del Amazonas. Verificación.

SALVAMENTO DE VOTO

Disiento del concepto mayoritario en cuanto considero que la consulta comprende dos aspectos: el primero que consiste en saber si la Ley 78 de 1981 pudo o no modificar la Ley 2a. de 1931 y el segundo relativo a determinar los linderos entre la Intendencia del Amazonas y el Departamento del Caquetá.

Respecto del primer aspecto, también considero que la Sala debió responder que la Ley 78 de 1981, por ser posterior y especial, pudo modificar el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1931 que específicamente señaló los linderos de la Comisaría del Amazonas; pues, desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, es posible que una ley relativa a materia especial modifique otra anterior también especial.

Sin embargo, puesto que del contexto de la Ley 78 de 1981 no es posible determinar si ésta modificó o no la Ley 2a. de 1931, en cuanto a los linderos entre el Departamento del Caquetá y la comisaría del Amazonas, *ello debe verificarse sobre el terreno*, teniendo en cuenta los linderos que para el primero señala el artículo 2o. de la Ley 78 de 1981: *Sólo con fundamento en esa verificación es posible establecer si esta ley modificó o no los linderos que para la Comisaría del Amazonas señaló el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1931.* Este alinderamiento debe efectuarse de conformidad con lo prescrito por los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Ley 62 de 1939.

Si de esta delimitación *surgieren litigios*, es decir, *diferencias en cuanto a las líneas divisorias*, que de este modo las harían "dudosas", el alinderamiento debe efectuarse por comisiones demarcadas, designadas por el Senado, de conformidad con los artículos 5o., penúltimo inciso, y 98, ordinal 5o., de la Constitución y 4o. de la Ley 62 de 1939.

De manera que, *en conclusión*, estimo que la Sala debió conceptuar con fundamento en los aspectos específicos a que me he referido.

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo.

SANCIONES DISCIPLINARIAS.— COMPETENCIA PARA ADELANTAR INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.— DISCIPLINARIAS.— Por la comisión de faltas consagradas en la Ley 13 de 1984. Investigación y sanción; trámite. Concepto de la Comisión de Personal. COMISION DE PERSONAL.— Integración. Elección del representante de los empleados. (Decreto 2045 de 1969, artículo 1o. inciso final). Funciones de la mencionada Comisión. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.— (Decreto 3130 de 1968). Con dicha norma la vigencia de las que hacían referencia al régimen disciplinario se prorrogaron hasta que fueran aprobados por el Gobierno Nacional los respectivos estatutos a que alude el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968. IMPOSICION DE SANCIONES EN EL INSTITUTO "AGUSTIN CODAZZI".— Antes y después de los Decretos 2400 de 1968 y 3130 de 1968. Resolución 1134 de 1972 de dicho Instituto. Revocación. No supone la revocación de derechos adquiridos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., seis (6) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2130.

El Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en Oficio No. 0606, formula a la Sala la consulta que a continuación se transcribe:

"En materia de comisión de personal y para fines de carácter disciplinario, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" ha venido aplicando la Resolución 1134 de 1972 adjunta. No obstante, como los Decretos 2400 de 1968 (artículos 57 y 58), 2045 de 1969, 1950 de 1973 (artículos 143 y 156), 1005 de 1980 y 400 de 1983 señalan un procedimiento

diferente en lo concerniente a la integración, funciones y forma de constituír la comisión de personal, se consulta a esa Honorable Corporación lo siguiente:

¿Puede seguir aplicándose la Resolución 1134 de 1972 expedida por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" para regular la comisión de personal?

¿En caso contrario, se vulnerarían derechos adquiridos con la derogatoria expresa de la misma, al determinar que en el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" se deben aplicar en estricto sentido las normas legales que regulan la materia?".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Según disposición del artículo 8o. del Decreto 0400 de 1983, en armonía con el artículo 28, la competencia para adelantar investigaciones administrativas disciplinarias por la comisión de faltas consagradas en la legislación vigente (Ley 13 de 1984) como por la falta prevista en los artículos 1o. a 7o. del mismo decreto, se ejerce, en las Direcciones Generales de Aduanas y de Impuestos Nacionales, en las Superintendencias Bancarias y de Control de Cambios, y en los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, siguiendo el procedimiento indicado en los artículos 9o. a 27 del decreto en cita.

La sanción procedente, una vez evaluada la investigación por el jefe de la dependencia investigadora, es propuesta ante el funcionario que, de conformidad con las normas que rijan la materia, sea competente para imponerla, o ante la respectiva comisión de personal. "La comisión de personal deberá rendir concepto cuando se trate de la aplicación de sanción de suspensión mayor de diez días o de destitución, en la forma que determine el reglamento" (artículo 16 ibídem).

En la Rama Ejecutiva del Poder Público, con excepción expresa del Ramo de Defensa, la administración de personal, regida por el Decreto 2400 de 1968, presupone organismos responsables de aquélla (artículo 53) como las unidades y comisiones de personal, encargadas, además, de velar por la aplicación del régimen disciplinario, "con sujeción a las normas legales y reglamentarias". Específicamente dispone el artículo 57, inciso 1o.:

"En cada organismo funcionará una Comisión de Personal integrada por el Secretario General, el Jefe de la Oficina Jurídica o quienes hagan sus veces en las diferentes entidades y un representante de los empleados del organismo. Actuará como Secretario el Jefe de Personal".

La elección del representante de los empleados y sus suplentes fue reglamentada por el Decreto 2045 de 1969, cuyo artículo 1o., inciso final, dispuso:

"En los Establecimientos Públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se estará a lo dispuesto por sus correspondientes estatutos de administración de personal, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto número 3130 de 1968".

"Corresponde a las Comisiones de Personal conocer de las reclamaciones que hagan los empleados sobre desmejoramiento en sus condiciones de trabajo, sobre la calificación de sus servicios y sobre las sanciones disciplinarias cuando el empleado haya incurrido en hechos que conllevan multas, suspensiones o destitución.

"La Comisión rendirá concepto al Jefe del organismo respectivo sobre los casos sometidos a su consideración, y éste decidirá en definitiva" (artículo 58 Decreto 2400 de 1968 Cf. artículo 16 Decreto 400 de 1983).

La norma transcrita fue reglamentada por el artículo 156 del Decreto 1950 de 1973.

La reorganización y el funcionamiento de los establecimientos públicos, regida por el Decreto 3130 de 1968, previó la determinación de su estructura interna por la respectiva junta o consejo directivo, ajustada a la nomenclatura establecida por el artículo 24 y la elaboración del proyecto de estatuto de personal que determinara las situaciones administrativas y el régimen disciplinario (artículo 38 ibídem). La vigencia de las normas sobre la materia se prorrogó hasta que fuera aprobado por el Gobierno el respectivo proyecto de estatuto (artículo 39 ibídem).

El artículo 162 de la Constitución Política ordena ejercer la facultad de nombrar y remover empleados administrativos, dentro de las normas que expida el Congreso para establecer y regular las condiciones de retiro o despido.

Se explica así por qué ni la ley ni los estatutos de los establecimientos públicos podían conferir a Juntas o Consejos Directivos atribuciones autónomas para determinar su propio régimen disciplinario y que cuando lo hiciera el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 fuera declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 13 de diciembre de 1972 (G.J. CXLIV, 271).

Continuaron por tanto, vigentes, como siempre tuvieron que estarlo, las normas sobre régimen disciplinario y sobre Comisión de Personal, en cuanto unidad de personal determinada en los establecimientos públicos por su respectiva Junta o Consejo Directivo, para el estudio de asuntos especiales como la aplicación de sanciones disciplinarias "con sujeción a las normas legales y reglamentarias". (artículo 56 Decreto 2400 de 1968).

Confrontada con dichas normas la Resolución No. 1134 de 11 de octubre de 1972, expedida por el Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", establecimiento público creado por Decreto-Ley 290 de 1957, se advierte:

Tiene por objeto tal resolución reglamentar la aplicación de los Acuerdos Nos. 22 de 1962, 49 de 1964 y 10 de 1966 y como fundamento la necesidad de reglamentar" ... el funcionamiento del 'Comité de Relaciones Laborales', su competencia, conformación, procedimiento y campos de aplicación" y la conveniencia de "determinar los procedimientos para la imposición de sanciones".

El artículo 14 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el Decreto 3074 del mismo año, tenía previsto:

"El Gobierno reglamentará la calificación de las faltas, la graduación de las sanciones correspondientes y los procedimientos para la aplicación del régimen disciplinario ..." y a dicha reglamentación correspondió la expedición del Decreto 1950 de 1973.

La integración del Comité de Relaciones Laborales, según los artículos 4o. y 5o. de la resolución analizada, no corresponde a la de la unidad o Comisión de Personal prescrita para cada organismo de la Rama Ejecutiva por el Decreto 2400 de 1968 y tampoco el concepto previo requerido de la Comisión de Personal por el artículo 143 del Decreto 1950 de 1973 puede corresponder al de dicho Comité, según el artículo 7o. de la resolución.

Las suspensiones aplicables en general por el Jefe de cada organismo según el artículo 13 del Decreto 2400 de 1968, resultan serlo según el parágrafo 2o. del mismo artículo 7o. por el Director de Comité Seccional, si no exceden de diez días.

Finalmente, el procedimiento disciplinario previsto por los artículos 8o. y siguientes de la resolución, mal pudieron corresponder a partir de 1973, no obstante algunos aspectos coincidentes, con el procedimiento establecido por el Capítulo VII, artículos 149 a 167 del Decreto 1950 de 1973 y menos con el del Decreto 400 de 1983, ni la designación y sustitución del representante de los empleados en el Comité de Relaciones Laborales, previstas por los artículos 4o. y 9o. de la resolución, con los términos de los Decretos 2045 de 1969 y 1005 de 1980.

Independientemente de la vigencia de los Acuerdos de la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi Nos. 22 de 1961, 49 de 1964 y 10 de 1966, cuyos textos desconoce la Sala, y en el supuesto de que dichos Acuerdos se hubieran expedido en conformidad con las normas estatutarias, es hecho evidente que cuando se expidieron aún no regían los Decretos 2400 y 3130 de 1968, ante cuyos mandatos sólo procedía la determinación de la estructura interna del Instituto por su Junta Directiva y la proyección del correspondiente estatuto de personal, incluído el régimen disciplinario.

Se imponía, entonces, dentro de la vigencia del decreto 2400, tanto la existencia y funcionamiento de la Comisión de Personal en el Instituto, con la integración dispuesta por el artículo 57, inciso 1o. de dicho decreto, como la aplicación del régimen disciplinario, de conformidad con la reglamentación de las normas pertinentes del mismo decreto; y se impone hoy el cumplimiento de las funciones de la Junta Directiva adoptadas por los estatutos que aprobó el Decreto 1167 de 1969, relativas a la adopción y reforma del Estatuto de Personal (artículo 20 ibídem) y el cumplimiento de las funciones del Director General sobre imposición de sanciones "de acuerdo con las disposiciones legales y los reglamentos *especiales* del Instituto". (Artículo 24, numeral 7o. ibídem).

Bien como aspectos exclusivos de la ley u objeto de disposiciones de carácter general, aplicables al conjunto de los organismos del Estado; bien como disposiciones orgánicas comunes a toda entidad descentralizada, o previsiones autónomas del acto de su creación, las relativas a administración de personal y régimen disciplinario, de carácter legal, no podían ser materia de disposiciones de la Junta Directiva, contrarias o nuevas, acerca de los mismos aspectos, ni objeto de "reglamentos especiales" del Director General, lo que sólo originalmente el Gobierno puede reglamentar.

De otra parte, la declaración de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, mediante fallo de 13 de diciembre de 1972, dos meses después de expedida la resolución 1134 del Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", significó que algún remoto fundamento suyo en aquella norma quedaría viciado, como podría quedar la misma desde su expedición, sin perjuicio de las situaciones constituidas durante su vigencia.

El respeto de dichas situaciones jurídicas, constituídas sin sujeción a los Decretos 2400 y 3074 de 1968, 2045 de 1969, 1950 de 1973, 1005 de 1980 y 400 de 1983, derivaba del mandato del artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959, a cuyo 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".

Y hoy deriva del artículo 73, inciso 1o., del Código Contencioso Administrativo.

"Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

No supone, por tanto, la revocación directa de la Resolución 1134 de 1972 del Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", desconocimiento de derechos adquiridos, y es, por el contrario, un deber suyo revocarla, al tenor del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

En los términos expuestos se considera absuelta la consulta del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

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.

PRESTACIONES SOCIALES DE LOS EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.— Es cierto que ninguna disposición del Decreto-Ley 1045 de 1978 se refiere a las prestaciones de estos empleados; pero se trata de una omisión que se remedia reconociéndoles las mismas prestaciones sociales que la ley prescribe para los de la Administración Nacional, como lo hace el Decreto-Ley 3135 de 1968. PRIMA DE VACACIONES.— Empleados PROSOCIAL.— Decreto-Ley 1045 de 1978 artículo 24.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., ocho (8) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2135.

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

1. "La Promotora de Vacaciones y Recreación Social —PROSOCIAL, empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, fue creada mediante Decreto No. 1250 de 1974 habiéndose aprobado sus estatutos mediante Decreto 3226 de 1981.

2. "Según las funciones que le fueron atribuídas en este último decreto, el Director Ejecutivo puede fijar la asignación mensual de los trabajadores oficiales de acuerdo a la Convención Colectiva, previa aprobación del Consejo Directivo, y la de los empleados públicos según las pautas establecidas por el Gobierno Nacional sobre la materia.

3. "A pesar de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto No. 3130 de 1968, el Consejo Directivo de PROSOCIAL expidió el Acuerdo No. 12 de 1975 mediante el cual se creó la prima de vacaciones para los empleados de la entidad, en las mismas condiciones de la estipulada en el Decreto No. 230 de 1975 para los empleados de los Establecimientos Públicos. Esto es, se les asignó una prima de vacaciones de quince (15) días de sueldo por cada año de servicio de los cuales tres (3) deberían descontarse con destino a PROSOCIAL.

4. "El Consejo de Estado ha manifestado en varias oportunidades que al tenor del artículo 76 de la Constitución Nacional, es la ley la que debe prescribir las prestaciones sociales del personal vinculado a la Administración, siendo en este caso los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 los que determinan las prestaciones sociales de los empleados y trabajadores al servicio de la Administración Nacional.

5. "La prima de vacaciones con los descuentos a favor de PROSOCIAL, que fuera creada por los Decretos Nos. 174 y 230 de 1975, fue confirmada en el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978 para "los empleados públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional", no quedando cobijados los empleados de las empresas industriales y comerciales del Estado.

6. "Los trabajadores oficiales de PROSOCIAL han celebrado Convenciones Colectivas desde el año de 1980, en las que se ha mejorado ostensiblemente la cuantía de su prima de vacaciones, pero no se ha establecido nada con relación a los descuentos a favor de PROSOCIAL.

Con base en lo anteriormente expuesto se consulta al Honorable Consejo de Estado:

1. ¿Debe reconocerse la prima de vacaciones consagrada en el artículo 24 del Decreto No. 1045 de 1978 a quienes laboran en PROSOCIAL como empresa industrial y comercial del Estado que es?

2. En caso afirmativo, ¿deben descontarse de esa prima los tres (3) días a favor de PROSOCIAL de que habla el artículo 27 del mismo Decreto No. 1045 de 1978?

3. El hecho de que las Convenciones Colectivas suscritas entre PROSOCIAL y sus trabajadores oficiales no hayan hecho mención al descuento de esos tres (3) días al hablar sobre prima de vacaciones, lo exime de la norma general consagrada en la ley?

4. En general, son aplicables las normas expedidas por el Gobierno Nacional en materia de prestaciones aunque en su texto no se indique expresamente que cobijan a los empleados de las empresas industriales y comerciales del Estado?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1o. El artículo 24 del Decreto-Ley 1045 de 1978 prescribe que la prima de vacaciones, creada por los decretos leyes 174 y 230 de 1975, se debe reconocer "a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas normas. "La disposición excluye de esta prestación a "los funcionarios del servicio exterior".

Los artículos 3o. y 4o. del Decreto-Ley 1045 de 1978 hacen extensivas a los trabajadores oficiales las prestaciones sociales prescritas por la ley para los empleados administrativos nacionales, "como el mínimo de derechos y garantías" que les reconoce, sin perjuicio de los aumentos que resulten de convenciones colectivas de trabajo o laudos arbitrales.

2o. Es cierto que ninguna disposición del Decreto-Ley 1045 de 1978 se refiere a las prestaciones sociales *de los empleados* de las empresas industriales y comerciales del Estado. Pero la Sala considera que se trata de una omisión que se remedia reconociendo a esos empleados las mismas prestaciones sociales que la ley prescribe para los de la Administración nacional, como lo hace el Decreto-Ley 3135 de 1968, conforme al principio jurídico según el cual "donde hay una misma razón debe haber una misma disposición", que en el régimen jurídico colombiano se hace efectivo, específicamente, con base en el principio de la analogía, prescrita por el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887. Por consiguiente, el acto del consejo directivo de PROSOCIAL —que es una empresa industrial y comercial del Estado— por el cual, según el enunciado de la consulta que se absuelve, "se creó la prima de vacaciones para los empleados de la entidad, en las mismas condiciones de la estipulada (sic) en el Decreto No. 230 de 1975" tiene por fundamento la expuesta interpretación, que implica, como lógica consecuencia, la posibilidad de aplicar *a los empleados* de las empresas comerciales e industriales del Estado, entre otros, el artículo 24 del Decreto-Ley 1045 de 1978.

3o. El artículo 27 del Decreto-Ley 1045 de 1978 dispone que "el valor de tres de los quince días de prima, salvo disposición legal en contrario, será depositado por el respectivo organismo en la "Promotora de Vacaciones y Recreación Social, con los requisitos y con la finalidad que el mismo precepto prescribe. Se trata de una disposición que también comprende *a los empleados* de las empresas industriales y comerciales del Estado, en ellas incluídos los de PROSOCIAL.

4o. La convención colectiva de trabajo puede reconocer a los trabajadores oficiales, por concepto de prima de vacaciones, una suma mayor que la prescrita por el artículo 24 del Decreto-Ley 1045 de 1978, de conformidad con el artículo 4o. ibídem. La convención colectiva de trabajo puede sobrepasar las prestaciones sociales mínimas que reconoce la ley, preo no rebajarlas o disminuirlas.

5o. Si la convención colectiva de trabajo puede reconocer a los trabajadores oficiales el derecho a percibir, por concepto de prima de vacaciones, suma superior al mínimo legal, no es posible pactar en la misma que no se haga el descuento prescrito por el artículo 27 del Decreto-Ley 1045 de 1978, porque ésta es norma de orden público, por lo mismo obligatoria e irrenunciable (artículos 15 y 16 del Código Civil).

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

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

TITULO EJECUTIVO.— El numeral 1o. del artículo 68 del nuevo Código Contencioso Administrativo que fue adoptado por mandato del artículo 1o. del Decreto 01 de 1984, contiene una regla general de que debe considerarse como título ejecutivo al darle el carácter de tal a los actos administrativos que cumplan con los requisitos allí estipulados; ejecutoriedad del acto administrativo, que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley. ALCANCES LIQUIDOS DECLARADOS POR LAS CONTRALORIAS. (Numeral 1o. del artículo 562 Código de Procedimiento Civil) tienen el carácter de títulos ejecutivos. CREDITOS A FAVOR DEL ESTADO.— Intereses. Ley 68 de 1923. Artículo 9o. Las MULTAS que imponen las Superintendencias a los Jueces de la República constituyen un crédito a favor del Estado. Casos especiales.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2115.

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la sala la siguiente consulta:

El numeral 9o. del artículo 11 de la Ley 58 de 1982 reza:...Definir las obligaciones a favor del Estado que presten mérito ejecutivo ...".

En desarrollo de las facultades que dicho artículo otorgó al Presidente de la República, fue expedido mediante el Decreto 01 del presente año, el Código Contencioso Administrativo el cual en su artículo 68 dice: "Definición de las obligaciones a favor del Estado que presten mérito ejecutivo por Jurisdicción Coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos ...". (Numeral 1o. artículo 562 del Código de Procedimiento Civil).

El mencionado numeral del artículo 562, a nuestro entender quedó sin valor por cuanto el Decreto 01 de 1984, en su artículo 268 indica que quedan derogadas "las demás disposiciones que sean contrarias a este Código".

La duda en este punto se limita a saber si son actualmente cobrables por vía ejecutiva de Jurisdicción Coactiva, los alcances, puesto que el legislador facultó al Ejecutivo a favor del Estado y éste no los incluyó.

La Ley 68 de octubre 25 de 1923 (Diarios Oficiales números 19294 y 19295), en su artículo 9o., ordena: "... Los créditos a favor del Tesoro devengan intereses a la rata del doce por ciento (12%) anual desde el día en que se hagan exigibles hasta aquél en que se verifique el pago".

Hay normas particulares que reafirman dicha disposición, como lo son el artículo 249 del Código de Aduanas, artículo 7o. de la Resolución 00406 de julio 16 de 1982, de la Corporación Nacional de Turismo o el Decreto 1155 de mayo 14 de 1980.

La inquietud se presenta en relación con las multas que imponen las Superintendencias o los Jueces de la República, en las cuales no se estipula la causación de intereses de ninguna índole.

En consecuencia, se trata de precisar si se puede considerar a las sanciones pecuniarias como "Créditos a favor del Estado".

Si es así y dado que los intereses son "sanción" a la mora, y que la multa es una "sanción" puede entonces liquidarse intereses que vendrán a ser "sanción a la sanción".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

Primera Pregunta: El artículo 562 del Código de Procedimiento Civil en el numeral 1o. como constitutivo del Título Ejecutivo en las ejecuciones por Jurisdicción Coactiva:

"1. Los alcances líquidos declarados por las Contralorías contra los responsables del erario, contenidos en providencias definitivas y ejecutoriadas".

El artículo 68 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1984) consagra la definición de las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo en los siguientes términos:

"Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.

2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del Tesoro Nacional de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

3. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.

4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

6. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor".

Considera la Sala que el numeral 1o. del artículo 68 del nuevo Código Contencioso Administrativo que fue adoptado por mandato del artículo 1o. del Decreto-Ley 01 de 1984, contiene una regla general de que debe considerarse como título Ejecutivo al darle el carácter de tal a los actos administrativos que cumplan con los requisitos allí estipulados ejecutoriedad del acto administrativo, que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley. Es decir, que el nuevo código le dió el carácter de Título Ejecutivo con mérito para ser recaudado judicialmente a los alcances líquidos declarados por las contralorías a que se

refiere el numeral 1o. del artículo 562 del Código de Procedimiento Civil que son una especie de actos administrativos, y que por lo tanto quedan incluidos dentro de esa regla general.

Además debe resaltarse que conforme al numeral 5o. del artículo 68 del nuevo Código Contencioso Administrativo las garantías que se hayan prestado en favor de las entidades públicas, también constituyen Títulos Ejecutivos integrados con el Acto Administrativo ejecutoriado que declare la obligación, como puede ser los alcances con sus requisitos.

Segunda Pregunta: Veamos:

Si la Ley 68 de 1923 ordenó en su artículo 9o. que "Los créditos a favor del tesoro devengan intereses a la rata del doce por ciento (12%) anual desde el día en que se hagan exigibles hasta aquél en que se verifique el pago" y esta no hizo distinción de qué créditos causarían el interés ordenado, no es dable al intérprete hacer distinción de los mismos, conforme al principio de que cuando el legislador no distingue no le es dable al intérprete distinguir.

Así las cosas, las multas que imponen las Superintendencias a los jueces de la República constituyen un crédito a favor del erario público y una obligación resultante de una sanción, y por tanto, cobijadas por lo normado en el artículo 9o. de la Ley 68 de 1923.

Al respecto, el Consejo de Estado, en auto de octubre 3 de 1963, ponente el Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, expresó: "la nación de multa implica un concepto simple: es la erogación pecuniaria que como pena impuesta a una persona recibe el Tesoro Público. Es una sanción por infringir una norma, y cuyo importe tiene un destinatario conocido: el erario".

Además, la norma que se comenta se refiere a obligaciones de todos los fiscos sin hacer referencia a las causas de las mismas.

No obstante, en casos especiales la ley regula de modo diferente las obligaciones provenientes de multas en favor del Tesoro Nacional, como por ejemplo cuando dispone que si el valor de una multa no se paga en cierto plazo se convierte en arresto. En estos casos especiales es obvio que no es aplicable el artículo 9o. de la Ley 68 de 1923.

Transcríbase.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA.— **Aunque el artículo 17 del Decreto 583 de 1984 indiscriminadamente se refiere, en sus diferentes literales, a ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales de carácter nacional, debe entenderse que reglamenta la carrera administrativa prescrita por los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, con exclusión de las carreras administrativas especiales, como la instituida por el Decreto-Ley 694 de 1975, reglamentada por el Decreto 1468 de 1979.**

SANCIONES DISCIPLINARIAS A EMPLEADOS EN RELACION CON EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICION Y LAS SANCIONES MULTA O DESTITUCION, DE QUE PUEDEN SER OBJETO.— Según lo prescrito por los artículos 7o. y 16 de la Ley 13 de 1984, el Jefe del organismo o de la dependencia administrativa puede asignar al funcionario investigador, pero las sanciones serán impuestas, según su gravedad, por el superior inmediato, el Jefe del organismo o de la dependencia regional o la autoridad nominadora. Todo sin perjuicio de las facultades que, a este respecto tienen los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación. SANCIONES Y FALTAS.— artículo 16 literal 13 de 1984. artículo 76 Código Contencioso Administrativo. ¿Cómo deben entenderse estas disposiciones? REGIMEN DISCIPLINARIO PARA LOS EMPLEADOS DEL SENA.— (Decreto 1950 de 1973).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de consulta y servicio civil.— Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo.**
Referencia: Consulta. Radicación: Número 2128.

Se absuelven las consultas que la señorita Jefe del Departamento Administrativo de Servicio Civil hace a la Sala, en el mismo orden en que se proponen.

La primera consulta versa, textualmente, sobre lo siguiente:

1. "Como es de nuestro conocimiento, el Gobierno Nacional puso en vigencia el pasado 22 de marzo el Decreto Reglamentario 583 de 1984, mediante el cual se permite la incorporación a la carrera administrativa de los empleados públicos que prestan sus servicios en los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, cobijados por los Decretos Extraordinarios 2400 y 3074 de 1968 y su Reglamentario el 1950 de 1973.

A raíz de la expedición del comentado decreto 583 algunas entidades, cuyo personal actualmente no se encuentra regulado por las normas de carrera administrativa consagradas en los citados Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973, han planteado una serie de interrogantes relacionados con la posible aplicación del referido decreto 583 a sus servidores. Tal es el caso de los organismos adscritos al Sistema Nacional de Salud, regidos en materia de administración de personal por el Decreto Extraordinario 694 de 1975 y su Reglamentario 1468 de 1979, los cuales en su artículo 1o. respectivamente establecen lo siguiente:

DECRETO 694 DE 1975.

ARTICULO 1o. "El presente decreto regula la administración de personal de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, de las entidades creadas, o autorizadas su creación, por la 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".

ARTICULO 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".

SE CONSULTA:

a) Si de lo dispuesto en las normas transcritas y en los Decretos Leyes 056, 356 y 670 de 1975 debe inferirse que las entidades de seguridad social como la Caja Nacional de Previsión, la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones se regulan en materia de Administración de Personal por lo dispuesto en el Decreto-Ley 694 de 1975 y su reglamentario 1468 de 1979.

b) En caso afirmativo les sería aplicable lo establecido en el Decreto 583 de 1984 a los empleados que con anterioridad al 22 de marzo del presente año se encontraban desempeñando empleos de carrera en las citadas entidades de previsión sin el cumplimiento del respectivo proceso de selección y al personal de los mismos organismos inscrito en la carrera administrativa antes de la expedición del referido Decreto 1468 de 1979 y que con posterioridad a su escalafonamiento fue designado en empleos de superior categoría?"

La Sala considera que los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, reglamentados por el Decreto 1950 de 1973, constituyen el estatuto, actualmente vigente, de los empleados al servicio de la Administración, incluídos los de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado. Ese mismo estatuto regula la carrera administrativa de esos empleados.

El Decreto-Ley 694 de 1975, expedido con base en las facultades extraordinarias y pro tempore conferidas al Gobierno por la Ley 9a. de 1973, establece la carrera administrativa para el personal "de los organismos de dirección del sistema nacional de salud", de las entidades creadas, o cuya creación fue autorizada por ley, ordenanza, acuerdo intendencial, comisarial o municipal, que presten servicio de salud, incluídos los de seguridad social y de otras dependencias del sector público que presten atención médica, con exclusión del Ministerio de Defensa (artículos 1o. y 89 ibídem). La carrera administrativa, cuya dirección incumbe al Departamento Administrativo de Servicio Civil, y cuyo control debe efectuar conjuntamente con el Ministerio de Salud, está regulada por los artículos 89 a 95 del Decreto-Ley 694 de 1975 y reglamentada por los artículos 16 a 46 del Decreto 1468 de 1979, en forma semejante a la carrera administrativa nacional. Este estatuto, que no ha sido objeto de posteriores modificaciones, se encuentra vigente e instituye una carrera administrativa especial.

El Decreto 583 de 1984, "por el cual se reglamenta el inciso primero del artículo 42 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968", como reza su epígrafe, se refiere a los empleados administrativos nacionales regidos por los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968. De manera que, aunque el artículo 17 del Decreto 583 de 1984 indiscriminadamente se refiere, en sus diferentes literales, a ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales de carácter nacional, debe entenderse que reglamenta la carrera administrativa prescrita por los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, con exclusión de las carreras

administrativas especiales, como la instituída por el Decreto-Ley 694 de 1975, reglamentado por el Decreto 1468 de 1979.

La segunda pregunta reza así:

"El Decreto 2464 de 1970, por el cual se aprueba el Estatuto de Personal del Ssrvicio Nacional de Aprendizaje "SENA", fue expedido bajo la vigencia del artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968, disposición esta última que más tarde fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

Como la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa Honorable Corporación, en fallo del 9 de diciembre de 1975 sostiene que no es nulo el citado decreto 2464 de 1970 y posteriormente la Sala de Consulta y Servicio Civil en conceptos emitidos en 1981 y 1983 ha dicho que el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios del SENA que tienen el carácter de empleados públicos es el contemplado en el Decreto 1950 de 1973, cuyas normas en dicha materia fueron sustituídas por la Ley 13 de 1984, se consulta:

a) Si el Decreto Reglamentario 583 del año en curso es aplicable a los empleados públicos del SENA.

b) Si de acuerdo con la interpretación de los conceptos a que se ha hecho referencia se infiere igualmente que las normas que contiene el decreto 2464 en materia de administración de personal no se encuentran vigentes.

c) Si el SENA e ICETEX, quienes también tienen un estatuto de personal expedido en vigencia del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, deben regularse exclusivamente por las normas generales de administración de personal contenidas en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y su Reglamentario 1950 de 1973".

La Sala considera que, como se afirma en el enunciado de la consulta, en concepto del 24 de junio de 1981, que reiteró el 18 de febrero de 1983, estimó que el Decreto 2464 de 1970, que prescribía el régimen disciplinario para los empleados del Servicio Nacional de Aprendizaje, fue subrogado por el Decreto 1950 de 1973, por ser el estatuto posterior y de superior jerarquía que reglamentó toda la materia disciplinaria prescrita por los artículos 11 a 14 del Decreto-Ley 2400, modificado por el No. 3074 de 1968. Esta conclusión también se dedujo como consecuencia de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, el 13 de diciembre de 1972, que declaró inconstitucional el artículo 38 del Decreto-Ley 3130 de 1968.

Esta aserción, que toma en consideración el fundamento de la mencionada sentencia de la Corte y el principio según el cual el régimen disciplinario de los funcionarios debe ser regulado por la ley, es aplicable a todos los empleados administrativos nacionales, como los de los establecimientos públicos, que se rijan por los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, reglamentados por el Decreto 1950 de 1973.

Además, como se expuso anteriormente, el Decreto 583 de 1984 reglamenta el artículo 42 del Decreto-Ley 2400 de 1968 y, por lo mismo, es aplicable a los empleados administrativos nacionales, incluídos los de los establecimientos públicos, como el Servicio Nacional de Aprendizaje, que no se rijan por estatutos legales especiales.

La tercera pregunta consiste, textualmente, en lo siguiente:

3. "El Decreto Extraordinario 01 del año en curso, Código Contencioso Administrativo, señala en su artículo 76 las causales de mala conducta que dan origen a la aplicación de multas hasta por un millón de pesos, o la destitución del empleado

responsable, sin que se mencione cuál es el funcionario competente para aplicar las sanciones disciplinarias en él consagradas, ni el procedimiento a seguir para hacerlas efectivas.

De otra parte, en el artículo 16 de la Ley 13 de 1984, mediante la cual se estableció un nuevo régimen disciplinario para los empleados públicos del orden nacional, se determinó que las multas impuestas por el Jefe del organismo o de la dependencia regional respectiva no podrán exceder la quinta parte del sueldo mensual que perciba el funcionario.

Ante el aparente vacío existente en el artículo 76 del mencionado decreto 01 del año en curso, se consulta:

a) Si puede la Administración aplicar las sanciones establecidas en el artículo 76 del citado decreto 01 de 1984, mediante el procedimiento disciplinario consagrado en la Ley 13 del año en curso.

b) En caso negativo, si la facultad de aplicar las comentadas sanciones es de exclusiva competencia del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 del Decreto 01 de 1984.

c) Si es viable expedir un decreto reglamentario del artículo 76 del Decreto 01 de 1984, con el fin de solucionar el aparente vacío legal a que se ha hecho referencia:"

La Sala considera que la Ley 13 de 1984, que es posterior, (Decreto 01 de 1985) debe aplicarse en armonía con el Decreto-Ley 01 del mismo año sobre Código Contencioso Administrativo. En efecto, el artículo 76 de este último estatuto prescribe las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los empleados en relación con el ejercicio del derecho de petición y las sanciones, multa o destitución de que pueden ser objeto. Puesto que ni este precepto ni ninguno otro del mismo Código asignan competencia para adelantar la investigación e imponer la sanción, se debe estar a lo prescrito por los artículos 7o. y 16 de la Ley 13 de 1984, según los cuales el jefe del organismo o de la dependencia administrativa puede designar al funcionario investigador, pero las sanciones seran impuestas, según su gravedad, por el superior inmediato, el jefe del organismo o de la dependencia regional o la autoridad nominadora. Todo sin perjuicio de las facultades que, a este respecto tienen los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación.

Es verdad que el artículo 16 de la Ley 13 de 1984 contempla, entre las sanciones, "la multa que no exceda de la quinta parte del sueldo mensual", mientras que el artículo 76 del Código Contencioso Administrativo, en relación con las conductas que regula, prescribe que puede ser hasta un millón de pesos. Se trata de una disposición especial, que como tal prevalece sobre las de carácter general posteriores que se refiere, exclusivamente, a las faltas cometidas por los empleados en relación con el derecho de petición, sin perjuicio de que las demás multas que se impongan, como sanciones disciplinarias, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 13 de 1984, no puedan exceder de la quinta parte del sueldo mensual.

Transcríbase a la señorita Jefe del Departamento Administrativo de Servicio Civil en copia auténtica.

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

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

PROPERTY OF
THE BOSTON PUBLIC LIBRARY

TITULO I

Orden Nacional

CAPITULO I

Decretos del Gobierno

DERECHO AL TRABAJO.— El derecho de trabajo que garantiza la Constitución Nacional no implica inamovilidad de los empleados públicos, los cuales pueden gozar de relativa estabilidad o ser de libre remoción, según lo establece la ley.

INSUBSISTENCIA. El artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 no podía ser derogado, modificado o suspendido por una simple Directiva Presidencial sino por norma de igual o superior jerarquía. De suerte que, a pesar de la Directiva Presidencial, las autoridades nominadoras continuaron en ejercicio de la facultad de que las invistió el artículo 26 ibídem.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciseis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).—

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 7583.
Actor: **Armando Acevedo Quintero.**

El abogado Armando Acevedo Quintero, actuando en su propio nombre, presentó demanda ante el Consejo de Estado, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO.— Que es nulo el Decreto 1211 del 23 de abril de 1982, proferido por el Presidente de la República y Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por el cual se me declara la insubsistencia del cargo que venía desempeñando. SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior, tengo derecho a ser reintegrado al cargo de jefe de Sección de Selección y Orientación de la mano de obra de la División de Investigación de los Recursos Humanos de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y a que se me paguen los sueldos, salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde cuando se me desvinculó del servicio, hasta cuando se me produzca el reintegro efectivo. TERCERO. Que no existe solución de continuidad para todos los efectos de Prestaciones sociales y económicas en el servicio que he prestdo a la Administración Pública desde cuando el acto administrativo se produjo hasta cuando mi reintegro efectivo se produzca. CUARTO. Entidades, — la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de dar cumplimiento al fallo que profería el Honorable Consejo de Estado dentro del término señalado por la ley de 1941".

Los hechos de la demanda son los siguientes:

"1.— El actor ingresó a trabajar en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como Jefe de Sección 2075 grado 05 de la Sección de Selección y Orientación de la Mano de Obra de la División de Investigación de Recursos Humanos de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo, el 30 de octubre de 1980 mediante nombramiento de empleo realizado por el Decreto 2836 de 1980 del Presidente de la República y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social."

"2.— El actor se hallaba desempeñando dicho cargo hasta el día en que se me notificó el decreto por el cual se me declaró insubsistente".

"3.— Mediante oficio No. 010477 del 15 de abril de 1982, fue requerido por la Jefe de la División de Personal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para que presentara unos descargos."

"4.— A través del oficio No. 011029 del 20 de abril del presente año, di contestación al oficio de requerimiento, presentando mis descargos correspondientes."

"5.— El día 29 de abril del año en curso, fui notificado mediante oficio No. 011756 del Decreto 1211 del 23 de abril de 1982 proferido por el Presidente de la República y Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en el cual se me declaró insubsistente el nombramiento, para el cargo de Jefe de Sección 2075 grado 05 de la Sección de Selección y Orientación de la mano de obra de la División de Investigación de Recursos Humanos de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo, que venía desempeñando hasta el momento. Dicho decreto carece de motivación alguna.

"6.— El señor Presidente de la República de Colombia y señor Ministro de Gobierno expidieron el día 5 de febrero de 1982 una Directiva Presidencial sobre congelación de nómina hasta el día 15 de junio del presente año, en donde uno de sus apartes dice enfáticamente: "En el lapso antes señalado no se hará por ustedes, ni por funcionarios bajo su dependencia, movimiento alguno de personal, como nombramientos, traslados, ascensos o remociones de empleados. Es decir, que la composición actual de las nóminas deberá permanecer inalterable desde esta fecha hasta la señalada anteriormente", dirigida a los señores Ministros, Jefes de departamentos administrativos, Presidentes, Directores, Gerentes de entidades descentralizaddas del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal, Gobernadores, Intendentes, Comisarios y Alcaldes Municipales.

"7.— No obstante la congelación de la nómina oficial por el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro de Gobierno) el Presidente de la República y Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por Decreto 1211 del 23 de abril de 1982 se me declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Jefe de Sección 2075 grado 05 de la Sección de Selección y Orientación de la Mano de Obra de la División de Investigación de Recursos Humanos de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo, a partir del 29 de abril del presente año, fecha en que se me notificó este acto administrativo, violando así claramente la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), la disposición Presidencial."

Como disposiciones infringidas se señalan los artículos 16, 17, 20, 63, 76, y 120 de la Constitución Nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 2400 de 1968 y 1950 de 1973, la Directiva Presidencial del 5 de febrero de 1982 y los artículos 66 y 67 del Código Contencioso Administrativo.

Estriba el concepto de la violación en que la Nación no protegió al actor en su derecho al trabajo y que el acto acusado infringió la Directiva Presidencial que consagraba la estabilidad de los empleados públicos hasta el 5 de junio de 1982.

En su concepto de fondo, la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado se expresó en los siguientes términos:

"El asunto se limita a establecer la legalidad del Decreto No. 1211 de 23 de abril de 1982, mediante el cual el señor Presidente de la República declaró insubsistente el nombramiento del actor, como Jefe de Sección 2075, grado 05 de la Sección de Selec-

ción y Orientación de la Mano de Obra de la División de Investigación de Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

"Establece el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia de acuerdo con la facultad discresional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

"En el presente caso no se probó que el actor gozara de fuero alguno de relativa estabilidad en su cargo, ni que estuviera inscrito ni escalafonado en Carrera Administrativa, ni que gozara de período fijo, ni nada, en fin, que lo hiciera inseparable del destino que servía.

"Tratándose como se trataba de un empleado sujeto al régimen laboral de libre nombramiento y remoción, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en la forma como se hizo con ajuste a derecho.

"En cuanto a la Directiva Presidencial se refiere, no se requieren mayores lucubraciones para concluir que evidentemente su texto es contrario a la Constitución y a la ley.

"Auncuando por el artículo 120 de la Constitución Nacional, se confieren al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa atribuciones especiales, es obvio que tales atribuciones son limitadas y tienen que ser ejercidas necesariamente dentro del marco que la misma Carta señala, respetando la organización que ella misma ha establecido, siendo imposible por medio de Directivas Presidenciales, modificar o derogar las leyes vigentes sobre manejo de personal.

"En este orden de ideas es preciso concluir, que el acto acusado no viola ninguna de las disposiciones citadas en el libelo y en consecuencia el concepto Fiscal se emite para solicitar que 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:

Como lo dejó bien establecido la señora Fiscal, en su concepto de fondo, el actor carece de razón en sus pretensiones. Estima él que no podía ser removido de su empleo en razón de lo dispuesto en la Directiva Presidencial del 5 de febrero de 1982, lo cual, en su opinión, resultó infringida por el decreto que declaró insubsistente su nombramiento.

Pero en ese decreto el Gobierno Nacional no hizo sino ejercer la facultad discresional que otorga una norma legal, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, a las autoridades nominadoras para declarar insubsistente el nombramiento de empleados públicos que no estén amparados por la carrera administrativa, ni por ninguna otra, ni gocen de un período para el ejercicio de sus cargos o que, en general, no disfruten de estabilidad de conformidad con la ley.

La citada disposición legal dice, en su inciso primero:

"El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la

autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida".

La anterior disposición legal no podía ser derogada, modificada o suspendida por una simple Directiva Presidencial, sino por norma de igual o superior jerarquía. De suerte que, a pesar de la directiva Presidencial, las autoridades nominadoras continuaron en ejercicio de la facultad de que las invistió el artículo 25 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y, por consiguiente, podían remover libremente, mediante la declaración de insubsistencia de sus nombramientos, a los empleados públicos no amparados por un fuero de estabilidad.

No lo estaba el actor y, en consecuencia, podía ser declarado insubsistente su nombramiento en la forma como lo hizo el Gobierno Nacional mediante el acto acusado.

Por último, cabe anotar que el derecho al trabajo que garantiza la Constitución Nacional no implica inamovilidad de los empleados públicos, los cuales pueden gozar de relativa estabilidad o ser de libre remoción, según lo establezca la ley. En el caso del actor no se dieron las condiciones para que gozara de estabilidad en el empleo sino para que quedara sujeto al régimen de libre remoción.

De suerte que por el decreto del Gobierno Nacional, que declaró insubsistente el nombramiento del actor, no violó ninguna disposición de superior jerarquía.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto de su Fiscal colaboradora, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

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 25 de mayo de 1984.

Aydée Anzola Linares, Ausente. **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

LEY.— INTERPRETACION.— No es posible de conformidad con las reglas de interpretación de las leyes desatender el tenor literal de las mismas so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27. Código Civil) o cambiar el sentido natural y obvio de las palabras según el uso general de las mismas, (artículo 28 ibídem) para darle otro entendimiento.

SANCIONES O EXCEPCIONES.— Es bien sabido que en materia de sanciones o excepciones debe efectuarse por mandato legal, una interpretación restringida y respecto de ello no cabe la analogía.

IMPUESTOS.— EXENCION POR GANANCIA OCASIONAL PROVENIENTE DE LA ENAJENACION DE ACTIVOS FIJOS.— Condiciones para su aplicación (Ley 20 de 1979). GANANCIA OCASIONAL.— Concepto. Determinación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., julio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 7205.
Actor: **Juan Rafael Bravo Arteaga.** Nulidad y suspensión provisional, artículo 4o. del Decreto Reglamentario 3211 de 1979 del Gobierno Nacional. Autoridades Nacionales.

El ciudadano abogado JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del antiguo Código Contencioso Administrativo formuló demanda ante esta Corporación para obtener la declaración de nulidad del artículo 4o. del Decreto 3211 de 1979 reglamentario de los artículos 10 y 12 de la Ley 20 de 1979.

El actor consideró que el artículo en cuestión viola el inciso 4o. del artículo 10 y el artículo 12 de la Ley 20 de 1979, que dice reglamentar.

Como concepto de violación expresó:

"PRIMERA: El inciso 4o. del artículo 10 de la Ley 20 de 1979 permite al contribuyente hacer una reinversión de parte de la utilidad obtenida, con la consecuencia de que el beneficio será proporcional a la reinversión. En cambio, la norma acusada establece que el valor de la inversión para los efectos del artículo 10 de la Ley "será la *suma* de las utilidades ocasionales obtenidas en la enajenación de activos fijos disminuidos en los primeros $ 50.000 y en las pérdidas ocasionales del período", o sea que no le da opción al contribuyente para reinvertir solo una parte de las utilidades, si a bien lo tiene, como claramente lo consagra la ley.

"SEGUNDA: El artículo 12 de la Ley 20 de 1979 establece la posibilidad de que las sociedades capitalicen cualquier clase de ganancias ocasionales, o sea cualquiera de los seis tipos de utilidades ocasionales establecidos en el artículo 6o. de la misma ley. En cambio, el decreto reglamentario al indicar cual es la reinversión de que trata el artículo 12 de la Ley se refiere únicamente a las utilidades ocasionales obtenidas en la enajenación de activos fijos, sin mencionar para nada los cinco tipos restantes de utilidades ocasionales. Podría pensarse que la norma solamente está regulando el valor de la inversión cuando la utilidad ha consistido precisamente en la asignación de activos fijos, pero la circunstancia de no hacer la norma acusada salvedad alguna, lleva obviamente a la interpretación de que solamente con capitalizables las ganancias provenientes de la enajenación de activos fijos, tal como lo ha hecho la Dirección de Impuestos Nacionales en concepto No. 23 del 28 de marzo de 1980, cuya copia autenticada acompaño, cuando dice:

" "Las utilidades del género de ganancias ocasionales obtenidas por las sociedades y que capitalizadas por ellas son exentas para los socios, son aquellas provenientes de la enajenación de activos fijos poseídos por el contribuyente por un término de dos años o más. Lo confirma el artículo 4o. del Decreto 3211 de 1979.

" "Las demás utilidades del mismo género aún cuando se capitalicen serán gravadas como tal, tanto en cabeza de la sociedad como en la de sus socios".

"TERCERA.— El artículo 12 de la Ley 20 de 1979, en su inciso segundo, claramente permite una capitalización parcial de las utilidades realizadas por la Compañía, caso en el cual la exención para los socios será parcial y proporcional al valor capitalizado. En cambio, la norma reglamentaria acusada exige que el valor reinvertido sea "la *suma* de las utilidades ocasionales obtenidas en la enajenación de activos fijos disminuida en los primeros $ 50.000 y en las pérdidas ocasionales del período", o sea que no le da la opción al contribuyente, consagrada en la Ley, de reinvertir solo una parte de la utilidad, según le parezca conveniente.

Simultáneamente solicitó la suspensión provisional de la norma acusada la que fue negada mediante providencia del 26 de agosto de 1980 y confirmada por la Sala de Decisión en auto de 13 de marzo de 1981.

Se constituyó como parte impugnadora la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales mediante funcionario legalmente autorizado quien solicita desechar las pretensiones del actor con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Los problemas a definir en el presente caso son los siguientes:

"1.— ¿Cuáles son las ganancias ocasionales que se pueden capitalizar?

"2.— Si se puede capitalizar todo el monto de la utilidad ocasional o parte de ésta.

" "Capítulo III.— FOMENTO A LA CAPITALIZACION "Respecto del primer interrogante tenemos que acudir al artículo 10 de la Ley 20 de 1979 que dice textualmente:

" "Capítulo III.— FOMENTO A LA CAPITALIZACION.— Artículo 10— *La ganancia ocasional proveniente de la enajenación de activos fijos de que trata el numeral 1o. del artículo 6o. no estará sometida al gravamen a que se refiere el artículo 7o.*, cuando el costo fiscal de los bienes en la fecha de enajenación más el 80% de la utilidad obtenida, se inviertan en adquisición de activos fijos, realización de ensanches industriales o mejoras agropecuarias, o en la capitalización de empresas, y con el 20% restante se suscriban o bonos del Instituto de Fomento Industrial, IFI, que para tal efecto se emitirán anualmente a partir de la vigencia de esta Ley, cuya rentabilidad y características serán fijadas cada año por el Gobierno Nacional. La adquisición de estos bonos deberá hacerse mediante compra efectuada directamente al IFI.

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

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

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

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

"Según el artículo transcrito, hemos de concluir que la utilidad o ganancia ocasional que no está sometida al gravámen es la proveniente de la enajenación de activos fijos.

"Igualmente, el artículo 10 de la Ley 20 de 1979, reguló la inversión sustitutiva del impuesto de ganancias ocasionales para toda clase de contribuyentes, limitando la posibilidad de exención a las ganancias ocasionales provenientes de la enajenación de activos fijos. La norma en análisis reguló la capitalización de dicha ganancia ocasional para las sociedades, pero no se refirió al tratamiento que debía otorgarse a los socios o accionistas de las mismas, debía dilucidarse entonces, si la exención en cabeza de la sociedad debería extenderse o no al tratamiento preferencial, el socio debería efectuar una nueva inversión en los términos del mencionado artículo 10.

"Para despejar todos estos interrogantes, el mismo legislador en el artículo 12 vino a definir esta incierta situación; como lo hizo? En el artículo 12 de la misma ley se refirió al caso de las sociedades que capitalizaron ganancias ocasionales. El legislador en el artículo estudiado no vió la necesidad de referirse a la clase de ganancias ocasionales que se capitalizarían por las sociedades, pues ya el artículo 10 había definido perfectamente cuáles eran las ganancias ocasionales que se podían capitalizar. Tan cierto es lo anterior que el artículo 12 referido expresa:

"Cuando las sociedades capitalicen el valor de las ganancias ocasionales obtenidas, las acciones o derechos sociales que reciban los accionistas o socios en virtud del respectivo aumento de capital, serán considerados como utilidad exenta del impuesto de renta y ganancias ocasionales", está refiriéndose a un hecho preexistente, y el único hecho preexistente que dió la ley repecto de capitalización de ganancia ocasional fue el de las provenientes de la enajenación de activos fijos. Si la ley hubiere pretendido dar la posibilidad de capitalizar cualquier clase de ganancias ocasionales a las sociedades para exonerarse del impuesto lo habría hecho claramente; porque las exenciones o las inversiones sustitutivas de impuestos deben estar perfectamente o claramente definidas por la ley. No se pueden dar exenciones por analogía por mandato constitucional y si se interpreta el artículo 12 de la Ley 20 de 1979, en el sentido de que se pueden capitalizar toda clase de ganancias ocasionales se estaría desvirtuando el querer de la ley y que obedecen más a la analogía, que a una interpretación sistemática y armónica de los artículos (10 y 12) que operan dentro de un mismo contexto y que como tal no pueden interpretarse aisladamente.

"En este sentido la interpretación dada por la Dirección General de Impuestos en el concepto 23 de 1980, es perfectamente armónica con el sentir del legislador, o sea en el hecho de que solo las utilidades provenientes de la enajenación de activos fijos son las capitalizables, pues solo a ellas se refirió el legislador cuando en el artículo 10 estableció la posibilidad de realizar la inversión sustitutiva y determinó pormenorizadamente que porcentaje de la utilidad debía invertirse, término para la misma etc.

"De otra parte si se pudiera capitalizar cualquier clase de ganancia ocasional, ¿en qué términos se realizaría la inversión? ¿qué tiempo habría? ¿que porcentaje? Al no estar definido lo anterior no podría tampoco aplicarse el artículo 10 de la Ley 20 de 1979 por analogía ya que este tiene perfectamente definido que solo se puede capitalizar la utilidad realizada en la enajenación de activos fijos.

"En los términos anteriores queda perfectamente claro que la capitalización a que se refiere el artículo 12 de la Ley 20 de 1979, es únicamente la proveniente de la enajenación de activos fijos. El hecho de que el artículo 12 de la Ley en su parte final, anote que estos beneficios se concederán sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 de la misma no quiere decir cosa distinta, a que el hecho de que los socios gocen de la exención prevista, no elimina la exención a que tiene derecho también la sociedad.

"Es decir, se crea un doble beneficio, uno por la sociedad, y otro por los socios o accionistas, beneficio que debe operar dentro de unos mismos parámetros, teniendo como fundamento un mismo hecho: la capitalización de la ganancia ocasional proveniente de la enajenación de activos fijos."

Tramitado el negocio en forma regular se procede a resolver sobre las peticiones de la demanda después de oído el concepto de la Fiscal Sexta del Consejo de Estado.

El texto de la norma acusada es el siguiente:

"El valor de la ganancia ocasional objeto de la inversión de que tratan los artículos 10 y 12 de la Ley 20 de 1979, será la suma de las utilidades ocasionales obtenidas en la enajenación de activos fijos disminuída en los primeros $ 50.000 en las pérdidas ocasionales del período.

Y las normas que se dicen desconocidas o vulneradas rezan:

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

Artículo 12. Cuando las sociedades capitalicen el valor de las ganancias ocasionales obtenidas, las acciones o derechos sociales que reciban los accionistas o socios en virtud del respectivo aumento de capital serán consideradas como utilidad exenta del impuesto de renta y de ganancias ocasionales.

"Si sólo se capitaliza una parte de las ganancias ocasionales, la exención para los socios o accionistas se limitará a tal valor.

"Los beneficios anteriores se concederán sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 de esta ley a favor de la misma sociedad".

La Fiscalía 6a. del Consejo de Estado en acuerdo con el criterio de la representante de la Dirección de Impuestos hizo las siguientes consideraciones y análisis de los artículos 10 y 12 de la Ley 20 de 1979 para concluír que el artículo 4o. del Decreto 3211 del mismo año no vulnera dichas normas de superior jerarquía.

Dijo así el concepto Fiscal:

"Para la Fiscalía es evidente que la disposición acusada, artículo 4o. del Decreto Reglamentario 3211 de 1979, no excede los lineamientos trazados por la norma básica que pretende reglamentar y que, por el contrario, su texto se acomoda en un todo a las previsiones de la Ley 20 de 1979 y, en especial, a sus artículos 10 y 12.

"En efecto, no puede ser motivo de duda alguna el que el artículo 10 de la citada ley se refirió como objeto de exención, exclusivamente a la ganancia ocasional proveniente de la enajenación de activos fijos cuando cumplan las condiciones sobre inversión allí previstas, pues su encabezamiento así lo dispone: La ganancia ocasional PROVENIENTE DE LA ENAJENACION DE ACTIVOS FIJOS de que trata el numeral 1 del artículo 6 NO ESTARA SOMETIDA AL GRAVAMEN a que se refiere el artículo 7:....".

"No es posible, de conformidad con las reglas de interpretación de las leyes, desatender el tenor literal de las mismas so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27

Código Civil), o cambiar el sentido natural y obvio de las palabras según el uso general de las mismas (artículo 28 ibídem), para darle otro entendimiento.

"Ahora bien, si solamente puede ser objeto de exención, la ganancia ocasional obtenida por las sociedades en la enajenación de activos fijos, resultaría sin lógica ninguna que cuando se ocupa el legislador de regular las consecuencias que esa reinversión de la sociedad debe producir sobre los socios, se refiriera a cualquier clase de ganancias ocasionales. Por ello, el inciso final dispone que esa nueva exención para los socios se establece sin perjuicio del beneficio que por el mismo concepto se concede a la sociedad. Otra interpretación resulta desarticulada respecto del texto íntegro del artículo 12 mismo y de su referencia o correlación al artículo 10 que expresamente prevé el privilegio para un tipo exclusivo de ganancia ocasional.

"Siendo ello así es correcta la mención que el artículo 4 del decreto reglamentario hace sobre el orígen de las utilidades o ganancias ocasionales concentrándolas exclusivamente a los provenientes de la enajenación de activos fijos.

"De otra parte, es preciso tener presente que, si bien es cierto, como lo afirma el demandante, la norma del artículo 12 no hace salvedad expresa ninguna; esa sola circunstancia no puede llevar a concluír que, por ende, comprendió la capitalización de cualquier clase de ganancia ocasional que obtenga la sociedad, pues los artículos o normas que integran un estatuto o reglamento deben entenderse relacionados entre sí, especialmente cuando se refieren a una misma materia o tema, como ocurre en el caso presente, máxime cuando se parte de una premisa clara sentada por el propio legislador en el artículo 10, según el cual solamente quiere conceder exención tributaria a la ganancia ocasional proveniente de la enajenación de activos fijos, siempre y cuando se satisfagan unas condiciones especiales de reinversión de la utilidad allí obtenida. Es decir, que el propio legislador partió de la base de una excepción y pretendió regular los alcances totales de la misma, por lo que no se puede convertir en general la disposición que concibió como excepcional. Es bien sabido que en materia de sanciones o excepciones debe efectuarse, por mandato legal, una interpretación restríngida y respecto de ella no cabe la analogía.

Finalmente y con relación al tercero de los cargos formulados por la demanda, no encuentra la Fiscalía que asista razón al demandante pues, no halla relación alguna entre lo que está definiendo la norma, es decir, lo que constituye la ganancia ocasional para los efectos de la Ley 20 de 1979, y un fenómeno distinto y posterior, cual es el de la exención tributaria. En efecto, la ganancia ocasional siempre es fija en cada operación, es decir, resulta de la diferencia existente entre el valor fiscal de un bien y el producto de su venta. Sin embargo, prevé la norma, de conformidad con el inciso 1o. del artículo 6 de la ley, que para los efectos de determinar la gananacia ocasional para aplicar la exención por inversión, se entiende que ella está constituida por esa cifra o utilidad ocasional disminuída en $ 50.000.oo más las pérdidas ocasionales del período. A la cuantía así determinada entonces sí se le podrá aplicar la exención total, si hubo reinversión total, o parcial si así lo fue. Es decir, que no aparece relación entre el contenido de la norma acusada y el cargo que se le formula, pues la norma solamente se está refiriendo a la forma como se determina la ganancia ocasional sin que prescriba nada respecto de la inversión total o parcial de esa ganancia ocasional.

Por otra parte, el propio artículo 10 del Decreto Reglamentario 3211 de 1979, al establecer los requisitos que debe satisfacer la sociedad contribuyente para comprobar la inversión a que se refiere el artículo 10 de la ley, establece el mecanismo para determinar el derecho a la exención respectiva, bien total o bien parcial según el caso, pues de los datos allí suministrados resulta el cuantum de la inversión. Otro tanto ocurre con el artículo 11 respecto de la exención que solicite el socio. Esas previsiones,

pues, confirman la autorización legal para obtener exención parcial o total del gravamen sobre la ganancia ocasional sin que en tal operación aparezca como limitante el artículo 4 demandado".

La Sala acoge integralmente el criterio de la Fiscal por considerar que se ajusta al espíritu de la ley.

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 27 de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Enrique Low Murtra, Hernando Ortiz Amaya.

Consejeros, **Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.**

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— COSTOS.— REAJUSTE.—

1) Concepto de Costo (artículo 22 del Decreto 2053 de 1974). 2) Factores. Costo de bienes depreciables. 3) La Ley 20 de 1979 hace referencia a toda clase de bienes activos inmovilizados y no es específica para aquellos, que son susceptibles de depreciación; es un regla genérica que mira hacia el mantenimiento del valor real de los activos inmovilizados, lo cual ha de entenderse, respecto de cada bien específico, que podría aplicarse el reajuste previsto sin perjuicio de otras normas legales que preven la determinación del costo o su regulación para los fines fiscales. 4) Costos para determinar la renta bruta. 5) Costos para efecto del reavalúo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., veintisiete (27) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 7629. Nulidad con suspensión provisional de los incisos 3o. en su segunda parte y 4o. del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 2595 de 1979 del Gobierno Nacional. — Fallo.
Actor: **Alejandro Páez Murillo.**

En ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 6o. de la Ley 167 de 1941, el ciudadano y abogado Alejandro Páez Jaramillo demandó la nulidad de los incisos 3o en su segunda parte y 4o. del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 2595 de 1979, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La norma que se demanda dice así en la parte que se subraya:

"Artículo 6o.— .....

"Al costo así determinado, se agregará el valor de las adiciones, mejoras, contribuciones por valorización y reparaciones locativas no deducibles, efectuadas en el año. *De la suma anterior se restarán las depreciaciones u otras disminuciones fiscales correspondientes al respectivo año o período gravable, calculadas sobre el costo histórico.*

"El resultado constituye el costo fiscal en el último día del año o período gravable".

Considera el actor que esta norma, en la parte acusada, es violatoria del parágrafo del artículo 1o. de la Ley 20 de 1979, que dice:

"Parágrafo.— Los contribuyentes podrán reajustar anualmente el costo de los bienes muebles e inmuebles que tengan el carácter de activos inmovilizados, en el porcentaje señalado en este artículo.

"Cuando el contribuyente no hubiere hecho uso de este derecho, en el año dado, no lo podrá acumular para años posteriores.

Añade que el término 'costo' fue definido en el Decreto Legislativo 2063 de 1974, artículo 59, numeral 3o, que dice:

"3o.— El costo de un bien depreciable está constituido por el precio de adquisición, incluidos los impuestos a las ventas, los de aduana y de timbres, más las adiciones y gastos necesarios para ponerlos en condiciones de iniciar la prestación de un servicio normal."

Concluye el demandante que la norma acusada excedió la facultad reglamentaria pues estableció un costo especial para efectos de aplicar los reajustes legalmente autorizados, ya que en la norma acusada se le sustraen al concepto general de costos las depreciaciones y otras disminuciones fiscales, para establecer la base sobre la cual puede el contribuyente aplicar los reajustes anuales, sustracción no autorizada por la dicha ley 20.

El actor solicitó la suspensión provisional, la cual fue negada.

En un detenido estudio sobre el tema planteado, la Fiscalía 6a. del Consejo de Estado conceptúa que no debe accederse a las súplicas de la demanda.

Para sustentar su solicitud hace un excelente enfoque del problema, en los siguientes términos que la Sección acoge en su integridad.

"Radica el punto central de la controversia planteada a la consideración de la Sala, en el alcance que el término *costo* tiene dentro del texto del parágrafo del artículo 1 de la Ley 20 de 1979 arriba transcrito. Sostiene el actor que la Ley 20 no definió el término costo y que, en consecuencia ha de aplicarse el artículo 59-3 del Decreto 2053 de 1974, según el cual los impuestos de aduana, venta y timbre, aumentado con los gastos y adiciones necesarios para poderlo utilizar.

2.2.— La palabra *costo* dentro de la ley tributaria ha tenido y tiene en la legislación vigente, diversas acepciones y extensiones simultáneamente, y en especial en cuanto al alcance o elementos que lo integran, referida a la materia de que se trata. En efecto, el artículo 22 del Decreto 2053 de 1974, al referirse al *costo* de los activos movibles enajenados para la determinación de la renta, señala para cada clase de tales bienes la forma como aquél se establece y, en cada caso, indica qué factores concurren a establecerlo. Por su parte el artículo 23 ibídem, hace lo propio respecto de los bienes inmuebles que forman parte de las existencias cuando ellos constituyen activos movibles.

"En igual forma los artículos 24, 25, 27, 30, 31 y 33 y muchos otros, señalan, para cada caso específico, qué entiende el legislador como costo, sin que pueda generalizarse el tema, pues resulta evidente que, para cada uno de ellos, los factores que se incluyen varían según su propia naturaleza.

2.3.— Es evidente, como lo afirma el demandante en su libelo, que de conformidad con el artículo 59 del Decreto 2053 de 1974, el costo de un bien depreciable, (es decir que pierda su valor por el transcurso del tiempo causado por desgaste, deterioro u obsolencencia) está constituido por el precio de adquisición más el valor de los impuestos a las ventas, aduanas y timbre, adiciones y gastos necesarios para ponerlo en condiciones de iniciar la prestación de un servicio normal. Sin embargo, este criterio no puede utilizarse para fines distintos de los establecidos en la norma, es decir, para calcular la depreciación periódica a lo largo de su vida útil, pues es sabido que la depreciación es una forma de garantizar el propietario del bien productor de renta la disminución de los impuestos correspondientes al patrimonio en proporción a la pérdida real del valor del bien, a lo largo de su vida probable, pero establecida desde su adquisición en cuotas iguales para cada período fiscal, y, bien por el contrario, la ley 20 de 1979 se está refiriendo a la revaluación o reajuste del valor. En otros términos, la finalidad de la definición contenida en la norma citada es específica y no puede entenderse a fenómenos diferentes y contrarios.

2.4.— En sentir de la Fiscalía, el parágrafo del artículo 1 de la Ley 20 de 1979, indica con claridad qué entiende por costo para los fines en él establecidos, vale decir, para efectos del reajuste anual que autoriza, pues prevé que cada año el costo sobre el cual se ha de aplicar el nuevo reajuste será el que tenía el bien al final del ejercicio fiscal anterior. En otros términos, la norma comentada está indicando un concepto especial del costo que incluye, cuando ya se ha aplicado en ejercicio anterior, el valor del reajuste hecho en otra vigencia fiscal.

"Siendo ello, así, corresponde examinar, para la aplicación del primer reajuste, cual es costo que se toma como base o punto de partida.

"Ese primer costo no puede ser otro que el establecido en la última declaración de renta anterior al ejercicio en el cual se va a aplicar el primer reajuste, es decir, el costo fiscal declarado en la vigencia inmediatamente anterior.

"Pero, entonces, ¿cuál es ese costo en el año anterior? Lógicamente no puede ser otro que el valor del bien en ella declarado, es decir el de adquisición más el de las mejoras y adiciones demostradas, menos la depreciación que se aplicó, vale decir, el valor neto fiscal registrado en la declaración inmediatamentee anterior incluida la depreciación aplicada.

"Ello es así, no sólo porque resulta de la norma misma de su tenor, sino porque sería menos útil la disposición si cada año solo pudiera hacerse un reajuste sobre el costo referido o señalado por el actor, en lugar de aplicarle reajuste también al valor reajustado del año anterior.

"Y es que, debe recordarse, que el sistema de la Ley 20 hace referencia a toda clase de bienes o activos inmovilizados y no es específica para aquellos que son suceptibles de depreciación; es una regla genérica que mira hacia el mantenimiento del valor real de los activos inmovilizados, lo cual ha de entenderse, respecto de cada bien específico, que podrá aplicarse al reajuste previsto sin perjuicio de otras normas legales que preven la determinación del costo o su regulación para los fines fiscales. Es decir que, la forma de determinación del costo final de un bien para los fines del reajuste, deberá ser la que normas especiales establezcan para cada caso (depreciables y no depreciables) sin que pueda afirmarse que la Ley 20 de 1979 derogó la legislación anterior sobre la materia.

"La interpretación dada por el accionante a la norma llevaría al absurdo jurídico y tributario, de tener un determinado bien dos posiciones excluyentes simultáneamente: valor disminuido y valor aumentado, circunstancia que conduce, hipotéticamente, al extremo de que un bien tenga, de una parte valor fiscal cero (por depreciación) y, de otra, valor reajustado para efectos de la determinación de los costos del momento de la enajenación de un activo inmovilizado.

"Así, en sentir de la Fiscalía, la ley es muy clara al determinar el criterio de costo en cada cado: uno es el costo para determinar la renta bruta (artículo 25 del Decreto 2053); otro, que incluye factores nuevos por su naturaleza, es el costo que se establece después de disminuido su valor con las deducciones (una de las cuales es la depreciación artículo 59 ibídem) y, otro bien distinto, el costo que la Ley 20 de 1979, parágrafo del artículo 1, quiso concebir para los efectos del reavalúo de bienes constitutivos de activos inmovilizados. En efecto, los fines que persigue cada una de estas disposiciones se orienta hacia puntos diferentes que, en el caso de los dos últimos, son contrapuestos y excluyentes y bien o pierden valor en el período gravable, o por el contrario, lo gana. O el bien se deprecia proporcionalmente o se revalúa; va deviniendo en inútil por el paso del tiempo o conserva su utilidad y, por ende, su valor.

"Tanto es así que, de conformidad con los artículos 67 y siguientes del estatuto que se ha venido comentando, Decreto 2053 de 1974, cuando un bien que contablemente ha perdido su valor por depreciación u otra razón, lo recupera total o parcialmente, esa cantidad recuperada entra a constituir renta líquida y sobre ella debe liquidarse la contribución correspondiente.

"2.5.— Pero, además, es preciso anotar que el artículo 54 del Decreto 2247 de 1974, expresamente señala el modo de establecer el costo de los bienes depreciables para efectos de aplicar los reajustes previstos en los artículos que lo preceden y, al efecto, dispone:

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

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

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

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

"2.6.— Siendo ello así, la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que el decreto reglamentario hoy acusado, se acomoda a las disposiciones de la ley reglamentada y que, por ende, las pretensiones del actor deben rechazarse ya que el ejecutivo ejerció correctamente y dentro de los parámetros del artículo 120-3 de la Carta Política las facultades reglamentarias que le han sido atribuidas, y así respetuosamente solicito a la Honorable Sala lo declare".

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archivése el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión en fecha.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— DESCUENTOS POR GANANCIAS OCASIONALES.— En favor de los contribuyentes que realicen inversiones de las que señala la Ley 54 de 1977.

Anúlase la frase "DEBERA ACOMPAÑAR A LA DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS E INFORMACIONES "que aparece en el artículo 11 Decreto Reglamentario 250 de 1978 el cual quedará así:

"Para tener derecho al descuento de que trata el artículo 8o. de la Ley 54 de 1977, el contribuyente deberá probar los hechos en que se funde con las siguientes pruebas:

a) Copia auténtica de las escrituras de compra y venta cuando se trate de bienes raíces;

b) Certificación expedida por la sociedad en la cual conste la fecha de adquisición del título;

c) Fecha y precio de adquisición y enajenación. Nombre y Nit del comprador. Cuando se trate de acciones no será necesario identificar el comprador;

d) Constancia expedida por la entidad en la cual se hizo la nueva inversión sobre fecha y valor de la misma; si la intervención es en acciones, deberá constar, además, la fecha de la emisión;

e) Costo en 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al de la enajenación";

2o. Anúlase la frase: "SUMINISTRAR CON LA DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS E INFORMACIONES" que aparece en el artículo 17 acusado, el cual quedará así:

"Para obtener el tratamiento especial de que trata el artículo 9o. de la Ley que reglamenta este Decreto, el contribuyente deberá probar los hechos en que se funde con las siguientes pruebas:

a) Certificación de la sociedad en la cual conste: serie, número y fecha de adquisición de las acciones;

Cuando el contribuyente posea varios títulos representativos de acciones y los consolide en uno o varios títulos, deberá informar, certificada por la respectiva sociedad la fecha de adquisición de los títulos sustituidos;

b) Fecha y valor de la enajenación;

c) Costo fiscal en 31 de diciembre de 1977.

Parágrafo.— En la aplicación del ordinal b) de la norma citada se requieren semestres cumplidos;".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., julio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Referencia: Expediente No. 5324.
Actor: **Luis Alberto Garnica Quintero.** Nulidad y suspensión provisional de los artículos 11 y 17 del Decreto Reglamentario 250 de 1978 expedido por el Gobierno Nacional. Por el cual se reglamenta la Ley 54 de 1977.

Obrando en nombre personal el abogado Luis Alberto Garnica Quintero, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 41743 de Bogotá, y Tarjeta Profesional No. 3297, "y en ejercicio de la acción contemplada por el artículo 89 del Código Civil" (sic), demanda de la Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 11 y 17 del Decreto Reglamentario 250 de 1978, en las frases que en el libelo subraya así:

Artículo 11.— "Para tener derecho al descuento de que trata el artículo 8o. de la Ley 54 de 1977, el contribuyente deberá acompañar a la declaración de renta y patrimonio los siguientes *documentos* e informaciones:

a) *Copia auténtica de las escrituras de compra y venta cuando se trate de bienes raíces;*

b) *Certificación expedida por la sociedad en la cual conste la fecha de adquisición del título;*

c) Fecha y precio de adquisición y enajenación. —Nombre y Nit del comprador.— Cuando se trate acciones no será necesario identificar el comprador;

d) *Constancia expedida por la entidad en la cual se hizo la nueva inversión sobre fecha y valor de la misma;*

Si la inversión es en acciones, deberá constar, además, la fecha de emisión;

e) Costo en 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al de la enajenación";

Artículo 17.— "Para obtener el tratamiento especial de que trata el artículo 9o. de la Ley que reglamenta este decreto, el contribuyente deberá suministrar con la declaración de renta y patrimonio los siguientes *documentos* e informaciones;

a) *Certificación de la sociedad en la cual conste: serie, número y fecha de adquisición de las acciones;*

Cuando el contribuyente posea varios títulos representativos de acciones y los consolide en uno o varios títulos, deberá informar, *certificada por la respectiva sociedad* la fecha de adquisición de los títulos sustituidos;

b) Fecha y valor de la enajenación;

c) Costo fiscal en 31 de diciembre de 1977.

Parágrafo.— En la aplicación del ordinal b) de la norma citada se requieren semestres cumplidos;"

Como normas infringidas señaló los artículos 76-1/2(1a) y 120-3 de la Constitución Nacional; artículos 15-C y 34 de la Ley 52 de 1977 al desarrollar el concepto de la violación, dice que la Ley 52 de 1977 en el Capítulo II que regula lo referente a la declaración tributaria, en el artículo 15 ordena que la declaración de Renta o Ventas constará de los siguientes documentos:

a) El formulario;

b) Los anexos oficiales que contienen *informaciones exigidas por las normas específicas de cada tributo o por los reglamentos, para la aceptación de datos básicos:*

c) *Los comprobantes* que exija *la Ley;*

d) Los anexos complementarios que contienen información adicional no prevista en el formulario o en los anexos oficiales." (Lo subrayado es del texto)

Dice el actor que es voluntad de la Ley en consonancia con la presunción de veracidad que ampara la declaración de Rentas o Ventas, que el contribuyente debía allegar todas las informaciones que la Ley o el reglamento exijan en una referencia a la Ley tomada en su sentido formal, pero cuando la Ley se refiere a las pruebas que deben agregarse a la declaración, limitó la obligación de agregarlas a las indicadas en la Ley, por lo cual el reglamento solo puede exigir información sobre los datos básicos de la declaración pero no comprobaciones o pruebas distintas a las que exija la Ley para cada caso, fundándose en el artículo 34 de la Ley 52 de 1977 la cual ordena que "los requisitos y pruebas correspondiente deberán presentarse con la declaración o sus adiciones cuando la Ley lo exija", reiterando lo ya expresado en el artículo 15 ibídem, quedando claro que las que deben anexarse a la declaración son las que exija la Ley, por

lo que la norma reglamentaria que exija comprobación de hechos no previstos en la Ley, para ser agregados a la declaración, viola los artículos 15 y 34 de la Ley 52 de 1977.— Y agrega que la Ley 54 de 1977 no deroga estos artículos ni los adiciona ni exige que sean presentadas como parte de la declaración las pruebas de que tratan los artículos 11 y 17 del Decreto 250 de 1978.

El actor solicitó que se suspendiera provisionalmente las normas demandadas por violación de los artículos 15 y 34 de la Ley 52 de 1977 al exigir pruebas no requeridas por esta Ley.

Por auto de veintidós —22— de mayo de mil novecientos setenta y ocho —folios 7 a 12— el Consejero sustanciador dispuso la admisión de la demanda y la suspensión provisional de lo dispuesto en los ordinales a), b) y c) del artículo 11 del Decreto 250 de 1978, y del ordinal a) del artículo 17 del mismo decreto.

La providencia anterior fue suplicada ante los restantes Consejeros de la Sección Cuarta por la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, en esa época a cargo de la doctora Alba Lucía Orozco de Triana (folios 16 a 22) que expuso los argumentos que se sintetizan a continuación.

Comienza la impugnante refiriéndose a que el actor al hacer el análisis de los artículos 11 y 17 del Decreto 252 de 1978 reglamentario de la Ley 52 de 1977, concluye que al contribuyente se le pueden exigir en la declaración de renta "informaciones" pero no pruebas o comprobaciones distintas a las que exige la Ley para cada caso omitiendo citar el artículo 83 de la Ley 52 de 1977 que literalmente expresa:

"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 exiga" (lo subrayado es del texto).

Continúa diciendo que analizando armónicamente diferentes artículos de la Ley 52 de 1977 debe entenderse que el artículo 33 aclara y completa el artículo 15 literal c) en acuerdo con el artículo 3o. de la Ley 153 de 1937 que expresa:

"El contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus parte, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía" y agrega, "que si los hechos consignados en la declaración son ciertos,"salvo que no se haya solicitado una comprobación especial ni la Ley la exiga," es porque disposiciones distintas a la Ley pueden solicitar comprobaciones especiales con la declaración y que a más de la Ley tales comprobaciones puede exigirlas el reglamento, como lo hacen los artículos 11 y 17 objeto de la demanda, los cuales fueron dictados para reglamentar los artículos 8o. y 9o. de la Ley 54 de 1977 de alivio tributario, artículos en los cuales está centrado el alivio decretado por el Congreso Nacional.— Tales artículos expresan:

Artículo 8o.— "A partir de la vigencia de esta Ley, habrá lugar a un impuesto de ganancias ocasionales provenientes de la enajenación de activos fijos, que se establecerá en la siguiente forma:

a) A partir del 31 de diciembre de 1977, el costo fiscal se reajustará teoricamente al 100% del índice anual de precios al consumidor para empleados a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley;

b) Del resultado anterior se disminuirá el costo efectivamente reajustado por el contribuyente en sus declaraciones de Renta y Patrimonio de conformidad con los artículos 2 y 3 de esta Ley;

c) Del impuesto correspondiente a la diferencia resultante, se descontará el valor que el contribuyente haya invertido, antes del plazo señalado para presentar la correspondiente declaración, en bonos u otros títulos de deuda pública, adquiridos directamente del Estado o de las agencias autorizadas, o en acciones emitidas por sociedades anónimas que reunan los requisitos del artículo 10 de esta Ley, en las áreas agroindustrial, de manufactura y de minería que sean de interés Nacional.— Estas acciones deben ser emitidas con posterioridad a la vigencia de esta Ley, y antes del 31 de diciembre de cada año a partir de 1978".

"Para gozar de este beneficio, el contribuyente deberá adquirir, en todo caso, por lo menos el 50% del valor de la inversión sustitutiva en bonos u otros títulos de deuda pública.— El contribuyente deberá conservar la totalidad de la inversión realizada por período no inferior a dos (2) años, contados a partir de la fecha de adquisición. El incumplimiento de esta obligación hará que se considere como renta líquida el monto de la enajenación realizada en contravención a dicha obligación en el año gravable en que ella se produzca".

"Si la utilidad obtenida en la enajenación sobrepasa el reajuste teórico establecido en el ordinal a) de este artículo, el excedente se gravará de conformidad con el artículo 104 del Decreto 2053 de 1974."

Artículo 9o.— "El impuesto complementario de ganancias ocasionales, proveniente de la enajenación de acciones de sociedades anónimas que cumplan el requisito señalado en el artículo siguiente, se determinará de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, con las siguientes modificaciones y modalidades:

a) La disminución de que trata el numeral 3o. de dicha norma será de 26 puntos, en lugar de 10;

b) La tarifa aplicable, conforme al literal anterior, se disminuira en un (1) punto por cada seis (6) meses transcurridos entre la fecha de adquisición y la de enajenación;—

c) Para el cálculo de la tarifa del impuesto a las ganancias ocasionales, por enajenación de acciones, cuando el contribuyente haya obtenido ganancias ocasionales derivadas de la enajenación de otros activos fijos, primeramente se agregará a la renta ordinaria la ganancia ocasional que resulte de la enajenación de acciones y se calculará separadamente el impuesto que le corresponde"

Dice que el artículo anterior no es a primera vista comprensible para el lector común, lo cual hace necesario el reglamento para obtener los beneficios que consagra la norma; que el artículo 8o. de la Ley 54 de 1977 consagra un descuento tributario especial sobre el impuesto de ganancias ocasionales proveniente de la enajenación de activos fijos, para los contribuyentes que inviertan en las actividades previstas en la Ley que da pautas para cálcular el descuento, por lo cual, expresa, no es posible tener certeza jurídica sobre la fecha de adquisición y enajenación de activos fijos si no es con las copias de las escrituras cuando se trata de bienes raices o con la certificación de la sociedad cuando se trata de acciones, y como puede alegarse el tratamiento preferencial sino se prueba la inversión.

El artículo 9o. continúa, establece un beneficio fiscal para la liquidación del impuesto de Ganancias Ocasionales provenientes de la enajenación de acciones de sociedades anónimas que cumplan determinados requisitos; y entonces sigue la impugnante, para otorgarse el beneficio consagrado en la Ley debe existir certeza jurídica sobre la fecha de adquisición de las acciones y que no basta la simple informa-

ción que se de en la declaración de renta con base en la presunción de veracidad, porque el artículo 33 de la Ley 52 de 1977 dice en que casos lo consignado en la declaración tributaria o en sus adiciones, es cierto, subrayando la frase final que dice: *"cuando no se haya solicitado una comprobación especial* ni la Ley la exiga".

Continúa diciendo que una interpretación diferente a más de ser violatoria del artículo 120-3 de la Constitución y del artículo 67 del Decreto 1651 de 1961, impediría la reglamentación de la Ley y otorgaría el carácter de plena prueba a simples afirmaciones, cuando quien pretenda beneficiarse de un hecho debe probarlo.— Luego hace una comparación a doble columna de los artículos 15, 17 y 33 con las normas acusadas del Decreto 250 de 1978 para concluir que no existe violación por todo lo cual termina pidiendo que se revoque la suspensión provisional decretada.

Oportunamente (folios 36 a 40) se constituyó en parte impugnadora el abogado Hector Raúl Corchuelo Navarrete, quien exhibió la Cédula de Ciudadanía No. 41743 de Bogotá y la Tarjeta Profesional No. 3297, quien también suplica el auto que decretó la suspensión provisional, pero por distintas razones que a continuación se sintetizan:—

Comienza el impugnante por exponer las distintas etapas del proceso tributario y las distintas clases de normas según las mismas para consignar que el legislador quizo restablecer la presunción de veracidad de la declaración determinando que las afirmaciones hechas por el contribuyente en su declaración determinando que las afirmaciones hechas por el contribuyente en su declaración se consideran ciertas, salvo que en la misma ley se exija al interesado la prueba del hecho conforme a los artículos 33, 15 y 34 de la Ley 52 de 1977, evitándose así una excesiva aglomeración de documentos, pudiendo la administración si tiene dudas— hacer la correspondiente investigación conforme a los artículos 30 y 37 o mediante el requerimiento especial —artículo 42— para verificar los hechos afirmados por el contribuyente debiendo entonces el interesado probar los hechos según los artículos 33, 43 —59— correspondiéndole entonces al funcionario decidir conforme a lo probado según el artículo 32 de la misma Ley.

Califica de oscuro el último inciso del artículo 8o. de la Ley y claros los artículos 15 y 34; por lo cual afirma, el legislador quizo que el contribuyente suministre todas las informaciones que la Ley y el reglamento exijan (artículo 15-b) las que en principio se tendrán como ciertas (artículo 33) más sujetas a críticas (artículos 30 y 42).—

Sin embargo, y en cuanto a la prueba de los hechos afirmados en la declaración quizo el legislador que el contribuyente solo debía adjuntar a la declaración, las que la Ley le exija, conforme a los artículos 15— Literal c) y 34, en lo cual el legislador fue enfático.

Por el Decreto 250 de 1978 se reglamentó la Ley 54 de 1977 conocida como de alivio tributario, cuyas disposiciones son sustanciales y no de procedimiento, olvidando el Gobierno que ya estaba vigente la Ley 32 de 1977 que contiene el estatuto del contribuyente y por lo mismo al dictarse el Decreto 250 de 1978 debió tenerse en cuenta no sólo las disposiciones de la Ley 54 de 1977 sino las de la Ley 52 de 1977.

A esta altura de su alegato el impugnador manifiesta que sus argumentos coinciden con los del actor por lo cual su intervención debía ser de coadyuvancia y no de oposición, pero que simultaneámente con la presentación de la demanda surgió un hecho nuevo que hace írrita la petición por sustracción de materia; tal hecho consiste en que el Gobierno Nacional dictó el 3 de mayo de 1978, el Decreto 825 por el cual se reglamenta la Ley 52 de 1977, ley que regula íntegramente la materia en el aspecto de pruebas que debe acompañar el contribuyente a su declaración conforme a los artículos 15—c y 34, estatuyendo el artículo 21 del Decreto 825 ya citado, normas que reglamenta el numeral c) del artículo 15 y 34 de la Ley mencionada que dice:

"Para poder ser apreciada por el funcionario, las pruebas deberán solicitarse, practicarse y allegarse al proceso, regular y oportunamente.— *Cuando las disposiciones legales lo exijan*, los requisitos y pruebas deberán cumplirse o *presentarse* junto con la declaración o sus adiciones. A falta de tal exigencia, podrán allegarse con la respuesta a los requerimientos de que tratan los artículos" subraya el memorialista.

Agrega que según el artículo 22 del citado reglamento, se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos, las disposiciones legales no exijan una comprobación especial, por lo cual concluye, el hecho informado por el contribuyente es cierto, si la Ley no exije una comprobación especial y la prueba deberá adjuntarse a la declaración cuando la Ley lo exija, conforme a los artículos 21 y 22 del Decreto 825 de mayo 3 de 1978 que reglamentan la materia y son posteriores a los artículos 11 y 17 del Decreto 250 de 1978 que deben considerarse derogados. Por lo cual estima que no hay materia sobre la cual pronunciarse.—

En escrito posterior expresa que se opone a la súplica de la Subdirectora Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales y que reitere su petición de inadmisión de la demanda por derogatoria de los artículos demandados.

En escrito de junio 5 de 1978 el actor se opone a la solicitud de revocatoria de la Suspensión Provisional (folios 42 a 45).

Por auto de veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978), la Sala de decisión resolvió el recurso de súplica interpuesto revocando la suspensión decretada por el Consejero sustanciador bajo la consideración de que la materia era propia de la sentencia y no del auto de suspensión provisional.— Dijo la Sala:

"Es posible que el decreto reglamentario de una ley posterior quebrante sin más la Ley anterior? O es preciso armonizar primero las disposiciones de ambas leyes, en este caso la 52 y la 54, para de allí poder deducir la violación? Pero aún más, deberá estudiarse sistemáticamente y no solo exegéticamente diversas disposiciones de la misma Ley 52, como son los números 15, 33, 34, 42, 43, etc."

"C— Además, deberá analizarse si realmente los artículos 11 y 15 del decreto reglamentario de la Ley 54 han quedado derogados por los artículos 21 y 22 del decreto reglamentario de otra ley, la 52, como lo afirma tan sencillamente el doctor Corchuelo Navarrete. Será preciso entonces examinar los artículos 33 y 34 de la Ley 52 y confrontarlos con los artículos 21 y 22 del Decreto 825 para armonizarlos o para poder concluir si existe derogación, adición o modificación."

"Como se ve el debate jurídico está planteado realmente en torno de dos leyes con sus respectivos decretos reglamentarios, lo cual requiere de un pormenorizado análisis interpretativo."

"D— Finalmente deberá ser materia de estudio al analizar las normas acusadas, el siempre antiguo y siempre nuevo problema del Derecho administrativo, cual es el de la potestad reglamentaria, y sobre todo si se tuvo en cuenta la necesidad jurídica de la adecuada ejecución de las leyes, como una de las finalidades de la potestad reglamentaria."

Cerrado el debate probatorio por auto, de quince (15) de enero de mil novecientos setenta y nueve (folio 57) la doctora Alba Lucía Orozco de Triana, en su carácter de Subdirectora Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, dice al pre-

sentar su alegato de conclusión que es necesario hacer un análisis armónico de las Leyes 52 y 54; que esta última Ley en el artículo 8o. creó un descuento condicionando el derecho a disfrutarlo a la realización de una inversión sustitutiva ordenada en la misma Ley y el artículo 9o. alivió la tarifa de ganancias ocasionales derivadas de la enajenación de acciones de sociedades anónimas y que los artículos impugnados se expidieron con el exclusivo objeto de hacer operante el beneficio consagrado en la Ley pues le permite a la Administración valorar la procedencia del mismo al analizar la declaración del contribuyente, exigencia que, a su juicio encaja en el ámbito de la potestad reglamentaria. Dice que el artículo 8o. de la Ley 54 de 1977 no es claro; que da una serie de procedimientos complejos para establecer un descuento tributario pero no es claro en cuanto a las tasas en que debe fundarse este procedimiento, por lo que el decreto reglamentario aclaró suficientemente cuales eran los documentos que servirían de base como punto de partida para la determinación del beneficio, los cuales están ínsitos en la ley, porque solo con las copias de las escrituras se puede adquirir certeza sobre la fecha de adquisición de bienes raíces y solo se tendrá certeza de que se realizó lo pedido en la ley realizando la inversión y que igualmente en lo referente al artículo 9o. de la Ley, al efectuar la liquidación del impuesto de ganancias ocasionales, debe haber certeza sobre la fecha de adquisición de las acciones y que el análisis de los artículos 15 y 33 de la Ley 52 de 1977 no puede hacerse al margen de la aplicación de los beneficios concedidos en los artículos 8o. y 9o. de la Ley 54 de 1977 que se desarrollan en los artículos impugnados.

Agrega que el artículo 33 de la Ley 52 de 1977 permite solicitar comprobaciones especiales por medios distintos a la ley con lo cual se preveen situaciones como las de los artículos 8o. y 9o. de la Ley 54 de 1977 en las que no basta la solicitud del favor de la ley sino que debe allegarse la prueba de los hechos en que se funda con la misma declaración de renta pues quien pretende beneficiarse, de un beneficio consagrado en la ley debe probar los hechos en que se funda, como lo establece el artículo 67 del Decreto 1651 de 1961.— Finalmente al referirse a la presunta derogatoria de los artículos demandados alegada por el doctor Corchuelo, dice que no es cierto por cuanto los artículos 21 y 22 del Decreto Reglamentario 825 de 1978 no hacen otra cosa que reafirmar los principios generales consagrados en las Leyes 52 y 54 de 1977.

CONCEPTO FISCAL:

El Ministerio Público representado en el Fiscal Tercero de la Corporación doctor Carlos Octavio Rodríguez emitió concepto desfavorable a las súplicas de la demanda— considera esa agencia del Ministerio Público que los artículos 21 y 22 del Decreto 825 de 3 de mayo de 1978 reglamentario de la Ley 52 de 1977 no derogarón los artículos 11 y 17 del Decreto 250 de 1977 por ser éste reglamentario de una ley especial y que estas normas solo establecen unos requisitos para que los contribuyentes se hagan acreedores a los beneficios consagrados en los artículos 8o. y 9o. de la Ley 54 de 1977 sin los cuales la Administración no podrá determinar si el contribuyente es o no acreedor al tratamiento especial por ser necesario dar certeza del cumplimiento de las condiciones señaladas en la Ley para gozar del beneficio reconocido en la ley, manifestando por lo demás que comparte los planteamientos de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

SE CONSIDERA:

Dada la importancia de los puntos de derecho que se controvierten, es indispensable transcribir el texto íntegro de las normas incluso del artículo 67 del Decreto 1651 de 1961.

El artículo 15 de la Ley 52 de diciembre 23 de 1971, primero del Capítulo II que trata de la "declaración tributaria" expresa textualmente:

"La declaración tributaria *deberá contener* la información indispensable para identificar al contribuyente y para establecer correctamente el tributo.— Dicha declaración constará de los siguientes documentos:

a) El formulario;

b) *Los anexos oficiales que contienen informaciones exigidas por las normas específicas de cada tributo o por los reglamentos,* para la aceptación de datos básicos;

c) *Los comprobantes que exija la Ley;*

d) Los anexos complementarios que contienen información adicional no prevista en el formulario o en los anexos oficiales;

Parágrafo.— La declaración tributaria contendrá. así mismo, una liquidación privada del valor de los respectivos impuestos.— En una y otra deberán despreciarse las fracciones de peso.— Si fuere del caso, se incluirá la adición por extemporáneidad.- Cuando se adicione o corrija la declaración, simultáneamente deberá corregirse la liquidación privada".

Este artículo fue derogado por el artículo 89 del Decreto Legislativo 3803 de 1982 expedido durante la emergencia económica declarado parcialmente inexequible.

Artículo 34.— Los requisitos y pruebas correspondientes deberán cumplirse o presentarse junto con la declaración o sus adiciones cuando la Ley lo exija.— Sino existe tal exigencia, con la respuesta a los requerimientos administrativos previstos en la presente Ley" —(derogado artículo 89 del Decreto 3803 de 1982 Emergencia Económica).

El Decreto 825 de 3 mayo de 1978, por el cual fue reglamentada la Ley 52 de 1978, en Capítulo III, acápite, "Determinación del Tributo por la Administración", en los artículos 21 y 22, ordena:

Artículo 21.— "Para poder ser apreciadas por el funcionario, *las pruebas deberán solicitarse, practicarse y allegarse* al proceso, regular y oportunamente.— *Cuando las disposiciones legales lo exijan,* los requisitos y pruebas deberán cumplirse o presentarse junto con la declaración o sus adiciones.— A falta de tales exigencias, podrán allegarse con la respuesta a los requerimientos de que tratan los artículos 30 y 42 de la Ley 52 de 1977.— La Administración podrá oficiosamente decretar y practicar pruebas en cualquier etapa del proceso"

Artículo 22.— Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, siempre que sobre tales hechos, las disposiciones legales no exijan una comprobación especial"

Los artículos 8o. y 9o. de la Ley 54 de 1977 expresan:

"Artículo 8o.— A partir de la vigencia de esta Ley , habrá lugar al descuento del impuesto de ganancias ocasionales provenientes de la enajenación de activos fijos, que se establecerá en la siguiente forma:

a) A partir del 31 de diciembre de 1977, el costo fiscal se reajustará teóricamente al 100% del índice anual de precios al consumidor para empleados, a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley;

b) Del resultado anterior se disminuirá el costo efectivamente reajustado por el contribuyente en sus declaraciones de renta y patrimonio, de conformidad con los artículos 2o. y 3o. de esta ley;

c) Del impuesto correspondiente a la diferencia resultante, se descontará el valor que el contribuyente haya invertido, antes del plazo señalado para presentar la correspondiente declaración, en bonos u otros títulos de deuda pública, adquiridos directamente del Estado o de sus agencias autorizadas, o en acciones emitidas por sociedades anónimas que reunan los requisitos del artículo 10 de esta ley, en las áreas agroindustrial, de manufactura y de minería, que sean de interés nacional.— Estas acciones deben ser emitidas con posterioridad a la vigencia de esta Ley, y antes del 31 de diciembre de cada año, a partir de 1978;

"Para gozar de este beneficio, el contribuyente deberá adquirir, en todo caso, por lo menos el 50% del valor de la inversión sustitutiva en bonos u otros títulos de deuda pública.— El contribuyente deberá conservar la totalidad de las inversiones realizadas, por período no inferior a dos años, contados a partir de la fecha de adquisición.— El incumpliento de esta obligación hará que se considere como renta líquida el monto de la enajenación realizada en contravención a dicha obligación en el año gravable en que ella se produzca.

"Si la utilidad obtenida en la enajenación sobrepasa el reajuste teórico establecido en el ordinal a) de este artículo, el excedente se gravará de conformidad con el artículo 104 del Decreto 2053 de 1974".

Artículo 9.— "El impuesto complementario de ganancias ocasionales, proveniente de la enajenación de acciones de sociedades anónimas que cumplan el requisito señalado en el artículo siguiente, se determinará de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, con las siguientes modificaciones y modalidades:

a) La disminución de que trata el artículo 3o. de dicha norma será de 26 puntos en lugar de 10;

b) La tarifa aplicable, conforme al literal anterior, se disminuirá en un (1) punto por cada seis (6) meses transcurridos entre la fecha de adquisición y la de enajenación;—

c) Para el cálculo de la tarifa del impuesto a las ganancias ocasionales, por enajenación de acciones, cuando el contribuyente haya obtenido ganancias ocasionales derivadas de la enajenación de otros activos fijos, primeramente se agregará a la renta ordinaria la ganancia ocasional que resulte de las enajenaciones y se calculará separadamente el impuesto que le corresponde".

Como también se ha citado por la Sub-dirección Jurídica de la Dirección de Impuestos del artículo 67 del Decreto 1651 de 1961, en apoyo de sus tesis es procedente transcribirlo. —Dice así:

"Artículo 67.— "Los contribuyentes están obligados a demostrar las circunstancias que los hacen acreedores a una exención tributaria, cuando para gozar de ésta no resulte suficiente conocer solamente la naturaleza del ingreso o del activo".

Los artículos cuya nulidad se pide ya fueron transcritos por lo que no es necesario repetirlos.

Ahora bien: aun cuando los artículos 15 y 34 de la Ley 52 de 1977 fueron derogados por el artículo 89 del Decreto 3803 de diciembre de 1982 y este declarado inexequible parcialmente, y los artículos demandados fueron derogados por el Decreto Reglamentario No. 825 de 1978 de la Ley 52 de 1977, es necesario hacer pronunciamiento de fondo por cuanto durante la vigencia de los artículos demandados se pudieron producir actos administrativos con fundamento en estas normas.

Sea lo primero consignar que evidentemente los artículos 8o. y 9o. de la Ley 54 de 1977 consignaron el descuento de ganancias ocasionales en favor de los contribuyentes que realizaran las inversiones que en la misma ley se señalan, pero se quedo corto en cuanto en estas normas ni en ninguna otra fijó oportunidd procesal para que el contribuyente que se acogía a los beneficios de la ley acreditará, o aportará las pruebas que lo hacían acreedor al beneficio que reclamaba.— Lo lógico habría sido que en la misma ley se indicara que para gozar del beneficio especial debería adjuntar a la declaración de renta la prueba de los hechos en virtud de los cuales era acreedor a los descuentos tributarios, vacio que quiso el Gobierno a través de la facultad de dictar reglamentos conforme al numeral 3 del artículo 120 de la Constitución, obligando al contribuyente a adjuntar a la declaración de renta la prueba del hecho que lo hacía acreedor al beneficio tributario, obligación que no existe en el estatuto procesal del contribuyente que es la Ley 52 de 1977.

Obvio es que si a la autoridad tributaria no le satisface la información suministrada por el contribuyente en la declaración de renta o en sus adiciones puede pedirle que aporte la prueba del hecho que le daría derecho al beneficio tributario.— Ahora bien, los artículos 11 y 17 del Decreto Reglamentario 250 de 1978 contienen exigencias al contribuyente que exceden la función reglamentaria, pues no consisten en Ordenes, Decretos y Resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de la Ley, sino en normas que imponen al contribuyente una obligación procesal que no contiene la ley reglamentada como es la de agregar a la declaración la prueba de hechos que lo hacen acreedor al beneficio fiscal, y, adiciona en este punto al Estatuto procesal del contribuyente, que es la Ley 52 de 1977 norma legal que señala las pruebas que el contribuyente debe adjuntar a la declaración y las informaciones que debe dar en la misma, sujetas, claro es, a comprobación probatoria como ya se dijo, si la autoridad tributaria lo exige y en ese aspecto es evidente que el Ejecutivo excedió la facultad reglamentaria.

El artículo 11 demandado se modificará en el sentido de precisar las pruebas con las cuales el contribuyente debe acreditar los hechos que lo hacen acreedor al beneficio tributario de la Ley 54 de 1977.

Sin embargo, es necesario consignar que evidentemente, y como lo afirma uno de los impugnantes de la demanda, que en verdad debe consignarse como coadyuvante de ésta, los artículos 21 y 22 del Decreto 825 de 3 de mayo de 1978, reglamentario de la Ley 52 de 1977 derogó los artículos demandados, por contener disposiciones contrarias y ser posterior.

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:

1o. Anúlase la frase "DEBERA ACOMPAÑAR A LA DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS E INFORMACIONES" que aparece en el artículo 11 acusado el cual quedará así:

"Para tener derecho al descuento de que trata el artículo 8o. de la Ley 54 de 1977, el contribuyente deberá probar los hechos en que se funde con las siguientes pruebas:

a) Copia auténtica de las escrituras de compra y venta cuando se trate de bienes raíces;

b) Certificación expedida por la sociedad en la cual conste la fecha de adquisición del título;

c) Fecha y precio de adquisición y enajenación.— Nombre y Nit del comprador.— Cuando se trate de acciones no será necesario identificar el comprador;

d) Constancia expedida por la entidad en la cual se hizo la nueva inversión sobre fecha y valor de la misma; si la intervención es en acciones, deberá constar, además, la fecha de la emisión;

e) Costo en 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al de la enajenación;

2.— Anúlase la frase: "SUMINISTRAR CON LA DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS E INFORMACIONES" que aparece en el artículo 17 acusada, el cual quedará así:

"Para obtener el tratamiento especial de que trata el artículo 9o. de la ley que reglamenta este decreto, el contribuyente deberá probar los hechos en que se funde con las siguientes pruebas:

a) Certificación de la sociedad en la cual conste: serie, número y fecha de adquisición de las acciones;

Cuando el contribuyente posea varios títulos representativos de acciones y los consolide en uno o varios títulos, deberá informar, certificada por la respectiva sociedad la fecha de adquisición de los títulos sustituidos;

b) Fecha y valor de la enajenación;

c) Costo fiscal en 31 de diciembre de 1977.

Parágrafo.— En la aplicación del ordinal b) de la norma citada se requieren semestres cumplidos".

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y a la Dirección General de Impuestos Nacionales y Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado T, Secretario.

PERSONAS JURIDICAS Y NATURALES.— Artículo 12, 50, 76 No. i y 2o. Constitución Nacional. Las materias en los artículos señalados, no son de los comprendidos en el numeral 14 del artículo 120 de la Carta Política. Razones.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.— Artículo 120 No. 14 Constitución Nacional.-

1. La función ejercida por el Presidente de la República en ejercicio de lo preceptuado en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución es de naturaleza administrativa y no legislativa.

2. Los DECRETOS AUTONOMOS nos son sustitutivos de la ley.

3.) Finalidad de la intervención del No. 14 del artículo 120 ibídem.

4. INTERMEDIARIOS FINANCIEROS. Protección de ahorro privado.

Declárase la nulidad del Decreto 3381 de 1981 expedido por el señor Presidente de la República, por el cual se regulan las actividades de los Fondos de Empleados como personas jurídicas que manejan ahorro privado. (Reiteración Jurisprudencial).

ACTOS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.— Refrendación y comunicación.— Excepciones. (artículo 57 Constitución Nacional).

Conforme al artículo 57 de la Constitución Nacional. "ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente", y en el caso sub-judice el acto acusado no está refrendado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

El artículo 57 de la Constitución Nacional preceptúa en su inciso 2o. que "ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables". Para la Sala resulta evidente, según la norma transcrita, que para que un acto del Presidente de la República tenga valor debe ser refrendado por el Ministro o Ministros o el Jefe del Departamento Administrativo que correspondan a las materias sobre que versen dichos actos. Para saber qué Ministros o Jefes de Departamento Administrativos deben suscribir el acto presidencial hay que tener en cuenta la competencia que la ley ha asignado a los mismos.

(Sentencia de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Consejero Ponente: doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente 4556. Actor: Carlos Díaz.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., agosto diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**
Referencia: Expediente No. 4556 Actor: **Carlos Díaz.**

El señor Carlos Díaz, en ejercicio de la acción contencioso administrativa consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha demandado de esta Corporación que "declare la nulidad del Decreto Número 3381 del 30 de noviembre de 1981, 'por el cual se regulan las actividades de los Fondos de Empleados como personas jurídicas que manejan el ahorro privado', expedido por el Presidente de la República 'en ejercicio de las facultades que le otorga el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política".

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A. LOS HECHOS

Como hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, el actor expresa los siguientes, que se sintetizan:

1) El Presidente de la República, invocando las atribuciones consagradas en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto 3381 de 30 de noviembre de 1981, "por el cual se regulan las actividades de los Fondos de Empleados como personas jurídicas que manejan el ahorro privado".

2) El Decreto 3381 de 1981 consta de 92 artículos, que con la diversidad de ordinales, numerales, incisos y parágrafos, lejos de ejercer la intervención constitucional para regular "las actividades de los Fondos de Empleados como personas jurídicas que manejan ahorro privado", según su epígrafe, constituye un verdadero estatuto orgánico de los así denominados "Fondos de Empleados" "al establecer sus características básicas, fijando su capacidad, reconocimiento y, en general, el régimen jurídico de estas entidades como personas jurídicas, vr. gr., su responsabilidad, normatividad para su constitución y reconocimiento, requisitos para ser asociados con detalles pormenorizados de adquisición y pérdida de la calidad de socios, deberes y derechos de los mismos, restricciones al derecho de asociación (artículo 22), un capítulo sobre dirección, administración y control interno (artículos 24 a 43), disposiciones internas del régimen económico y financiero (artículos 44 a 59), normas sobre integración, fusión e incorporación (artículos 60 a 68), reglamentación detallada sobre disolución y liquidación (artículos 69 a 77), derechos y exenciones (artículos 82 y 83), responsabilidades, sanciones y procedimientos (artículos 84 a 89) y disposiciones finales que estipulan la aplicación supletoria de disposiciones sobre sociedades (artículo 90), el plazo de dos años para adaptar los estatutos a las prescripciones del Decreto (artículo 91) y la derogación de todas las disposiciones contrarias al decreto acusado (artículo 92)".

B. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demanda señala como normas superioress infringidas por el acto administrativo acusado las contenidas en los artículos 12, 30, 44, 50, 57, inciso 2o., 76, numerales 1o. y 2o., y 120, numeral 14, de la Constitución Política.

En cuanto al concepto de violación de las normas constitucionales antes señaladas el actor expresa lo siguiente, en síntesis:

1. *Violación de los artículos 12, 76-1 y 76-2 de la Constitución Política.* Los artículos 12 y 76, ordinales 1o. y 2o. de la Constitución Nacional han sido violados por el Decreto acusado porque con su expedición el Presidente de la República invadió atribuciones

que dichas normas le dan al Congreso para expedir estatutos integrales sobre capacidad, reconocimiento y, en general, el régimen de los Fondos de Empleados como personas jurídicas, por cuanto se contempla en su articulado todo lo relacionado con su naturaleza, características, responsabilidad, objeto, personería, calidades, deberes y derechos de los asociados, dirección administrativa y control interno, aspecto sobre integración, normas sobre disolución y liquidación y otros pormenores que la Constitución Política reserva expresamente a la ley, haciendo particular énfasis en su capacidad y reconocimento.

"La capacidad de las personas jurídicas, que presupone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y que para el caso de estas asociaciones se rige por el Código Civil, Libro Primero, Título 36, según concepto del Honorable Consejo de Estado que se comentará posteriormente, también toca con diversos artículos del acto acusado. En este sentido la derogación de disposiciones contempladas en el artículo 92 del Decreto 3381 de 1981 está quebrantando lo consagrado en la Constitución Política artículo 76 numerales 1o. y 2o., cuando asigna al Congreso Nacional la atribución de reformar y derogár las leyes preexistentes y enfatiza en esta competencia para reformar las disposiciones de los Códigos en todos los ramos de la legislación".

2. *Violación de los artículos 44 y 30 de la Constitución Nacional.*— Sostiene el demandante que amparados en el derecho de asociación tutelado por el artículo 44 de la Constitución Política se han establecido en los últimos cincuenta años centenares de fondos de empleados en todo el territorio nacional, por no ser contrario a la moral o al orden legal vigente en el momento de su fundación. El acto impugnado establece una normatividad que en numerosos casos contradice la voluntad de los asociados y vulnera su libertad de asociación con la exigencia de reformar los estatutos sociales para adaptarlos a las prescripciones del acto acusado (artículo 91 Decreto 3381 de 1981).

Por otra parte el artículo 22 del Decreto acusado restringe ilegalmente el derecho de las personas naturales de asociarse a varias entidades, consagrando una presunción de ineficacia "de pleno derecho", presunción que según el Código Civil —artículo 66—compete establecerla a la ley.

Complementariamente a lo expuesto, el acto acusado viola el artículo 30 de la Constitución Nacional por cuanto numerosos fondos de empleados se conformaron y vienen funcionando con participación económica, financiera y diversas ayudas de las empresas que por disposiciones estatutarias participan en la gestión y control interno, adquiriéndose así derechos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

3. *Violación del artículo 50 de la Constitución Nacional.*— La Constitución Política es reiterativa al fijar las competencias del legislador para determinar lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Por su parte el artículo 27 de la Ley 153 de 1887 estipula que la existencia y los derechos de las personas jurídicas están sujetos a las reglas establecidas en esa misma Ley respecto al estado civil de las personas. Por consiguiente, ha sido patente la violación del artículo 50 de la Constitución Nacional por parte del Presidente de la República.

4. *Violación del inciso 2o. del artículo 57 de la Constitución Nacional.*— El Decreto acusado no está refrendado por el Ministerio del ramo respectivo como preceptúa el artículo 57, en su inciso 2o. de la Carta Fundamental. Si bien es cierto que aparece suscrito por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, no es menos evidente que la competencia específica del Ministro de Hacienda y Crédito Público consagrada en el Decreto-Ley 80 de 1976 y normas concordantes permanece inalterable en materia del ahorro y de su inversión, vigilancia de la intermediación

financiera y campos afines o complementarios. Por ello la totalidad de los Decretos expedidos en ejercicio del citado artículo 120-14 de la Constitución Política aparecen refrendados por dicho Ministro sin perjuicio de que también sean suscritos por otros Ministros o Jefes de Departamentos Administrativos.

5. *Violación del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.* — Expresa el demandante que el acto acusado se fundamenta en las atribuciones del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, norma que paradójicamente es vulnerada por el Presidente de la República al expedirlo, por las siguientes razones:

a) La intervención presidencial es procedente en las actividades de personas jurídicas "... que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado". Aceptándose en gracia de discusión que los denominados Fondos de Empleados tengan por objeto el manejo o aprovechamiento de los fondos provenientes del ahorro privado, la intervención presidencial requiere adicional y complementariamente la inversión de los mismos fondos provenientes del ahorro privado, aspecto que en la inmensa mayoría de fondos de empleados no ocurre por cuanto estas entidades son sencilla o simplemente incipientes "cajas de ahorro", en donde los empleados asociados depositan una pequeña parte de sus salarios para retiros periódicos o para obtener préstamos con respaldo en sus propios aportes. A su vez los fondos de empleados depositan estos recursos en cuentas corrientes bancarias y/o secciones de ahorro de los bancos sin que estas usuales o normales operaciones impliquen "la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado" para justificar la intervención del Presidente de la República consagrada en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

b) Sostiene el actor que la intervención prevista en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional se concreta "en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado". Aceptándose en gracia de discusión que los fondos de empleados son personas jurídicas sujetas a esta intervención presidencial, la misma queda restringida a las actividades, esto es, a la parte operativa de captación de ahorro, tasas de interés, encajes, garantías, inversiones dentro de la amplitud que juzgue necesaria el Presidente de la República, pero jamás puede extenderse a la parte societaria de estas personas jurídicas, entendiendo por tal lo referente a su capacidad, reconocimiento y régimen jurídico; su estructura interna; calidades, deberes y derechos de los socios; funciones de sus órganos directivos y administrativos; clases, frecuencias y atribuciones de sus asambleas; conformación y atribuciones de sus juntas directivas; aplicación o distribución de sus utilidades; causales y procedimientos de disolución, integración de estas entidades en organismos de grado superior, asociaciones, federaciones, uniones o centrales, y otros pormenores de similar naturaleza, aspectos todos contemplados en el Decreto acusado.

Apoya el actor las consideraciones jurídicas anteriores con citas de jurisprudencia del Consejo de Estado, como las contenidas en el concepto de 28 de agosto de 1978 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en la sentencia de 30 de octubre de 1978 de la Sección Primera sentencia de 30 de octubre de 1978 de la Sección Primera (expediente 2879), en el concepto de 28 de julio de 1983 de la Sala de Consulta y Servicio Civil y en la sentencia de 16 de noviembre de 1983 de la Sección Primera (expediente 3929);

II. ALEGATO DE LAS PARTES

A. ALEGATO DE LA PARTE ACTORA

En su alegato de conclusión el demandante insiste en los cinco cargos que en la demanda le formula al acto administrativo acusado. En verdad se limita a hacer una síntesis de la argumentación que al respecto trae la demanda.

B. ALEGATO DE LA PARTE IMPUGNADORA

Durante el proceso se hizo presente el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, el que, por conducto de apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la demanda expresando, en síntesis, lo siguiente:

El Decreto 3381 de 1981 armoniza plenamente con el Título 36, Libro 1o., del Código Civil, el cual en su artículo 633 define y clasifica a las personas jurídicas, y en los posteriores establece algunas normas que las rigen.

Afirma el impugnador que en ningún momento el Decreto 3381 de 1981 contradice la voluntad de los asociados sino que él pretende, por el contrario, ejercer a plenitud la facultad de vigilancia y control que le otorgó la Ley al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Tampoco pretende determinar lo relativo al estado civil de las personas jurídicas denominados Fondos de Empleados, entidades que por su naturaleza y características coinciden con las de los fondos mutuos de inversión en cuanto se orientan a fomentar el ahorro entre sus asociados y a suministrarles préstamos o créditos, pero que se diferencian en cuanto los primeros cumplen sus objetivos sin ánimo de lucro. De donde se desprende que los fondos de empleados manejan ahorro privado, pues la inversión que efectúan consiste básicamente en la utilización de los aportes del fondo con la intensión de aumentarlos para revertir las utilidades en servicios.

Una vez conocido el concepto del Fiscal Primero de la Corporación, acogiendo su criterio jurídico, el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas solicita que el fallo sea inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, debido a que en el libelo lo correspondiente al concepto de violación se hace en forma genérica y no puede dejarse al fallador el trabajo de hacer la respectiva confrontación, o sea establecer el concepto de violación de las normas frente a cada uno de los 92 artículos del Decreto acusado, ya que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa. De esta manera se tiene que la demanda contraría el numeral 4o. del artículo 137 del Decreto 01 de 1984.

III. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación al emitir su concepto en el presente proceso ha solicitado a la Sala que se inhiba de entrar a conocer del fondo de la litis. Considera que hay ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto a ésta le falta técnica "en su acápite 'CONCEPTO de la violación', consistente en no haber determinado específicamente en qué se fundamenta en cada cargo frenta a 92 artículos que contiene el Decreto impugnado, y en el evento en que no se aplicara todo el rigor, o lo que es lo mismo, se hiciera una interpretación de la demanda, podría ocurrir que por ejemplo, se analizará la violación o infracción acontecida frente a los artículos 12, 76-1 y 76-2 de la Carta del Decreto en bloque, se presentaría que él viola o que no lo hace, pero de dicho estudio podría suceder cualquiera de las dos eventualidades que alguno o algunos de los artículos, ya específicamente, no estuvieran inmersos en tal decisión, presentándose una incongruencia con la decisión final.

"Es por esto que se considera que existe una ineptitud sustantiva, no por haberse omitido señalar las normas —específicamente—, porque el actor así lo hizo, pero en forma genérica que abarca todo el contenido de la disposición acusada, sino porque no fue detallada en qué consistía la violación frente a cada cargo y de acuerdo con el articulado del Decreto 3381".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose cumplido el ritual procesal establecido por la ley y no hallándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente proceso, se entra a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

A. LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA PLANTEADA POR EL SEÑOR FISCAL

Sostiene el señor Agente del Ministerio Público, y lo apoya en esto el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, que el fallo debe ser inhibitorio porque la demanda adolece de ineptitud sustantiva debido al hecho de que el concepto de la violación se da en forma genérica abarcando todo el contenido del Decreto acusado, cuando ha debido detallar en qué consiste la violación frente a cada cargo y de acuerdo con el articulado del Decreto 3381.

Sobre la excepción propuesta por el señor Fiscal Primero de la Corporación la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

El acto acusado es el Decreto No. 3381 de 1981, "por el cual se regulan las actividades de los Fondos de Empleados como personas jurídicas que manejan ahorro privado", expedido por el señor Presidente de la República "en ejercicio de las facultades que le otorga el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política". Este decreto, que es un verdadero estatuto sobre los Fondos de Empleados, contiene 92 artículos distribuídos en dos títulos y éstos a su vez en Capítulos.

El demandante le hace al acto acusado cinco cargos, pero que analizados se resumen en dos, consistente el primero en que el Presidente de la República no tiene competencia para expedir ninguna de las normas contenidas en el Decreto 3381 de 1981, porque conforme a las normas constitucionales citadas en el libelo demandatorio es al Congreso a quien corresponde expedir un estatuto como el cuestionado. Conforme al artículo 120, numeral 14, de la Constitución Política la intervención presidencial sólo es procedente en las actividades de las personas jurídicas "que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado", pero ninguna de las normas del mencionado Decreto se refiere a dichas actividades, esto es, a la parte operativa de captación de ahorros, tasas de interes, encajes, garantías, inversiones dentro de la amplitud que juzgue necesaria el Presidente de la República, sino que se ocupa de la parte societaria de las personas jurídicas denominadas Fondos de Empleados. El demandante trata de comprobar su aserto reseñando el contenido de los diversos Capítulos según los epígrafes de los mismos.

Para la Sala no hay ineptitud sustantiva de la demanda en cuanto al cargo anterior se refiere, porque si la causal invocada de nulidad es la de incompetencia del Presidente de la República según las normas constitucionales citadas, el razonamiento que se haga negando la competencia tiene que ser genérico. No se trata de confrontar el contenido de cada artículo con las disposiciones constitucionales citadas, puesto que en opinión del actor todas tienen el mismo vicio de incompetencia. Es al fallador a quien corresponde verificar si las afirmaciones y los argumentos del demandante corresponden a la realidad jurídica o no. Así, pues, que dada la causal invocada en el primer cargo para solicitar la invalidación del acto administrativo acusado, es suficiente el concepto de violación expresado en la demanda. El segundo cargo se fundamenta en el hecho de que siendo expedido el Decreto acusado por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, debió ser refrendado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, ya que las materias a que se refiere la citada norma constitucional caen bajo el ámbito de su

competencia según el Decreto-Ley 80 de 1976. En opinión de la Sala este cargo también está suficientemente formulado.

Por las razones expuestas, deberá declararse no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el señor Agente del Ministerio Público.

B. LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO IMPUGNADO

Como antes se expresó, el demandante le hace al Decreto acusado cinco cargos de inconstitucionalidad, pero estudiados se llega a la conclusión de que con varias de las normas de la Carta Fundamental señaladas como violadas por el Decreto impugnado puede construirse una proposición jurídica completa, que se resume de la siguiente manera:

Todo lo referente a la capacidad, al reconocimiento y, en general, al régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la ley colombiana (artículo 12 de la Constitución Nacional), teniendo en cuenta que es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Es igualmente al legislador a quien corresponde determinar lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes (artículo 50). Por lo tanto, corresponde al Congreso por medio de leyes interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes que versen sobre las materias antes señaladas y expedir los códigos sobre el ramo y reformar sus disposiciones (ordinales 1o. y 2o. del artículo 76). Estas materias, por lo mismo, no son de las comprendidas en el numeral 14 del artículo 120 de la Carta Política, porque esta disposición se limita a darle atribuciones al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa para ejercer "la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

Se hace un segundo cargo consistente en estimar que hubo expedición irregular del acto acusado, porque conforme al artículo 57 de la Constitución Nacional "ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente", y en el caso sub júdice el acto acusado no está refrendado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pesar de versar sobre materias de su competencia conforme lo dispuesto en el Decreto-Ley 80 de 1976 y normas concordantes.

La Sala acometerá el estudio de los dos cargos antes resumidos, que el actor le hace al Decreto 3381 de 1981, en el mismo orden en que han sido formulados, aunque por economía debería comenzar por el segundo.

PRIMER CARGO. Incompetencia del Presidente de la República para expedir el Decreto acusado.— En relación con este cargo la Sala hace las siguientes consideraciones:

1. El Decreto 3381 de 30 de noviembre de 1981 fue expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de las facultades que le otorga el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política". Como antes se ha dicho, consta de 92 artículos distribuidos en dos Títulos, el primero de los cuales trata "de los Fondos de Empleados" y el segundo "de las relaciones de los Fondos de Empleados con el Estado".

El Título I comprende los siguientes Capítulos: El I que versa sobre "disposiciones generales". Tiene 10 artículos que se ocupan de establecer el propósito del Decreto, las características que deben reunir los fondos de empleados, las facultades que se le dan a dichos fondos para implantar las relaciones que se estimen procedentes con la empresa que genera el vínculo común de asociación, las personas a quienes se pueden prestar los servicios a que se refiere el objeto social de los mismos, la forma de determinar el incremento de la reserva de los fondos por obtención de excedentes en las realizaciones propias de su objeto social, la limitación de la responsabilidad de los asociados al valor de sus aportes de capital y la responsabilidad del fondo para con terceros, la autorización de los fondos para recibir y mantener ahorros en depósito por cuenta de sus asociados o de terceros en forma ilimitada, lo relativo al monto de las deudas de los asociados y las tasas de interés sobre los depósitos de ahorros comunes y a término, los que serán regulados por las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

El Capítulo II trata de la "constitución y reconocimiento" de los fondos de empleados. Consta de 16 artículos que se refieren a la forma como deben constituirse los fondos de empleados, al contenido de sus estatutos, a la forma de hacer la solicitud de reconocimiento de personería jurídica y documentos que deben acompañarse, a las resoluciones de reconocimiento y registro del cuerpo directivo, a la representación legal y a las reformas de los estatutos.

El Capítulo III trata "de los asociados" y consta de 7 artículos, los cuales se refieren a los requisitos para poder ser asociado de los fondos de empleados, a la forma como se adquiere tal calidad, a los derechos fundamentales y deberes especiales de los asociados a las sanciones que deben contemplar los estatutos, a la prohibición de que sea una persona asociada de dos o más fondos de empleados y/o cooperativa de trabajadores y a las causales de pérdida de la calidad de asociado. Se destaca por su trascendencia lo dispuesto en el artículo 22, que es del siguiente tenor: "Ninguna persona podrá ser asociada de dos o más fondos de empleados y/o cooperativas de trabajadores conformados dentro de las mismas empresas, y que presten similares servicios dentro del mismo radio de acción.

"La asociación posterior será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial y dará lugar a la resolución de los actos y contratos celebrados en desarrollo de ella".

El Capítulo IV trata de "la dirección, la administración y el control". Sus disposiciones establecen los órganos a cargo de los cuales está la dirección, administración y control interno de los fondos de empleados, cómo están integrados dichos órganos y las funciones básicas que les corresponden.

El Capítulo V trata del "régimen económico y financiero". Sus artículos se refieren a la constitución del patrimonio de los fondos de empleados, al capital social, a los aportes de los asociados, a los fondos de reservas necesarias para las cuentas del activo que por cualquier causa se deprecien o consuman, a la aplicación de los excedentes que resulten, a la prescripción a favor de los fondos de empleados de los saldos existentes por cualquier concepto que no fueren reclamados por los respectivos exasociados en el término de un año contados a partir del día en que fueron puestos a su disposición y a las normas que deben regir en las relaciones laborales de los fondos de empleados con sus propios empleados.

El Capítulo VI trata de la "integración". Los artículos que lo conforman versan sobre los organismos de grado superior de carácter regional o nacioal que pueden constituir los fondos de empleados y a las normas a que estos organismos están sometidos.

El Capítulo VII trata de la "disolución y liquidación". Los artículos que lo integran establecen las causales de disolución de los fondos de empleados, la forma de hacer la liquidación de los mismos y las funciones y deberes de los liquidadores.

El Título II versa sobre "las relaciones de los fondos de empleados con el Estado" y está integrado por los siguientes capítulos:

El Capítulo I trata de los "derechos y exenciones". Luego de considerar a los fondos de empleados reconocidos y sometidos a la acción del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas como entidades sin ánimo de lucro y de interés social, establece que las organizaciones integrativas de grado superior conformadas por los fondos de empleados pueden tener representación en las entidades descentralizadas cuya finalidad sea el desarrollo económico o social y la capacitación de las clases trabajadoras (artículo 79). También autoriza a las empresas o entidades oficiales o privadas en donde funcionen fondos de empleados legalmente constituidos para deducir de cualquier cantidad en dinero que hayan de pagar a sus trabajadores, las sumas que éstos adeuden a los correspondientes fondos, siempre y cuando que la obligación conste en libranza, pagaré o cualquier otro documento firmado por el asociado o que corresponda a las aportaciones ordinarias previstas en los estatutos o reglamentos del fondo, y además se extiende a dichas entidades las disposiciones consagradas en el Decreto 937 de 1979 sobre validez del pago del auxilio de cesantías o al préstamo sobre éstas de los trabajadores particulares con destino a la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda.

El Capítulo II trata del "control y vigilancia". Por el artículo 32 se dispone que los fondos de empleados estarán sometidos al control y vigilancia del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y por el 83 se establece que además de la vigilancia de dicho Departamento los fondos tendrán el control concurrente de aquellos organismos estatales a cuyo cuidado se encuentra la inspección o vigilancia de determinadas actividades.

El Capítulo III trata de las "responsabilidades, sanciones y procedimientos". Los artículos que lo conforman se refieren a la responsabilidad que tienen los fondos y sus directivas por los actores y omisiones que contrarían las normas legales y estatutarias, a la facultad que se da al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas para convocar a las juntas directivas o asambleas a fin de que adopten las medidas necesarias para remediar las situaciones irregulares que se investiguen: se establecen las infracciones consideradas graves para efectos de las sanciones previstas y el destino que debe dárseles a las sumas recaudadas por concepto de las multas impuestas de acuerdo con el Decreto.

El Capítulo IV trata de las "disposiciones finales". Está integrado por tres artículos y ellos se refieren a la forma de llenar los vacíos de legislación, a las entidades a las cuales se aplica las normas del decreto y a la fecha de vigencia del mismo.

2. El artículo 12 de la Constitución Política preceptúa que "la capacidad, el reconocimiento y, en general, *el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la ley colombiana*". Esta norma guarda mucha relación con lo dispuesto en el artículo 44 de la misma Carta, que expresa lo siguiente: "Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

Dijo esta Sala en sentencia de *6 de agosto de 1981* que "es evidente que sólo el Congreso tiene competencia, conforme al citado artículo 12 de la Constitución, para

establecer las normaciones referentes a la capacidad, el reconocimiento y las condiciones dentro de las cuales deben existir y cumplir sus actividades las personas jurídicas en nuestro país. Sobre el particular no se han suscitado discrepancias que impliquen hacer un esfuerzo por buscar un entendimiento distinto a aquel que se desprende del tenor literal del texto, salvo lo referente a la nacionalidad de las personas jurídicas".

Sobre este mismo tema ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de junio de 1980, reproduciendo doctrina de 1940, lo que sigue:

"En la misma sentencia del 21 de agosto de 1940, ya citada, afirmó también la Corte: 'El Estado se reserva para sí el derecho de intervenir en la constitución de personas jurídicas, porque son obras de su voluntad. La Constitución Nacional (artículo 12) estatuye que 'la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la ley colombiana: Ni la Carta ni sus disposiciones sobre personería jurídica, ni la Corte cuando las ha interpretado, aluden directamente a la capacidad del Estado para extinguirla. Pero ese silencio no puede entenderse como ausencia de normas que permitan en un momento dado, y en plena justificación, revocar un reconocimiento de personería jurídica cuando quiera que la asociación, corporación o fundación favorecidas con él se aparten gravemente de sus objetivos estatutarios o amenacen el orden legal o los valores morales de la sociedad que permitió en estas circunstancias su existencia jurídica. En tales casos, se trata simplemente de dar adecuada aplicación a los principios generales del derecho, como aquel, entre otros, que ha mantenido su vigencia a través de los tiempos, y que los romanos enunciaron sabiamente con sencillez: Nihil tam naturale est quen eo genere quoque disolvere quo coligatum est; nada es tan natural como disolver lo que se ha ligado en la misma forma como se hizo. En términos más simples hoy se afirma que las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen. Si el reconocimiento de personería jurídica se debe solamente a un acto unilateral de la voluntad del Estado, es la misma voluntad la que debe pronunciarse para modificar o revocar sus propias determinaciones mediante procedimientos análogos. Tal es el régimen de las personas jurídicas al que se refiere el artículo 12 de la Constitución, el cual debe ser determinado legalmente, como lo ha hecho el Decreto 576 de 1974 al asignar la función necesaria para tomar esa clase de decisiones cuando las circunstancias fácticas y jurídicas así lo exijan".

De otro lado se tiene lo que dispone el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política, que expresa que corresponde al Presidente de la República como 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 y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado". En la precitada sentencia de 6 de agosto de 1981 esta Sala dijo que "de acuerdo con la doctrina sentada en la sentencia parcialmente transcrita (de 25 de agosto de 1976 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente doctor Miguel Lleras Pizarro), así como en la sentencia de 14 de junio de 1974 (de la Sección Primera con ponencia del Consejero Humberto Mora Osejo), que en esencia la primera acoge, se pueden sacar, entre otras, las siguientes conclusiones:

"PRIMERA: La función ejercida por el Presidente de la República en ejercicio de lo preceptuado en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución *es de naturaleza administrativa y no legislativa.* En lo pertinente, el fallo del 25 de agosto de 1976 expresa lo que sigue:

"Como la función legislativa no ha sido expresamente trasladada al Gobierno ni del texto del ordinal 14 del artículo 120 aparece explícito tan extraño propósito y como es

ligereza concebir que dicha función legislativa pueda ejercerla simultáneamente una y otra rama del poder público, porque la competencia legislativa constituye unidad no parcelable ni compartible, a menos que se acepte la indefinición o la vaguedad de su atribución, calidades que no pueden predicarse de nuestro estatuto fundamental, no obstante sus varias incongruencias, excesos retóricos, incorrecciones gramaticales y laxitudes técnicas, es indispensable concluir que los actos derivados del ejercicio de los preceptos del artículo 120 numeral 14 son administrativos con toda la amplitud y todas las limitaciones que son propias de esta función, que no son sustitutivos de la ley sino diferentes..., (Anales citados pág. 151).

"SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, los *decretos autónomos no son sustitutivos de la ley*, aunque se reconoce que, *por el fenómeno de la deslegalización operado mediante la Reforma Constitucional de 1968, dichos decretos pueden modificar la legislación preexistente sobre la materia, pero ello no significa que inhabilite al Congreso en el futuro para legislar en esa materia, si lo juzga necesario.* El fallo antes citado dice en relación con este punto:

"Los decretos que se hayan dictado con posterioridad a la reforma constitucional de 1968 no son derogatorios de leyes preexistentes por su natural capacidad sino porque la legislación anterior subrogada por la propia Constitución al cambiar la competencia, será incompatible con los actos administrativos promulgados con posterioridad a la vigencia de la reforma de aquel año, pero no inhabilitantes de la futura potestad del Congreso, en esa materia, en la medida y con la oportunidad que juzgue necesarias. Además, por idénticas razones, las leyes anteriores a la reforma de 1968 sobre Banco de Emisión y personas naturales o jurídicas que tengan por objeto (por oficio característico) el manejo (administración) o aprovechamiento (sic) y la inversión de los fondos (dinero) provenientes del ahorro privado, subsisten en tanto no sean compatibles con los reglamentos administrativos autónomos que se promulguen luego de dicha reforma constitucional y siempre que no contradigan leyes promulgadas después de la misma'.

"TERCERA: El ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución da facultades al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, para ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado. Esta intervención es apenas la necesaria en el Banco Emisor y en las actividades de las personas que tengan por objeto las finalidades indicadas. Dichas facultades se limitan, con exclusión de la que se puede ejercer en el Banco Emisor, por razón de la materia, a las actividades 'de los llamados intermediarios financieros en el mercado de capitales, como cajas y secciones de ahorro, compañías de seguros de vida, de capitalización, de inversión y demás entidades especializadas en la función de canalizar el ahorro privado nacional hacia la formación de capitales... 'Supone la preexistencia de las personas jurídicas, cuyas actividades, por razón de su objeto pueden ser intervenidas; la norma no atañe a la creación de las mismas y obviamente supone o se remite al régimen constitucional y legal, expuestos anteriormente, sobre creación de personas jurídicas. Por el carácter administrativo y excepcional de esta intervención, tiende a cumplir una finalidad específica de la Constitución, de restrictiva interpretación, que no consiste en suprimir o anular la actividad intervenida, que por definición es legítima, ni en realizar (sic) una política intervencionista, que como tal está regulada, en el orden nacional, por los artículos 32, 76 ordinal 4o. y 80 de la Constitución, sino en garantizar el ahorro particular y evitar que los intermediarios financieros, en desarrollo de sus actividades, defrauden o perjudiquen la confianza pública: de ahí que la necesidad de la intervención implique, como un instrumento jurídico ágil, un poder discrecional, pero que tiene como límite la indicada finalidad del precepto' (Sentencia de 14 de junio de 1974 de la Sección Pirmera, que acogió la sentencia de la Sala Plena de 25 de agosto de 1976, Anales citados, pág. 142).

"CUARTA: El numeral 14 del artículo 120 de la Constitución permite intervenir la actividad de los intermediarios financieros con la finalidad de proteger el ahorro privado sin perjuicio de las demás intervenciones del Estado.

"QUINTA: El numeral 14 del artículo 120 de la Constitución sólo atribuye al Presidente de la República la facultad de intervenir en las actividades de los intermediarios financieros, más no la de determinar el régimen de las personas jurídicas, ni mucho menos disponer su creación, porque se trata, como se ha demostrado, de una atribución del legislador, de conformidad con los artículos 12, 44 y 76 ordinales 1o., 2o., 9o. y 10 de la Constitución".

Es obvio que dentro de un sistema jurídico, que debe implicar armonía de las disposiciones que lo constituyen, las normas contenidas en los artículos 12 y 120, numeral 14, de la Constitución Política deben interpretarse formando un todo coherente en relación con lo que dispone el artículo 76 de la Carta, especialmente con sus ordinales 1o. y 2o., en cuanto a las competencias atribuídas al Congreso por un lado y al Gobierno por otro. De esta suerte se tiene, dentro del campo de la lógica jurídica, que las materias sobre las cuales corresponde legislar al Congreso estan excluídas de la competencia legislativa que en casos excepcionales la Constitución le concede al Presidente de la República. Pero hay algo más en el asunto que nos ocupa y es que conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, en lo cual discrepa del respetable concepto que sobre el particular ha expresado la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 18 de agosto de 1980) las atribuciones que por el citado numeral 14 del artículo 120 de la Constitución se le asignan al Presidente de la República son de carácter administrativo y no legislativo, razón por la cual mediante su ejercicio el Presidente de la República no puede derogar, subrogar o modificar la legislación preexistente, salvo el fenómeno de la deslegalización que se produjo a raíz de la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 1966, y de que habla la sentencia de 14 de junio de 1974.

3. Aplicando la doctrina antes expuesta al caso súbjudice, la Sala encuentra lo siguiente: Con excepción de lo dispuesto en los artículos 8o., 9o. y 10, que tratan de los ahorros percibidos por los fondos de empleados, de la limitación a los créditos a los asociados y de las tasas de interés sobre depósitos de ahorro comunes y a término, que son materias propias de la intervención Presidencial a que se refiere el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, las demás disposiciones del Decreto 3381 de 1981 contienen materias que son de competencia del Congreso de la República al tenor de lo dispuesto en los artículos 12 y 76 ordinales 1o. y 2o. de la Carta Política. Pues, como antes se vió, el Decreto 3381 de 1981 contiene un régimen integral de las entidades denominadas "Fondos de Empleados" como personas jurídicas, puesto que en las mencionadas disposiciones de su articulado regula todo lo relacionado con su constitución y reconocimiento, los asociados, la dirección, la administración, el control, el régimen económico y financiero; su integración en organismos de grado superior, su disolución y liquidación; los derechos y exenciones de dichos fondos; el control y vigilancia de los mismos, lo referente a las responsabilidades, sanciones y procedimientos, esto es, que versan sobre la naturaleza, características, estructura, fines, personería, inspección y vigilancia, régimen de sanciones, materias todas de la exclusiva competencia del Congreso conforme a las normas constitucionales antes citadas. Por ello esta Sala en sentencia de 30 de octubre de 1978, expediente 387, dijo lo siguiente:

"Por ministerio de los artículos 44, 50 y 76 numeral 2 de la Carta Fundamental, le compete al legislador de manera exclusiva, la expedición de las normas que deben regular la constitución, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas. Así mismo, es de competencia del legislador, la expedición de los estatutos fundamentales bajo cuyo marco debe ejercerse la función gubernamental de inspección y vigilancia de las personas jurídicas sometidas a él por la Constitución o por la ley (120 número 15)".

De lo dicho se desprende que el primer cargo debe prosperar con relación a los artículos 1o., 2o., 3o. 4o., 5o., 6o., 7o., 11 a 91, en razón de las materias reguladas en ellos, más no en cuanto a los artículos 8o.. 9o. y 10 que por las razones antes dadas, su expedición es de competencia del Gobierno.

SEGUNDO CARGO. Sostiene el demandante que hubo expedición irregular del acto acusado porque él no está refrendado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, a quien le correspondía dada la invocación que para expedirlo hace el Decreto acusado del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política y teniendo en cuenta además lo dispuesto en el Decreto-Ley 80 de 1976 y normas concordantes. Por ello se violó el artículo 57 de la Carta Política.

En relación con el anterior cargo la Sala hace las siguientes consideraciones:

El artículo 57 de la Constitución Nacional preceptúa en su inciso 2o. que "ningún acto del Presidente excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables". Para la Sala resulta evidente, según la norma transcrita, que para que un acto del Presidente de la República tenga valor debe ser refrendado por el Ministro o Ministros o el Jefe del Departamento Administrativo que correspondan a las materias sobre que versen dichos actos. Para saber qué Ministros o Jefes de Departamento Administrativos deben suscribir el acto presidencial hay que tener en cuenta la competencia que la ley ha asignado a los mismos.

En el presente caso resulta que el acto acusado por versar sobre los fondos de empleados, cuya vigilancia y control ha encomendado la ley al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (artículo 1o. del Decreto 611 de 1974), a su Jefe le correspondía suscribirlo. Pero también al Ministro de Hacienda y Crédito Público, por cuanto conforme a la competencia dada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el literal j) del artículo 2o. del Decreto-Ley 80 de 1976, a éste le corresponde realizar "la inspección administrativa del Banco Emisor y de los demás establecimientos de crédito y ahorro, por intermedio de la Superintendencia Bancaria, en la forma y términos consignados en la Constitución y la ley", y es que justamente el Decreto en sus artículos 8o. 9o. y 10, según ya se ha visto, trata de los ahorros percibidos por los fondos de empleados, de la limitación de los créditos de los asociados y de las tasas de interés sobre depósitos de ahorro comunes y a término, razón por la cual el artículo 83 del estatuto cuestionado expresa lo siguiente:

"Además de la vigilancia consagrada en el artículo anterior, los fondos de empleados estarán sometidos al control concurrente de aquellos organismos estatales a cuyo cuidado se encuentre la inspección y vigilancia de determinadas actividades, en lo concerniente al ejercicio de éstas, pero en todo caso se tendrá en cuenta la naturaleza y características propias de los fondos de empleados".

Considera la Sala que debió suscribirse el acto acusado para su plena validez por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque a su Ministerio corresponde además, conforme al literal m) del artículo 2o. del Decreto-Ley 80 de 1976, participar "en la formulación de las políticas de comercio exterior y de mercado de capitales como integrantes de los organismos que la trazan", como es el caso de la fijación de tasas de interés sobre los depósitos de ahorros comunes a término.

Como del texto del Decreto acusado que obra en autos en publicación autenticada del Diario Oficial aparece que no está suscrito por el Ministro de Hacienda y Crédito

Público, se da entonces la causal de expedición irregular del mismo, vicio de forma que lo hace anulable, especialmente en cuanto hace referencia a sus artículos 8o. 9o. y 10.

De lo expuesto se desprende que este cargo debe prosperar, lo cual hace que se tenga que anular el articulado completo del Decreto 3381 expedido el 30 de noviembre de 1981.

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:

1o. Declárase no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el señor Agente del Ministerio Público.

2o. Declárase la nulidad del Decreto 3381 de 1981 expedido por el señor Presidente de la República, "por el cual se regulan las actividades de los Fondos de Empleados como personas jurídicas que manejan ahorro privado".

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 julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

IMPUESTOS.—GANADERIA.—Si la ley autoriza deducir los gastos y expensas que no se hayan capitalizado, mal puede la norma reglamentaria calificar como capitalización todos los gastos y expensas realizadas durante el año que sean inferiores al mayor valor que le fijan las autoridades administrativas, por razones totalmente distintas para evitar la evasión del impuesto por el aspecto del incremento patrimonial que ello pudiera representar.

Declárase la nulidad de la frase que expresa: "QUE EXCEDAN LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DEL INVENTARIO FINAL Y EL INVENTARIO INICIAL O LA DIFERENCIA ENTRE EL INVENTARIO FINAL Y EL COSTO DE ADQUISICION SI EL GANADO FUE ADQUIRIDO DURANTE EL AÑO" del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 727 de 26 de mayo de 1980;

2o. Se anula la frase: "QUE EXCEDAN LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DEL INVENTARIO FINAL Y EL INVENTARIO INICIAL O LA DIFERENCIA ENTRE EL INVENTARIO FINAL Y EL COSTO DE ADQUISICION SI EL GANADO FUE ADQUIRIDO DURANTE EL AÑO" del inciso 1o. del artículo 2o. de la Resolución 134 del 1o. de abril de 1980, expedida por el Ministerio de Agricultura.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto tres (3) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**

Referencia: Expediente No. 6990.

Actor: **Rafael Arenas Angel.** Nulidad y suspensión provisional de los artículos 3o. del Decreto reglamentario 727 del 26 de marzo de 1980, en cuanto sustituye el artículo citado del Decreto 2595, y el inciso 1o. del artículo 2o. de la Resolución 134 del 1o. de abril de 1980, proferido por el Gobierno Nacional.

El ciudadano Rafael Arenas Angel, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.364.740 de Bogotá, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo anterior pide que se declare la nulidad por contravenir disposiciones legales de orden superior, al inciso 1o. del artículo 14 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979 en cuanto fue modificado por el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 727 de 26 de mayo de 1980, en la parte que expresa:

"Que exceden la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año".

Y en consecuencia que es nulo el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 727 de 26 de marzo de 1980 en cuanto sustituye el artículo citado del Decreto reglamentario 2595 en el aparte transcrito. Que es nulo además, el inciso 1o. de la Resolución 134 de 1 de abril de 1980 del Ministerio de Agricultura en la parte que expresa:

"Que excedan la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año".

Para sustentar su petición de nulidad el actor relata que mediante la expedición de la Ley 20 de abril 16 de 1979, el Congreso de la República modificó sustancialmente el tratamiento tributario a la actividad ganadera, disponiendo en el Capítulo IV de la Ley un nuevo sistema de valorización de los semovientes, que se reduce a establecer el valor mínimo del ganado en acuerdo con el valor comercial en 31 de diciembre, como se desprende de la lectura de la parte final del segundo inciso de los artículos 15 y 18 de esa Ley.— En cambio hasta la vigencia de la Ley 20 de 1979 el valor patrimonial del ganado lo determinaba el costo declarado en el año inmediatamente anterior, si existían en el inventario inicial, o por el costo de adquisición, si eran adquiridos en el año fiscal, reajustado a voluntad del contribuyente, en proporción a los gastos y expensas efectuados en esa actividad.— Respecto de los nacimientos, dice el accionante, si el contribuyente no llevaba a costo o capitalizaba parte de esas expensas y gastos, su valor patrimonial sería cero (0) pesos, o de lo contrario, si se capitalizaban el valor patrimonial de las crías su valor sería el que les correspondiera en la parte proporcional de los gastos, sentido en el cual se pronunciaban los artículos 123 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 y el 22 del Decreto Legislativo 2348 del mismo año, derogados expresamente por el artículo 36 de la Ley 20 de 1979. Agrega conforme a lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 20 de 1979, los gastos y expensas en el negocio de ganadería que no fueren capitalizados, o lo que es lo mismo, no hubiere afectado el contribuyente aumentando el valor patrimonial del ganado, serán deducibles de la misma renta, norma que guarda concordancia con lo dicho en el primer hecho parte final sobre valor mínimo del valor

comercial a 31 de diciembre llevando el contribuyente ganadero, la totalidad o parte de los gastos y expensas a valorizar los semovientes de suerte que el valor patrimonial del ganado puede ser mayor que el valor comercial.

El 26 de octubre de 1979 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2595 que en su artículo 14 exige para poder deducir gastos y expensas, que estos sobrepasen el incremento del inventario, incremento que se determina comparando el inventario final con el inicial y las compras hechas durante el año.— Posteriormente el Gobierno Nacional dictó el Decreto Reglamentario 727 de marzo 26 de 1980, que en su artículo 3o. expresa:

Artículo 3o.— "El artículo 14 del Decreto 2595 de 1979 quedará así:

"En el negocio de ganadería cuyo objeto sea la enajenación de semovientes, serán deducibles los gastos y expensas efectuados durante el año, que exceden la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año, siempre y cuando el contribuyente cumpla con las exigencias legales.

"En el negocio de ganadería cuyo objeto sea la explotación de ganado para leche o lana, los gastos y expensas efectuados durante el año podrán capitalizarse.— En uno u otro caso el contribuyente deberá cumplir las exigencias legales".

Continúa el actor expresando que de acuerdo con este precepto el negocio de ganadería que tenga por objeto, la enajenación de semovientes, sólo en la medida que los gastos y expensas superen la diferencia entre los inventarios inicial y final, podrán deducirse de la renta, en tanto que si el negocio tiene por objeto la explotación de ganado para leche o lana, los gastos y expensas se pueden deducir sin limite alguno o capitalizar a opción del contribuyente, estableciéndose una distinción que la Ley 20 de 1979 no contiene, creándose un tratamiento diferencial en el sector ganadero, que es arbitrario, "en perjuicio de las ganaderías de carne" afectadas por la situación económica, sin tener en cuenta el Gobierno que por el valor comercial mínimo que debe aparecer en el inventario se puede producir un incremento en éste sin que obedezca a capitalización de gastos y expensas.

El 1o. de abril el Ministerio de Agricultura expidió la Resolución No. 134 en cuyo artículo 2o. reprodujo literalmente lo dicho en el artículo 3o. del Decreto 727.— Finalmente en relación con los hechos, dice que el Consejo de Estado en providencia del 21 de abril de 1980 en el expediente 6842 y con ponencia del Consejero doctor Alfonso Angel de la Torre dispuso la suspensión provisional de la frase, "que excedan la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año," contenida en el artículo 14 del Decreto Reglamentario 2595 de 26 de octubre de 1979, frase que en su contenido es igual a la que se acusa en esta demanda, fue reiterada en el Decreto 727 de 28 de marzo de 1980 para el negocio de ganadería que tenga por objeto la enajenación de semovientes.

En cuanto a disposiciones violadas citó el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y los artículos 17, 18 y 36 de la Ley 20 de 1979.— Desarrolla el concepto de la violación diciendo que mediante la potestad reglamentaria el Presidente de la República está facultado para dictar normas reglamentarias que faciliten la aplicación

de la ley, pero no para fijar requisitos o señalar procedimientos no previstos en la Ley, violando el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta; que el artículo 17 de la Ley 20 de 1979 solo exige para deducir gastos y expensas en la actividad ganadera, que estos no se hallan capitalizados, es decir, que no hayan producido un incremento patrimonial que se refleje en los inventarios, posibilidad que niega el inciso 1o. del artículo 14 del Decreto 2595 acusado en la nueva redacción dada en el artículo 3o. del Decreto 727 en el negocio de enajenación de semovientes, por el hecho de ser tales gastos inferiores al incremento patrimonial de los inventarios, desconociendo que un mayor valor comercial puede ser la causa del aumento patrimonial sin que ello implique que se hayan capitalizado los gastos y expensas, señalando, en consecuencia, un mero requisito para la deducibilidad de estos gastos, violando tanto el precepto constitucional como la norma misma que reglamenta que son preceptos de superior jerarquía.— Agrega que la disposición del artículo 14 inciso 1o. del Decreto 2595 modificado por el artículo 3o. del Decreto 727 se ajustaría a la ley en caso de que persistiera el régimen anterior de la emergencia económica, dentro del cual la valorización de ganados solo podía obedecer a capitalización de gastos, por lo cual cualquier deficiencia entre los inventarios inicial y final debía, sin exceder compras, tener como causa los gastos y expensas, que podían deducirse de la renta en la parte que excedieran la citada diferencia, pero este sistema fue modificado por la Ley 20 de 1979 implantando la valorización comercial del ganado que puede justificar por si sola el incremento del inventario, siendo entonces que el artículo 14 inciso 1o. del Decreto 2595 sustituido por el artículo 3o. del Decreto 727 de 1980 apesar de que la Ley 20 de 1979 modificó el sistema tributario de la ganadería, se persiste en aplicar el tratamiento derogado, con violación de los artículos 17, 18 y 19 citados.

El artículo 2o. de la Resolución 154 de 1 de abril de 1980 originaria del Ministerio de Agricultura, que es reproducción textual del artículo 3o. del Decreto 727 de 1980, resulta sin fundamento legal por lo expuesto antes, siendo su inciso 1o. en lo demandado, violatorio de la Ley 20 de 1979.

El Ministerio, dice —invoca como fundamento de la citada Resolución, entre otras, las facultades conferidas por la Ley 20 de 1979, las que, sin embargo,— no se refieren a la materia tratada en esa Resolución, sino al señalamiento de precios comerciales, por lo cual no puede ser base de esta..... ya que el artículo 17 contiene disposición contraria; y no siendo el Ministro titular de la facultad reglamentaria por no habérsele delegado, la Resolución 184 en artículo 2o. inciso 1o. es por esta razón, violatoria del artículo 120, ordinal 3o. y del artículo 135 de la Constitución Nacional. Y como es principio fundamental de nuestra organización constitucional la separación de poderes, el Ejecutivo al invadir la órbita Legislativa viola el artículo 55 de la Carta como aparece, en el inciso 1o. del artículo 14 del Decreto Reglamentario 2595 modificado por el artículo 3o. del Decreto 727 de 1980, dado que establece requisitos para la procedencia de la deducción por gastos y expensas en la actividad ganadera que no estan previstas en el estatuto expedido por el Legislador, que es la Ley 20 de 1979.

En la demanda se pidió la suspensión provisional de la parte acusada del inciso 1o. del artículo 14 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979 como fue sustituido por el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 727 de 26 de marzo de 1980, y del inciso 1o. del artículo 4o. de la Resolución 134 de 1o. de abril de 1980 expedida por el Ministerio de Agricultura, todo con base en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo vigente hasta el último día de febrero del año en curso, aduciendo para la procedencia

de tal medida excepcional que al par que en el artículo 17 de la Ley 20 de 1979 sólo exige para deducir los gastos y expensas efectuados en el negocio de ganadería que estos no se hayan capitalizado, el artículo 14 del Decreto 2595 de 1979, solo permite deducir los gastos y expensas efectuados durante el respectivo período fiscal o la diferencia entre el costo de adquisición y el inventario final, si fue adquirido durante el mismo período siempre y cuando el contribuyente cumpla con las exigencias legales; es decir, que conforme a esta norma, solo podrán deducirse los gastos y expensas en cuanto excedan el incremento de los inventarios, desconociendo que dicho incremento puede obedecer a un mayor valor comercial del ganado que se refleja en el inventario final, sin capitalización de tales gastos, pues el artículo 17 de la Ley 20 de 1979, sólo exige para ser deducibles los gastos y expensas en el negocio de ganadería, que éstos no se hayan capitalizado.

La demanda fue admitida por auto de diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos ochenta— providencia en la que no se accedió decretar la suspensión provisional, sustentando esta decisión en que el legislador definió en el artículo 14 de la Ley 20 de 1979 lo que debe entenderse o cual es o en que consiste, para efectos fiscales, el negocio de ganadería, definiendo como tal la actividad que tenga por objeto, la cría, el levante, o desarrollo, la ceba de ganado bobino, caprino, porcino y de las especies menores, incluyendo en esta actividad la explotación de ganado de leche y lana y la explotación de ganado en compañía; que el artículo 17 se refería obviamente al negocio de ganadería definido en el artículo 14 y que la actividad a la cual se refiere el artículo 3o. del Decreto 727 de 26 de marzo de 1980 es el negocio de ganadería "cuyo objeto sea la enajenación de semovientes", que no estaba comprendida como negocio de ganadería según la definición dada en la citada Ley.

El auto anterior fue suplicado por el demandante en memorial de 27 de septiembre de 1980 (folios 26 a 29) con los siguientes argumentos:

Comienza por decir el memorialista que la razón fundamental por la cual se negó la suspensión provisional radicó en "considerar al ponente que la enajenación de semovientes no constituye negocio de ganadería sino de comercio", por lo cual no habría una violación ostensible de la ley, consideración que el suplicante estima como notoriamente errada, tanto desde el punto de vista del derecho privado como del tributario, lo primero porque conforme al Código de Comercio "para que una actividad sea comercial es necesario que en ella se presenten dos factores:

a) La intermediación;

b) El ánimo especulativo, siendo que la ausencia de uno de los dos coloca la situación fuera del ámbito comercial".

Por lo que en los artículos 20 y 23 se citan a modo de ejemplo actividades que por faltarle alguno de los elementos, no se pueden tener como comerciales, precisándose en el ordinal 4o. del artículo 23 citado en la que se señala expresamente *la actividad del ganadero* productor como fuera del comercio, ¿dado que en ella no se presenta el elemento intermediación?" (subraya la Sala).

Por lo mismo; la legislación tributaria en conformidad con lo anterior, expresamente prevé como actividad ganadera, la enajenación de semovientes,— y así se dice

en el inciso 1o. del artículo 15 y 16 de la Ley 20 de 1979 normas que el suplicante no transcribe íntegramente haciendo decir al ponente que la enajenación de semovientes no es negocio de ganadería sino comercial, para concluir que de aceptarse el planteamiento del auto suspendido los ganaderos quedan o estarían obligados a llevar libros de contabilidad registrados en las Camaras de Comercio y a inscribirse en tales oficinas.

A su vez la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales, doctora María Cristina Velásquez G., se opone a la declaratoria de suspensión provisional que el suplicante pide, pero no comparte las razones del auto suplicado.— Dijo la apoderada que la Ley 20 de 1979 definio que debe entenderse para efectos tributarios por negocio de ganadería, de una parte la actividad económica que tiene por objeto la cría, el levante o desarrollo y la ceba de ganado bovino, caprino, ovino, porcino y de las especies menores, que culmina con la enajenación del ganado y por otra, la actividad económica que tiene por objeto la explotación de ganado para leche y lana que culmina con la enajenación del producto derivado, leche o lana; agrega, que es cosa diferente la actividad de compra y venta de ganado, que es eminentemente comercial, que por lo mismo se rige para efectos tributarios por las normas generales sobre tributación, que en ningún caso fue tratado por la Ley 20 de 1979, lo cual fue precisado en el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2595 al decir en su artículo 3o. que "La actividad que consiste simplemente en comprar y vender ganado, o productos de la ganadería, o sacrificarlo para la venta de carne y subproductos, no es negocio de ganadería sino de comercio."

Continúa diciendo que el Decreto 727 de marzo 26 de 1980 cuando se refiere al negocio de ganadería para el efecto de fijar la manera de establecer las deducciones, lo hace dentro del marco de la Ley y por ello establece dos tratamientos distintos en la determinación de las deducciones así: en el inciso 1o. se refiere al negocio de ganadería del que se dedica a la cría, desarrollo y ceba del ganado para venta posterior como objeto final, que el enajenante es un ganadero y no un comerciante, y en el inciso 2o. trata el negocio de ganadería cuyo objetivo final es la venta del producto derivado y cuya etapa previa es la explotación ganadera.

En otro capítulo de su alegato dice que la legislación tributaria vigente recoge en el artículo 112 y siguientes del Decreto 2053 de 1974, un principio económico elemental, cual es el de que el valor patrimonial de los bienes corresponde al de su costo, que es la resultante de su precio de adquisición más los reajustes, adiciones y mejoras, menos las depreciaciones y que el costo en el negocio de ganadería proveniente de la enajenación de semovientes surje de la mejoras, adiciones, gastos (en pastos, drogas, concentrados, sales, etc.) que se causan para criar, desarrollar y cebar, por lo que quizo el Legislador establecer un costo mínimo presunto que no requiere de prueba, que consiste en aceptarle como adiciones y mejoras (costo agregado) la diferencia entre el valor del ganado a 31 de diciembre y el valor del mismo en enero 1o. del mismo año, siendo el valor a 31 de diciembre el valor comercial y aun cuando el ganadero haya hecho durante el año gastos inferiores a la diferencia entre el costo inicial y el costo final, puede....., sin embargo, establecer un mayor valor para su ganado del que ha fijado el Ministerio de Agricultura a 31 de diciembre cuando el índice de inflación es mayor sin requerir la ley de prueba del mayor costo.— Y agrega, que cuando el precio establecido por el ganadero es mayor que el presunto fijado por el Gobierno, o cuando las adiciones y mejoras han de tratarse como deducciones, es necesario comprobar este hecho por el interesado ya que tanto el mayor costo como las deducciones se rigen por las disposiciones generales tributarias.

Por auto de noviembre siete (7) de mil novecientos ochenta (folios 31 a 52) la Sala de Decisión revocó la negativa de decretar la suspensión y procedió a suspender los efectos del artículo 3o. del Decreto 727 de 1980 y del artículo 2o. de la Resolución No. 134 de 1o.

de abril de 1980 en cuanto a la frase que dice: "que exceda la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año".— Fundó la Sala su decisión en las siguientes razones:

"Bien se sabe que dentro del régimen legal del impuesto sobre la renta se hace una distinción total entre las actividades de comercio, las actividades industriales y las actividades ganaderas y agrícolas estando estas últimas especialmente sujetas a un régimen diferente por cuanto la liquidación de la renta líquida proveniente de esa actividad debe calcularse con total independencia del sistema aplicado a las demás actividades, al extremo de que en caso de pérdida ella no puede afectar la renta de los otros tipos de actividades.

"De consiguiente las normas que trae la Ley 20 de 1979 sobre ganadería que incluyen la definición de esta actividad, que para efectos fiscales debe tenerse en cuenta son aplicables a los ganaderos, lo mismo que las disposiciones que la reglamentan.

"No es por lo tanto consecuente..... el criterio expuesto en el auto reclamado y en ello coincide tanto el actor como la representante de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"Ahora bien, partiendo de esos supuestos que coinciden exactamente con los textos legales, debe hacerse el cotejo correspondiente entre la norma reglamentada y la reglamentaria para verificar si en forma objetiva y palmaria ésta contraría y violenta aquella.

"Como lo menciona el actor el artículo 17 de la Ley 20 de 1979 dice textualmente:

"Los gastos y expensas efectuados en el año en el negocio de ganadería sólo serán deducibles de la misma renta en la medida en que estos no hayan sido capitalizados".

"En frente de esta disposición la norma reglamentaria dice así:

"En el negocio de ganadería cuyo objeto sea la enajenación de semovientes, serán deducibles los gastos y expensas efectuados durante el año que excedan la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año siempre y cuando el contribuyente cumpla con las exigencias legales".

"Es evidente que mientras la Ley autoriza a deducir los gastos y expensas en esta actividad en la medida en que no hayan sido capitalizados, el decreto reglamentario limita esta deducción restringiéndola al posible exceso que pueda ocurrir con la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial.

"No se puede confundir el fenómeno de capitalización como fruto de inversiones hechas por la parte interesada, con la simple valorización por aumento nominal del mismo bien que puede obedecer a la creciente desvalorización monetaria o a situaciones circunstanciales que afecten el mercado tanto al comienzo del año fiscal como al final del mismo, como tampoco se pueden confundir las inversiones que se hagan en un bien para incrementar su valor intrinseco con aquellos gastos expensas destinados exclusivamente al mantenimiento y conservación de la cosa.

"En el negocio de la ganadería es indudable que se realicen gastos normales en alimentos, drogas y tratamiento del ganado, que no pueden considerarse como inver-

sión capitalizable, sino como erogación económica pero necesaria; para el mantenimiento de la cosa o del bien, independientemente de su mayor o menor valor, pero puede haber otro tipo de gastos que constituyan una real inversión para el incremento del valor intrinseco del bien.

"Por eso la técnica empleada en la redacción del artículo 17 de la Ley 20 de 1979 que autoriza a deducir aquellos gastos que no hayan sido capitalizados la destruye el criterio restrictivo del decreto reglamentario que parte del supuesto de que toda expensa o gasto en materia de ganadería es capitalizable en cuanto no exceda del mayor valor del bien.

"Pero si a esto se agrega que por virtud del artículo 18 de la misma Ley 20 de 1979 los ganaderos perdieron la libertad de declarar sus semovientes por el valor en libros o por el valor de adquisición, para someterse a los precios que para cada año fiscal les fije el Ministerio de Agricultura, las diferencias que pudieran ocurrir entre los valores al comienzo del ejercicio fiscal con relación al final del mismo, no pueden entenderse en ninguna forma como una capitalización lograda a través de los gastos y expensas necesarios para el mantenimiento de los mismos.

"Presumiblemente el valor de un bovino al comienzo del año, se aumenta al final del mismo, no por virtud de la labor de mantenimiento del mismo sino por el transcurso del tiempo que produce un crecimiento del animal que le puede dar un mayor valor en el mercado ganadero y por eso es justo y equitativo que el Gobierno le imponga al contribuyente la obligación de declarar esos bienes a los precios que el mismo Gobierno le fija con base en los estudios correspondientes del mercado y con referencia a la edad de los animales.

"Pero si la ley autoriza deducir los gastos y expensas que no se hayan capitalizado mal puede la norma reglamentaria calificar como capitalización todos los gastos y expensas realizados durante el año que sean inferiores al mayor valor que le fijen las autoridades administrativas, por razones totalmente distintas para evitar la evasión del impuesto por el aspecto del incremento patrimonial que ello pudiera representar.

"Al criterio de la Sala las normas anotadas han excedido la intención del legislador con manifiesta desviación de poder, haciendo más restrictiva la facultad de deducir los gastos y expensas en razón de una valoración global de la diferencia en los inventarios del contribuyente al comienzo y al final del año, sin prever que los cambio que ocurran pueden derivarse de muchas otras circunstancias diferentes al incremento del valor intrinseco de los mismos, como por ejemplo: los nacimientos, tal como lo prevee el artículo 16 de la Ley 20 de 1979, el mayor número de cabezas que puedan existir al final del año con relación al primer día de la misma vigencia y las alteraciones que sufre el mercado con relación a ese tipo de animales, en todo lo cual, no juega para nada como factor de capitalización los gastos y expensas hechos durante el año para sostenimiento y mantenimiento de los mismos.

"Las simples consideraciones anteriores que se han hecho no como proceso deductivo para calificar si existe o no la violación flagrante de la norma reglamentada sino para desvirtuar el criterio que informa la providencia recurrida, destaca en forma objetiva y clara la violación alegada por el actor que hace que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo para decretar la suspensión provisional de las disposiciones acusadas."

Para mejor entendimiento y comprensión del problema, que valga decirlo, es de puro derecho, la Sala transcribirá integramente las disposiciones en conflicto, comenzando por las de la Ley 20 de 1979 que fue dictada por la necesidad de crear estímulos

tributarios al contribuyente, se fomenta la capitalización del país y se dictan otras disposiciones en materia tributaria, dedica el capítulo IV a la ganadería en los artículos 14 a 18.

En el artículo 14 se define, para efectos tributarios, a las personas que se dedican a la actividad ganadera y, por lo mismo, destinataria de sus disposiciones, así:

Artículo 14.— "Para efectos fiscales, se entiende por negocio de ganadería, la actividad económica que tiene por objeto la cría, el levante o desarrollo, la ceba de ganado bovino, caprino, ovino, porcino y de las especies menores. También lo es la explotación de ganado para leche y lana."

"Constituye igualmente negocio de ganadería la explotación de ganado en compañía o en participación tanto para quien entrega el ganado como para quien lo recibe.

"Artículo 15.— En el negocio de ganadería la renta bruta proveniente de la enajenación de semovientes está constituida por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo de los semovientes enajenados."

"Dicho costo está conformado por el de adquisición si el ganado enajenado se adquirió durante el año gravable, o por el valor que figure en el inventario a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, si el ganado enajenado se adquirió en año diferente al de la venta.— En este último caso, el costo no puede ser inferior al del precio comercial del ganado en 31 de diciembre anterior.

Parágrafo.— "En la explotación de ganado en compañía o en participación, tanto quien reciba como quien entregue el ganado, valorizará la parte que le corresponda en el negocio.

Artículo 16.— "Para el ganadero, el valor de sus terneros nacido y enajenados dentro del mismo año gravable no constituye renta.

Artículo 17.— "Los gastos y expensas efectuados en el año en el negocio de ganadería solo serán deducibles de la misma renta en la medida en que estos no hayan sido capitalizados.

Artículo 18.— "En el negocio de ganadería bovina, el valor de los semovientes no podrán ser inferior al precio comercial en 31 de diciembre del respectivo año fiscal determinado anualmente por el Gobierno por intermedio del Ministro de Agricultura teniendo en cuenta los precios de los mercados regionales.

"Este valor hará parte del patrimonio base de la renta presuntiva cualesquiera sea la edad, raza y sexo.

"Parágrafo.— El ganado de cría y leche sólo se computará para efectos de la determinación de la renta presuntiva en el 50% de su valor".

Frente a estas normas de la Ley, las del reglamento cuya anulación pide expresan:

Artículo 3o. del Decreto Reglamentario 727 de mayo 26 de 1980, que sustituyó al artículo 14 del Decreto 2595 de 1979:

"En el negocio de ganadería cuyo objeto sea la enajenación de semovientes, serán deducibles los gastos y expensas efectuadas durante el año que excedan la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el

inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año siempre y cuando el contribuyente cumpla con las exigencias legales.

"En el negocio de ganadería cuyo objeto sea la explotación de ganado para leche o lana, los gastos y expensas efectuados durante el año podrán capitalizarse o deducirse.— En uno y otro caso el contribuyente deberá cumplir las exigencias legales".

El inciso 1o. del artículo 2o. de la Resolución No. 134 de abril 1o. de 1980 que dice:

"En el negocio de ganadería cuyo objeto sea la enajenación de semovientes, serán deducibles los gastos y expensas efectuados durante el año que excedan la diferencia entre el valor del inventario final y el inventario inicial, o la diferencia entre el inventario final y el costo de adquisición si el ganado fue adquirido durante el año, siempre y cuando el contribuyente cumpla con las exigencias legales".

SE CONSIDERA:

Es evidente que el artículo 14 de la Ley 20 de 1979 no incluye entre actividades ganaderas, la que tenga por objeto la compra y venta de semovientes, es decir, la intermediación, que se rige por el régimen común de tributación, y que por lo tanto no esta comprendida en la definición del artículo 20 de la Ley 20 de 1979 relativa a la actividad ganadera; es obvio, por lo demás, que si es ganadera la de quien es criadero o cebador o se dedica al levante, para finalmente vender las especies ganaderas, por lo cual la venta es la fase final.

De la comparación de los textos cuya nulidad se pide con los de la Ley 20 de 1979 a la cual dice reglamentar surge la contradicción como se anotó por la Sala al resolver el recurso de suplica del auto que negó la suspensión provisional.

El Consejero que redacta esta ponencia, desea hacer constar que su pronunciamiento negativo a la declaración de suspensión provisional, se debió a que consideró que la norma del reglamento hacia referencia a la actividad del intermediario en la venta de ganado, pero acoge la tesis mayoritaria de la Sala ya que la Ley 20 de 1979 se refiere a la actividad ganadera y no a otras actividades económicas que se rigen por el sistema tributario ordinario.

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. Anúlase la frase que expresa: "QUE EXCEDAN LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DEL INVENTARIO FINAL Y EL INVENTARIO INICIAL O LA DIFERENCIA ENTRE EL INVENTARIO FINAL Y EL COSTO DE ADQUISICION SI EL GANADO FUE ADQUIRIDO DURANTE EL AÑO" del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 727 de 26 de mayo de 1980;

2o. Se anula la frase; "QUE EXCEDAN LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DEL INVENTARIO FINAL Y EL INVENTARIO INICIAL, O LA DIFERENCIA ENTRE EL INVENTARIO FINAL Y EL COSTO DE ADQUISICION SI EL GANADO FUE ADQUIRIDO DURANTE EL AÑO" del inciso 1o. del artículo 2o. de la Resolución 134 de 1o. de abril de 1980, expedida por el Ministerio de Agricultura.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SOCIEDADES MERCANTILES.— INSPECCION Y VIGILANCIA (Artículo 267 del Código de Comercio, artículo 120 numeral 15 Constitución Nacional).

1. Facultad del Presidente de la República para inspeccionar todas las sociedades mercantiles. 2. El Presidente de la República no tiene discresionalidad ninguna, para controlar las sociedades mercantiles, porque las normas sobre esta inspección y vigilancia las debe dictar el legislador. 3. El Superintendente de Sociedades, puede por ministerio de la ley ejercer el control y vigilancia sobre todas las sociedades mercantiles no previstas en la ley cuando así lo determine el Presidente de la República. 4. Naturaleza de los Decretos que expide el Presidente en relación con las facultades mencionadas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto vienticuatro (24) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 9451.
Actor: **Carlos Julio Ramírez Duque.** Nulidad del Decreto administrativo No. 2059 de 1981 del Presidente de la República. Autoridades Nacionales.

El ciudadano abogado Carlos Julio Ramírez Duque en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo formuló demanda ante esta Corporación para obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 2059 de agosto 6 de 1981 por el cual se dispuso someter a algunas compañías mercantiles a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Sociedades.

El actor estima que el Gobierno en ese acto administrativo violó de manera directa los artículos 2o., 12., 55, 76 (numerales 15) de la Constitución Nacional.

Como concepto de violación expresó:

1.— *Violación de los artículos 12 y 120 (numeral 15) de la Constitución Nacional:*

"1.1. El artículo 12 de la Constitución Nacional establece que: "La capacidad, el reconocimiento y en general el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la ley colombiana".

"Atendiendo este claro principio constitucional, el artículo 120 (numeral 15) de la Carta fundamental, determinó: 'Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado y *suprema autoridad administrativa*... ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, *conforme a las leyes*'. (He subrayado).

"La expresión final "Conforme a las leyes", se explica por dos razones fundamentales: a) Por cuanto la materia sobre la cual el ejecutivo debe desarrollar sus facultades de inspección es —al tenor del artículo 12 ya citado— competencia constitucional propia del legislador; y b) Por la naturaleza administrativa de la función de inspección que el artículo 120 (numeral 15) otorga al ejecutivo, que supone siempre pleno sometimiento e inferioridad jerárquica frente a la ley pre-existente.

"En relación con la facultad constitucional establecida en el artículo 120 (numeral 15), la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

"' "La atribución que el ordinal 15 del artículo 120 de la Carta Política da al Presidente de la República para ejercer la inspección necesaria sobre los demas establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, se ejercen 'conforme a las leyes', según dispone la carta final de la misma disposición.

"Corresponde, pues, al legislador, señalar los mecanismos y procedimientos apropiados para dicha tarea". (He subrayado).

"Ahora bien, ¿cuáles serían los mecanismos y procedimientos apropiados para dicha tarea? O, lo que es lo mismo, ¿cuáles serían las materias de competencia del legislador, el cuanto a inspección, sobre las sociedades mercantiles a que se refiere?

"Al respecto me permito transcribir apartes de la sentencia proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia el día 5 de octubre de 1939 y que a mi juicio sintetiza las materias genéricas propias de la competencia del legislador:

" "..... las relaciones jurídicas que originan el derecho privado contractual, la institución de la propiedad, las acciones civiles para ejercitar los derechos en juicio, el derecho de castigar y las formas de proceder, no pueden ser objeto del resorte administrativo, sino competencia privativa de la Ley."

"Al respecto habría que agregar que lo relativo a la capacidad, reconocimiento y en general al régimen de las sociedades, tampoco puede ser del resorte administrativo, como es facultad reservada por la Carta Fundamental al Legislador.

"En ese orden de ideas, la competencia del legislador en punto al régimen de inspección y vigilancia de las sociedades mercantiles, abarca, cuando menos, las siguientes materias específicas:

"a) Señalamiento de las facultades propias del ejecutivo para adelantar un adecuado control de las sociedades mercantiles.

"b) Determinación del procedimiento punitivo especial que deba ser observado por el ejecutivo para la imposición de sanciones por violación de la ley o de los reglamentos que rigen el funcionamiento de las sociedades mercantiles y, obviamente, determinación de la naturaleza y extensión de las sanciones.

"c) Determinación de los sujetos sometidos a la inspección gubernamental y de los demás aspectos referentes a la capacidad, reconocimiento y régimen general de las sociedades.

"Sobre este último literal deseo detener un poco el examen de los Honorables Consejeros: el sometimiento de una sociedad comercial al control gubernamental, es un hecho de superlativa importancia para la sociedad. Con ello se altera el procedimiento para su constitución, la eficacia misma de su funcionamiento está condicionada al denominado permiso de funcionamiento y el desarrollo de los negocios sociales al igual que el propio funcionamiento de la empresa se altera significativamente cuando se encuentra de por medio la inspección ejercida por la Superintendencia de Sociedades.

"Igualmente, con el sometimiento al control gubernamental, se altera el régimen probatorio en materia fiscal y el mismo régimen impositivo de la sociedad se ve acrecentado con la obligatoriedad de cancelar a la Superintendencia de Sociedades las cuotas de sostenimiento, a más del aumento de los costos que implica la remisión de información y el cumplimiento de exigencias impuestas a diario por el ejecutivo.

"1.2. La facultad del artículo 120 (numeral 15) es una simple potestad administrativa de vigilancia que debe ser ejercida por el Presidente de la República dentro del más estricto respeto por los marcos que sobre el particular determine la ley, no solo por el mandato constitucional según el cual el régimen de las sociedades es competencia propia del Legislador sino también porque la naturaleza meramente administrativa de los reglamentos dictados en ejercicio de las facultades consagradas en el artículo 120 (numeral 15) y el sometimiento expreso que a la ley le impuso el mismo texto constitucional, así lo indican.

"1.3. Tenemos entonces que con base en las facultades administrativas consagradas en el artículo 120 (numeral 15) de la Constitución Nacional, el Presidente de la República no está capacitado para señalar, entre otras cosas, el tipo de sociedades sometidas al control gubernamental, pues esta es una materia que es objeto de regulación legal.

"Sin embargo, a través de la norma administrativa demandada, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades consagradas en el artículo 120 (numeral 15) de la Carta Fundamental, invadió la órbita de las facultades legislativas y a la vez desbordó la órbita de sus propias competencias, pues entró a señalar los sujetos sometidos al régimen de inspección gubernamental.

"La contradicción de la norma acusada con los artículos 12 y 120 (numeral 15) es evidente, como evidente es también el vicio de nulidad por violación directa de la Ley, que tal reglamento comporta.

"1.4. Y no valdría alegar contra esto, el hecho de que el artículo 267 del Código de Comercio, haya preceptuado que "El Superintendente de Sociedades ejercerá... la inspección y vigilancia sobre... d) las sociedades mercantiles no comprendidas en los literales anteriores, cuando así lo determine el Presidente de la República en ejercicio de su facultad de inspección y vigilancia sobre dichas sociedades", *pues esta norma no consagra una nueva facultad legal del Presidente de la República*, ya que simplemente se limita con evidente falta de técnica legislativa— a recordar la facultad constitucional conferida al Presidente de la República por el artículo 120 (numeral 15) de la Carta Política.

Facultad de inspección que por derivar directamente de la Constitución Nacional, encuentra su extensión y alcance en la Constitución misma, en sus artículos y en la interpretación orgánica que se efectúe de sus principios y no en la voluntad del legislador el cual está impedido para dar facultades constitucionales a través de leyes.

"Y reafirmo el hecho de que el artículo 267 del Código de Comercio (literal d), se limitó a recordar la facultad consagrada en el artículo 120 (numeral 15) constitucional,

pues además, el Congreso de la República no podía, ni puede, delegar indefinidamente en el Presidente de la República sus facultades constitucionales.

"De haber facultado el Congreso al Presidente de la República —a través del artículo 267 del Código de Comercio— para señalar los sujetos sometidos a inspección gubernamental, el legislador hubiera transgredido la Constitución Nacional, y, de seguro, el artículo 267 del Código de Comercio, hubiera sido declarado inexequible por la Honorable —Corte Suprema de Justicia, con ocasión del exámen constitucional que sobre esa norma realizó a través de sentencia del día 11 de septiembre de 1975.

"Pero ello no fue así ya que, se repite, el artículo 267 del Código de Comercio se limitó a referir la facultad constitucional consagrada en el artículo 120 (numeral 15) y a condicionar la posibilidad de que el Presidente de la República señalara otras sociedades sometidas a inspección, a los alcances de dicha facultad constitucional, con evidente falta de técnica legislativa, pues es obvio que tal señalamiento es de competencia propia del legislador.

"2.— *Violación del artículo 76 (numerales 1 y 2) de la Constitución Nacional:*

"2.1. Al tenor del artículo 76 (numerales 1 y 2) de la Carta Fundamental, corresponde al Congreso de la República "hacer las leyes" y "por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones: 1) Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes; 2) Expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones.

"No se somete a duda el hecho de que solamente el Congreso de la República (excepcionalmente el Presidente de la República) puede derogar y reformar los códigos y leyes.

"2.2. La función ejecutiva de inspección sobre las sociedades mercantiles emana directamente de la Constitución Nacional como facultad de carácter puramente administrativo. La calificación genérica que a todas las atribuciones presidenciales consagradas en el artículo 120 (numeral 15) de la Constitución, les da el propio encabezamiento de este artículo, así lo indica: "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado y *Suprema Autoridad Administrativa*"....

"Si la naturaleza de la función es estrictamente administrativa, la naturaleza de los actos de ella emanados, debe, igualmente, ser administrativa.

"Todo ello se ratifica con el control mismo que sobre la legalidad de los decretos Presidenciales emanados de la facultad constitucional del artículo 120 (numeral 15), ejerce el Consejo de Estado como máxima autoridad judicial de lo contencioso administrativo.

"La naturaleza puramente administrativa de los decretos del Presidente dictados en ejercicio de sus atribuciones conferidas por el artículo 120 (numeral 15), determina que tales normas carezcan de fuerza legislativa y están, en consecuencia, subordinadas a las leyes preexistentes sin poder derogarlas ni modificarlas.

"2.3. Pues bien, con la expedición del Decreto 2059 de 1981, cuya nulidad respetuosamente se solicita, se generó una verdadera modificación y reforma de leyes y códigos preexistentes, por parte de un acto administrativo emanado del ejecutivo, el cual, consecuencialmente acusa grave vicio de nulidad por violación directa de la Constitución Nacional.

Veamos: El Decreto Ley 410 de 1971, el Decreto Ley 1171 de 1980 y la Ley 44 de 1981, en conjunto determinaron un *régimen legal* especial para las sociedades mercantiles objeto de inspección gubernamental y en el punto particular de los sujetos sometidos al control, establecieron que estarían bajo inspección las siguientes sociedades comerciales:

"a) Sobre todas las sucursales de sociedades extranjeras que no estén sometidas al control de la Superintendencia Bancaria.

"b) Sobre todas aquellas sociedades, cualquiera que sea su forma, en las que una o varias de las compañías sometidas a su vigilancia tengan el 20% o más de su capital social.

"c) Sobre cualquier compañía mercantil cuando lo solicite un número plural de asociados que posea el 20% o más de su capital social.

"d) Sobre las sociedades en comandita por acciones cuyas partes alicuotas del capital se negocien en bolsas de valores.

"e) Sobre todas las sociedades comerciales no sometidas al control de la Superintendencia Bancaria cuyos valores se encuentran inscritos en bolsas de valores.

"Ahora, con la expedición del reglamento acusado, el régimen de inspección en cuanto a sociedades mercantiles que deben quedar vigiladas se refiere materia que a voces de los artículo 12 y 120 (numeral 15) de la Constitución Nacional es de competencia exclusiva del Legislador— quedó modificado en la siguiente manera:

"a) Sobre todas aquellas sociedades comerciales, cualquiera que sea su forma, cuyos activos totales a 31 de diciembre de 1980 y siguientes, fueren iguales o superiores a la suma de ciento cincuenta millones de pesos ($ 150.000.000) o que en ejercicios posteriores lleguen a tener tales activos.

"b) Sobre todas las sociedades comerciales en cuyo objeto se contemple como actividad principal la realización de operaciones de compra de cartera o "Factoring", o arrendamiento financiero "Leasing".

"c) Sobre las sociedades de comercialización internacional inscritas como tales ante la Junta de Comercializadoras.

"d) Sobre las sociedades comerciales en cuyo objeto se contemple como actividad principal la prestación de servicios de transporte aéreo de personas, correo o carga.

"e) Sobre las sociedades en comandita por acciones que tengan en circulación acciones al portador.

"f) Sobre las sociedades comerciales calificadas por el Ministerio de Desarrollo Económico como parques industriales.

"g) Sobre las sociedades comerciales en cuyo capital participen, a partir de la fecha del decreto, personas naturales extranjeras que no hayan obtenido la calificación de inversionistas nacionales de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 1161 de 1979.

"h) Sobre las sociedades comerciales en cuyo capital participen personas jurídicas extranjeras.

"Como se ve, la modificación y reforma de leyes y códigos preexistentes por parte del Presidente de la República (como autoridad administrativa) a través de simples actos de carácter administrativo (sin fuerza legal), es evidente, con lo cual se infiere la violación directa del artículo 76 (numerales 1 y 2) de la Carta Política.

3. *Violación al principio constitucional de la separación funcional de las ramas del poder público y su colaboración armónica, (artículos 2 y 55 de la Constitución Nacional):*

"La discusión, Honorables Consejeros, se remonta a los principios constitucionales mismos. En efecto, lo que está en juego es el cabal cumplimiento del principio de separación funcional entre las ramas del poder público y su armónica colaboración, estipulado en los artículos 2 y 55 de la Carta Fundamental y desarrollado en el artículo 76 de la Constitución Nacional que le atribuye al Congreso la función de hacer las leyes y en el artículo 120 (numeral 15) de la misma norma que atribuye al Presidente de la República diversas funciones administrativas, tendientes, de una parte, a asegurar el debido cumplimiento de las leyes y, de otra, a desarrollar *conforme a la leyes, ciertas y determinadas funciones constitucionales que apuntan a la buena marcha del régimen legal.*

"Tenemos entonces que al Congreso corresponde por principio legislar, hacer, modificar, reformar y derogar las leyes y al Presidente le corresponden funciones administrativas a través de las cuales no le es posible modificar la ley preexistente.

"Así lo sintetiza claramente nuestro Honorable Consejo de Estado:

" "Las ramas legislativa y administrativa del poder público tienen funciones reparadas y armónicas. En consecuencia, no puede existir, en el ejercicio de las mismas, la posibilidad lógico-jurídica de que existan entre ellas competencias idénticas o contrapuestas, sino complementarias, sobre la base de que la Constitución constituye un conjunto coherente y unitario como preveen los artículos 2 y 55 de la Carta, y como sucede por ejemplo con la ley y el decreto que la reglamenta". (He subrayado).

"Lo que el Honorable Consejo de Estado denomina imposibilidad Lógico-Jurídica, es realidad gracias al proceder ilegal del ejecutivo que dicta reglamentos administrativos para regular, sin facultades, aspectos de competencia legislativa que, además, ya estaban regulados —de manera coherente— por el Congreso, introduciendo (además del quebrantamiento del orden jurídico) modificaciones que han generado confusión y caos en el régimen de las sociedades mercantiles.

Tramitado el negocio sin que se observe irregularidad alguna generadora de nulidad, se oyó el concepto del señor Fiscal 3o. del Consejo de Estado quien en estudio escueto pero preciso considera que es el caso de despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda.

Dijo así el señor Fiscal:

Por el fundamento de la misma a ella no puede acusársela de ser contraria a las facultades otorgadas por el constituyente a el legislador (artículo 120 ordinal 14 y 15 de la Constitución y artículo 267 numeral 1o. ordinal d) del Código de Comercio.

"Por el ámbito personal de validez jurídico de la norma el decreto se refiere a diversos tipos de sociedades comerciales, cualquiera sea su forma, que deben ser inspeccionadas y vigiladas por el Superintendente de Sociedades en estos entran: Sociedades cuyos activos totales en 31 de diciembre de 1980 sean iguales o superen a

ciento cincuenta millones de pesos ($ 150.000.000.oo), sociedades cuyo objeto sea la compra de cartera ("factoring"); sociedades cuyo objeto sea la realización de operaciones de arrendamiento ("leasing"); sociedades comerciales en cuyo objeto se contemple como actividad principal la prestación de servicios de transporte aéreo de personas, correo o carga; sociedades en comandita por acciones que tengan en circulación acciones al portador; sociedades comerciales calificadas por el Ministerio de Desarrollo Económico como parques industriales; sociedades en cuyo capital participen, a partir de la fecha del presente decreto, personas naturales extranjeras que no hayan obtenido la calificación de inversionistas nacionales de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 1161 de 1979.— En este caso la inspección y vigilancia cesará en el evento de que los socios extranjeros obtengan la calificación de inversionistas nacionales y sociedades comerciales en cuyo capital participen personas jurídicas extranjeras.

"El decreto no establece ningún método de inspección y vigilancia y por ello no contraría la voluntad del constituyente de que sea el legislador quien establezca el modo como se ejerce la inspección y vigilancia y por ello guarda armonía con lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia traída por el actor en el sentido de que las relaciones contractuales que provoquen tales sociedades, las acciones que ellas ejercen para defender sus derechos, su libertad para actuar en el campo del derecho privado, y el procedimiento que a ellas corresponde no los toca el decreto y la intervención administrativa sino que siguen siendo del resorte de la ley.—Tampoco la capacidad, el reconocimiento y en general el régimen de sociedades y demás personas jurídicas los ha tocado el decreto demandado y por lo mismo no tiene fundamento jurídico el cargo de violación del artículo 12 de la Constitución Nacional.

"LAS FACULTADES DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO DE COMERCIO.—

"El legislador en el artículo 267, ordinal 12 del Código de Comercio señaló una facultad al Presidente de la República y como lo dice el actor no hizo otra cosa que reiterar la competencia constitucional que al Presidente le corresponde para inspeccionar todas las sociedades mercantiles.

Del análisis del artículo 120 ordinal 15 Constitución Nacional y del artículo 267 ordinal d) del Código de Comercio resultan estas conclusiones:

"1) Que el Presidente de la República tiene competencia general para inspeccionar y vigilar todas las sociedades mercantiles (nótese que el ordinal 15 del artículo 120 afirma que: "Los demás establecimientos de crédito *y las sociedades mercantiles* (se subraya). Qué quiso decir el constituyente con la expresión ¿conforme a las leyes?.— Esta expresión conforme a las leyes no puede tener otro sentido que el de método, conformidad, calidad, característica del control, es decir, que para controlar las sociedades mercantiles el Presidente de la República no tiene discresionalidad ninguna porque las normas sobre esta inspección y vigilancia las debe dictar el legislador, como efectivamente lo hizo, a través del título II artículo 266 y siguientes del Código de Comercio que señala la materia "De la inspección y vigilancia de las sociedades". Este título señaló que la inspección y vigilancia de las sociedades la podría hacer el Presidente a través de una Superintendencia de Sociedades y señaló a ésta qué sociedades podía vigilar en defecto del Presidente pero siempre por su intermedio (artículo 266 Código de Comercio): mantuvo en el ordinal d) del artículo 267 del Código de Comercio la facultad presidencial de inspección y vigilancia sobre todas las sociedades mercantiles al afirmar en el ordinal precitado "d) sobre las sociedades mercantiles no comprendidas en los literales anteriores cuando así lo determine el Presidente de la República". Esto quiere decir que el Superintendente de Sociedades puede por ministerio de la ley ejercer el control y vigilancia sobre todas las sociedades mercantiles no previstas en la ley cuando así lo determine el Presidente de la República como lo hizo por el decreto

acusado pero para que se cumpla esta hipótesis el Presidente, quien tiene facultad constitucional de vigilarlas a todas, deberá delegarle o señalarle las demás sociedades no previstas para vigilancia en virtud de que el Superintendente de Sociedades de acuerdo con el artículo 266 del Código de Comercio es el medio organismo o instrumento mediante el cual compete al Presidente de la República vigilar e inspeccionar todas las sociedades mercantiles.

Y no se diga que la expresión "conforme a las leyes quiere decir señalamiento de sociedades mercantiles o sujetos aptos de control por parte del Presidente de la República. No. Puesto que si ello hubiera querido el constituyente habría tenido que suprimir el adverbio *"demás"* puesto que entonces la expresión conforme a las leyes sería comprensiva de sujetos aptos de control y de métodos de control.

"Por ello cualquier limitación que el legislador hiciese sobre la universalidad de sujetos o sociedades mercantiles aptas de control, por el Presidente de la República sería inconstitucional porque esta es materia reservada por el constituyente a la competencia del Presidente de la República. Por ello no son de recibo las argumentaciones del actor sobre la inconstitucionalidad del decreto que atribuyó a la Superintendencia de Sociedades la vigilancia y control de nuevos tipos de sociedades mercantiles. Sobre el aspecto material de la competencia asignada por la Constitución y reiterada por el Código de Comercio en el ordinal d) del artículo 267, mucho se teme al Ministerio Público que tenga pura naturaleza administrativa y no legislativa no sólo porque así lo quisieron el constituyente y el legislador sino porque señalar sujetos de control no pertenece a la generalidad de la ley sino al particularismo del decreto administrativo. Todo ello nos lleva a discrepar del actor en su cargo de violación a los artículos 76, 2 y 55 de la Carta porque al Presidente de la República mediante del decreto no hizo ninguna modificación de leyes ni de códigos preexistentes; el Presidente se ciñó estrictamente al ordinal 5 del artículo 120 de la Constitución; al ordinal d) del artículo 267 del Código de Comercio y a la imperiosa obligación que emerge del ejercicio de su suprema autoridad administrativa que le imponía como afirma indudablemente el ordinal 15 tantas veces traído la *"necesidad"* (se subraya), de vigilar las sociedades mercantiles que estaban sustraídas del control administrativo, necesario para proteger el interés general".

La Sala comparte integralmente el criterio de la Fiscalía y sólo resta anotar que el literal d) del artículo 267 del Código de Comercio a que hace referencia la Fiscalía, por virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 1171 de 1980 quedó como literal f) de la misma norma y en ella está claramente establecida la competencia por parte del Presidente de la República en ejercicio de su facultad de inspección, para someter a la inspección y vigilancia de la superintendencia a sociedades distintas de las contempladas en los literales a), b), c) y d) de ese artículo.

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 de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

Deniéganse 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 24 de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

TESORO NACIONAL.— CONDENA.— Si no se puede demandar a un organismo público carente de personería jurídica, mucho menos es posible condenar al Tesoro Nacional, que no es sino parte del Tesoro Público, el cual es, como lo define el artículo 1o. de la Ley 78 de 1981, "el dinero que, a cualquier título ingrese a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales".

EMBARAZO.— Cuando únicamente se violan las disposiciones que protegen la maternidad mediante el retiro ilegal de una empleada del cargo que desempeña, no procede la orden de reintegro al servicio, sino la condena al pago de las prestaciones e indemnizaciones a que se refieren los artículos 21 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y 41 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.— Bogotá, D.E., once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 7863.
Decretos del Gobierno.
Actora: **Carmen Rosa Rodríguez de Tovar.**

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, por conducto de apoderado, la señora Carmen Rosa Rodríguez de Tovar solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1o.) Que es nulo el Decreto No. 1759 de junio 17 de 1982, originario del Ministerio de Educación Nacional, firmado por el Presidente de la República y Ministro de Educación, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Carmen Rosa Rodríguez de Tovar en el cargo de profesional especializado 3010-09 (Jefe de la Oficina Seccional de Escalafón de la Intendencia de Arauca).

"2o.) Que el Ministerio de Educación Nacional debe establecer o incorporar en el referido cargo de Profesional Especializado 3010-09 (Jefe de la Oficina Seccional de Escalafón de la Intendencia de Arauca), o en otro igual o superior categoría, a la señora CARMEN ROSA RODRIGUEZ DE TOVAR.

"3o.) Que el Tesoro Nacional, presupuesto del Ministerio de Educación Nacional debe reconocer y pagar a la actora, CARMEN ROSA RODRIGUEZ DE TOVAR todos los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y prestaciones en general dejados de devengar en el empleo que se menciona desde el 11 de agosto de 1982 hasta el momento que sea incorporada definitivamente al servicio conforme la declaración consignada en el ordinal anterior.

"4o.) Que para efecto del reconocimiento de prestaciones, sueldos, primas, bonificaciones etc. de la señora CARMEN ROSA RODRIGUEZ DE TOVAR, no hubo interrupciones en el tiempo de servicio en el cargo antes mencionado.

"5o.) En subsidio de las peticiones anteriores que se declare que el Tesoro Nacional, presupuesto del Ministerio de Educación Nacional debe reconocer y pagar a la actora CARMEN ROSA RODRIGUEZ DE TOVAR una indemnización equivalente al salario de sesenta días que se liquidará con base en el último salario devengado por la empleada.

"6o.) Que el Ministerio de Educación debe dar cumplimiento al fallo dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo." (folios 12 y 13).

Los hechos en que se fundamenta la demanda, las disposiciones que la actora considera infringidas y el concepto de la violación están consignados del folio 13 al 16 del expediente.

En el concepto que aparece a folios 26 y 27 del expediente, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado se expresó en los siguientes términos:

"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 persona jurídica alguna, sino una dependencia nacional, departamental o municipal (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, secretarías departamentales o municipales, juzgados, tribunales, senado de la república, cámara de representantes, 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 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 podía 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 esta a la que había que demandar en rigor jurídico*" (expediente 10.999, tomo 3o. de 1983, página 144, subrayas de la Fiscalía).

"Más recientemente, en providencia de la Sección Segunda, se reiteró el criterio, o sea decir, que no es correcto dirigir la acción contra un "organismo" del Estado carente de personería jurídica (proceso 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 Educación Nacional, 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 procesales, se entra a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Según concepto del señor Fiscal Cuarto procede en este caso un pronunciamiento inhibitorio en razón de que se dirigió la demanda contra el Ministerio de Educación Nacional, organismo carente de personería jurídica.

Observa la Sala que no se demandó propiamente al Ministerio de Educación Nacional, pero que la actora pide que se declare que el Tesoro Nacional debe *reconocerle* y pagarle "sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y prestaciones en general dejados de devengar en el empleo" y subsidiariamente "una indemnización equivalente al salario de sesenta días"; que serían las únicas declaraciones viables, en el caso de que el acto acusado hubiera quebrantado una norma de superior jerarquía, pues cuando

únicamente se violan las disposiciones que protegen la maternidad mediante el retiro ilegal de la empleada del cargo que desempeña, no procede la orden de reintegro al servicio, sino la condena al pago de las prestaciones e indemnizaciones los artículos 21 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y 41 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Y si no se puede demandar a un organismo público carente de personería jurídica, mucho menos es posible condenar al Tesoro Nacional, que no es sino parte del Tesoro Público, el cual es, como lo define el artículo 1o. de la Ley 78 de 1931, "el dinero que, a cualquier título ingrese a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales".

Lo dicho anteriormente es razón suficiente para hacer en este caso un pronunciamiento inhibitorio.

Por consiguiente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, parcialmente de acuerdo con el concepto de fiscal, 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 27 de julio de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

IMPUESTO DE TIMBRE.— PAGO.— OPONIBILIDAD O EFICACIA.— Solamente el pago del impuesto que le corresponda le da el valor de oponibilidad o eficacia al documento que debera llevar el impuesto de timbre pero de ninguna manera puede pensarse que por el no hecho de no aceptarlo o por encontrar equivocada su liquidación, se esté desconociendo la presunta legalidad del mismo. La Ley 2a. de 1976 no hace distinción alguna sobre los efectos que se deduzcan por razón de quien haya cumplido con la obligación de cobrar el impuesto de timbre respectivo.

Declárase la nulidad del artículo 10 del Decreto Reglamentario No. 1222 de 1976.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., septiembre siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 9731.
Actor: **Guillermo Romero García.**

Nulidad y suspensión provisional artículo 10 Decreto 1222 de 1976, del Gobierno Nacional.
Autoridades Nacionales.

El ciudadano abogado GUILLERMO ROMERO GARCIA, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 formuló demanda ante esta Corporación para obtener la nulidad del artículo 10 del Decreto Reglamentario No. 1222 de 1976.

El actor señala como normas violadas con dicho artículo el artículo 25 de la Ley 2a. de 1976 que pretende reglamentar; el artículo 38 numeral 1o.; el artículo 42; el artículo 48 y el 66 todos de la Ley 2a. de 1976; el artículo 20 de la Constitución Nacional y los artículos 120 numeral 3, 2, 16 y 55 de la misma Carta.

Como concepto de violación expresó:

a).— *Violación del artículo 25 de la Ley 2a. de 1976.*— El precepto legal que paradójicamente pretendió reglamentar, resultó violado por el acto acusado, en cuanto éste estableció una limitación no prevista por el precepto reglamentado, cuyo texto reza:

"Ningún instrumento o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido como prueba mientras no se pague el impuesto, de acuerdo con el artículo 18, y las sanciones y los intereses, en su caso".

"El artículo 14 de la Ley 2a. de 1976 dispone que la constitución, existencia, modificación o extinción de obligaciones, su prórroga o cesión, causan impuesto de timbre a razón de $ 0.30 por cada cien pesos de cuantía y como excepción al precepto general estableció las tarifas específicas aplicables a determinados actos e instrumentos que aparecen enumerados taxativamente en los cuarenta y tres numerales de dicho artículo. Por su parte, el artículo 42 de la misma ley señala que cuando el impuesto de timbre no se paga dentro de los términos señalados por el artículo 15 ibídem, se causa además del impuesto un recargo del ciento por ciento sobre el valor de aquél.

"¿Cómo entonces podría un juez, por ejemplo, abstenerse de verificar sobre documento aducido en juicio, si el impuesto de timbre fue cubierto con base en la tarifa legal en la oportunidad prevista por el artículo 15 antes citado o si precluía tal oportunidad se pagó el recargo del ciento por ciento o el interés del tres por ciento, por mes o fracción, en los eventos que contempla el artículo 43 de la Ley 2a. de 1976?...

"¿Cómo puede serle lícito a un juez, ignorando lo preceptuado por la ley reglamentada, cuando establece como es frecuentísimo, que ni las estampillas de timbre adheridas al documento sujeto de imposición, ni las máquinas registradoras de uso autorizado acatan la tarifa legal, cómo puede olvidarse —repito— del requisito fiscal desatendido, porque la norma reglamentaria, contradiciendo la reglamentada, le dice que no está obligado a verificar si el impuesto se pagó a la tarifa correcta?...

"Entre el artículo 25 de la Ley 2a. de 1976 y el precepto enjuiciado media evidente contradicción que solamente puede resolverse por la anulación de éste. Cuando el artículo 24 antes citado, enseña que ningún instrumento sujeto al impuesto de timbre, sin haberlo pagado a la tarifa legal, puede ser admitido como prueba, *es clarísimo que*

se refiere a los jueces, porque los demás funcionarios oficiales, es decir los administrativos, no ejercen jurisdicción ni tienen facultad pra determinar la suficiencia probatoria de ningún instrumento, pudiendo afirmarse otro tanto de los funcionarios que conforman la Rama Legislativa. Tenemos pues que en la disposición reglamentada, el legislador se refirió, inequívocamente y en primer lugar a la los jueces cuando empleó la denominación "funcionarios oficiales". Pero el artículo reglamentario, demandado, contradiciendo el reglamento dispuso alegremente, que los jueces y demás funcionarios "no estan obligados a verificar la exactitud del pago del impuesto". Este es flagrante caso de contradicción de la disposición legal, por parte del reglamento ejecutivo.

"b).— *Violación del artículo 38.1 de la Ley 2a. de 1976.* Esta disposición legal, también resultó violada por el acto acusado, contradicha por dicho acto. Releyendo el numeral 1 se concluye que un juez que autorice, expida, registre o tramite acto o instrumento sometido al impuesto de timbre, es solidariamente responsable con el contribuyente, por el valor del impuesto. ¿Cómo podría hacerse efectiva esa responsabilidad solidaria —cabe preguntar— respecto de un juez que por virtud del absurdo reglamento enjuiciado, "no está obligado a verificar la exactitud del pago del impuesto?

"c).— *Violación del artículo 42 de la Ley 2a. de 1976.*— El inciso 2 de esta disposición enseña que no se tendrá en cuenta, dentro de actuación oficial, el instrumento que no haya satisfecho el recargo del ciento por ciento sobre el impuesto de timbre que no cubrió en la oportunidad señalada por el artículo 15 de la Ley. También esta disposición aparece violada por el acto acusado, pues éste al decir que el juez "no está obligado a verificar la exactitud del pago del impuesto", impide que pueda aplicar el recargo consagrado, sin haber sido cobrado por la Administración de Impuestos, como a menudo acontece.

"d).— *Violación del artículo 48 de la Ley 2a. de 1976.*— Reza esta disposición que los funcionarios oficiales (entre quienes hay— que considerar incluidos a los jueces), que admitan documentos sujetos al impuesto de timbre, sin que este haya sido cubierto en la oportunidad y cuantía previstas por la ley, incurren por cada vez en multa de ochocientos pesos aplicada por los auditores o liquidadores de la Dirección de Impuestos Nacionales. Es claro que esta norma legal también resulta violada por el acto acusado que, so pretexto de reglamentarla, la modifica injurídicamente. No es posible que el juez que —atenido al artículo enjuiciado—, admite documento que no satisfaga el impuesto a la tarifa legal y piensa que no está obligado a verificar si se acató dicha tarifa, venga no obstante a verse sancionado con multa de $ 800.—, por atenerse al peregrino texto del acto acusado. La contradicción entre la disposición reglamentada y el reglamento impugnado solo puede salvarse —repito—, prefiriendo aquella.

"e).— *Violación del artículo 66 de la Ley 2a. de 1976.*— Este artículo dispuso que el funcionario oficial (vale decir un juez), que admita documento sujeto al pluricitado impuesto y encuentre que éste fue pagado "en forma irregular o deficiente", debe remitirlo a los auditores de la Administración de Impuestos Nacionales, con pormenorizado informe, para que se haga la liquidación correcta y se impongan las sanciones del caso. ¿Cómo puede un juez, determinar si el timbre se pagó en forma irregular o deficiente, si se atiene al alegre tenor del acto acusado que dice que no está obligado a verificar lo que la norma reglamentada le ordena verificar?

"Al comienzo de esta demanda afirmo y lo repito aquí, que el precepto enjuiciado puede convertirse en peligroso factor de evasión fiscal, como en repetidos casos lo hemos visto los litigantes. Releyendo la Ley 2a., violada so capa de ser reglamentada, se infiere que la Dirección de Impuestos puede autorizar a particulares del uso y adquisi-

ción de máquinas registradoras para el pago del impuesto, de timbre (artículo 19); que la anulación de estampillas adheridas en pago del impuesto, puede hacerse por particulares (artículo 22); que los bancos, los almacenes de depósito y las entidades emisoras de títulos, son agentes retenedores de impuesto de timbre (artículo 39). Es claro que para efectos del impuesto de timbre, los particulares que menciona la Ley 2a., como liquidadores o retenedores del gravámen, deben tenerse como delegatarios de la Administración de Impuestos y consecuencialmente como obligados a cumplir las obligaciones impuestas a la Delegante, por la Ley 2a. de 1976. De suerte que lo dicho por el acto acusado, en la parte que menciona a la Administración de Impuestos Nacionales, debe entenderse estatuído respecto de los particulares que para efectos del impuesto obran como delegatarios de la Administración de Impuestos. Así las cosas, encontramos por una parte, que los mismos funcionarios de la Administración de Impuestos, a quienes compete liquidar y cobrar el timbre, distan muy a menudo, por obvias razones, del celo y exactitud que debieran informar su gestión y cobrar menos de la tarifa legal, especialmente cuando el monto del impuesto alcanza sumas de consideración. ¿Si esta ocurrencia se registra con deplorable frecuencia en Bogotá y las capitales de departamento, qué no acontecerá en las pequeñas poblaciones, en las recaudaciones de los villorrios, manejadas generalmente por funcionarios de mínima capacitación? ¿Y qué decir de los particulares que obrando como delegatarios de la Administración de Impuestos, liquiden y paguen el impuesto de timbre a su cargo, como los generosísimos bancos, de cuya vigilancia por el Estado hemos venido recibiendo tan lamentables pruebas de ineficacia, en los últimos meses? En razón de todas estas evidentísimas circunstancias, me permito reiterar que el acto acusado deviene en favor de evasión fiscal, en la medida en que a contrapelo de disposiciones legales, exonera absurdamente a funcionarios y jueces de precisar la exactitud y oportunidad de pago del impuesto de timbre, en aquellos documentos que les son aducidos como pruebas.

"f).— *Violación del artículo 120 de la Constitución.*— El acto acusado es claramente violatorio de este precepto fundamental, porque al expedirlo, el Ejecutivo ignoró el principio de que todos los funcionarios públicos son responsables "por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas", pretendiendo establecer, para efectos del impuesto del timbre, una distinción arbitraria entre los funcionarios que están obligados a velar por el pago del impuesto y aquellos otros, como los jueces, que no están obligados a precisar si el pago fue oportuno y exacto, cuando en el documento hallan cualquier sello o rastro indicativo de que pasó por la Administración de Impuestos, recaudación o persona delegataria. Semejante distinción viciosa, pugna por una parte con el principio de la generalidad de la ley, aplicable a todos pero señaladamente a los funcionarios, pugna con diversos preceptos de la ley que supuestamente se orientó a reglamentar y finalmente viola el artículo 20 de la Carta.

"g).— *Violación del artículo 120.3 de la Carta.*— El acto acusado es igualmente violatorio del principio constitucional orgánico de la potestad reglamentaria de las leyes, porque en vez de reglamentar la Ley 2a. de 1976, resultó violándola en cinco de sus disposiciones —como se deja expuesto y demostrado—, al establecer por vía reglamentaria una excepción (la de aquellos funcionarios como los jueces que supuestamente no están obligados a verificar el pago del impuesto de timbre), mientras que la ley reglamentada, inequívoca y reiteradamente impuso a todos los funcionarios, sin excluir a ninguno, el deber de precisar el pago oportuno y exacto del impuesto.

"h).— *Violación de los artículos 2, 16 y 55 de la Constitución.*— Por las razones señaladas en los numerales f) y g) de este libelo, el acto acusado resulta violatorio, sucesivamente, de estos preceptos fundamentales: del artículo 2o., porque infringe el principio de que los poderes deben ejercerse con arreglo a la carta, según la cual no es de recibo que el Ejecutivo pueda por vía reglamentaria, modificar la Ley; del artículo 16 porque el ejercicio arbitrario del poder reglamentario, vulnera y torna confuso, en el

caso de estudio, el cumplimiento de un deber impuesto a los particulares y a los funcionarios estatales; del artículo 55 porque el ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, consumado por el Ejecutivo al expedir el artículo 10 del Decreto 1222 de 1976, vulnera la separación de funciones entre las ramas del Poder Público y consecuencialmente, la colaboración armónica que debe informar su gestión, para alcanzar los fines del Estado".

Como simultáneamente se solicitó la suspensión provisional del acto acusado este Despacho mediante providencia del 26 de octubre de 1982 decretó la medida cautelar solicitada.

Tramitado el negocio sin que se observe irregularidad alguna se procede a decidir previo concepto proferido por la Fiscal 6a. del Consejo de Estado quien solicita que se denieguen las súplicas de la demanda.

La Fiscalía analizó los diferentes cargos en la siguiente forma:

"a) *Violación del artículo 25 de la Ley 2a. de 1976.—*

"Con relación a este artículo el accionante infiere dos cargos de transgresión: 1o. Que el artículo acusado introdujo una limitación no prevista en el artículo 25 de la ley que reglamenta y 2o. que la norma se refirió a los jueces y demás funcionarios, cuando la ley solamente se refiere a los jueces.

"1o.— De la comparación de la norma acusada con la que se estima transgredida aparentemente surje una contradicción, pues la primera estipula que mientras no se pague el impuesto, sanciones e intereses, no podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido como prueba ningún instrumento o actuación sujeto al impuesto. Y la segunda releva al funcionario oficial de verificar la exactitud del pago cuando éste se haya cumplido ante las oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales.

"Sin embargo, del estudio detenido del artículo 25 de la Ley, encontramos que éste se remite al artículo 18 de la misma cuando expresa: "mientras no se pague el impuesto, de acuerdo con el artículo 18, y las sanciones y los intereses, en su caso".

"El artículo 18 reglamenta cómo se hace efectivo el impuesto: mediante la adherencia y anulación de estampillas de timbre nacional o la consignación en la cajas de la administración o recaudación respectiva, comprobada con la impresión de máquinas registradoras.

"Esta referencia al artículo 18 nos lleva a deducir que el funcionario oficial no está obligado por el artículo 25 a verificar la exactitud de la operación de liquidación, sino a comprobar que en el documento aparezcan adheridas y anuladas por funcionario competente estampillas de timbre nacional o el registro de la máquina impresora, o sea a verificar desde el punto de vista formal el pago del impuesto, sin entrar a revisar si éste se efectuó en la cuantía determinada por la ley, en cuyo caso se hubiera remitido la norma no al artículo 18 sino a los artículos 14, 34, y 42 de la ley.

"La Ley 2a. de 1976 no reguló el acto de liquidación ordinaria del impuesto de timbre, como si lo hizo respecto a la liquidación de aforo; por esta circunstancia y por el hecho de que el pago del impuesto debe efectuarse en el momento en que se realice el hecho gravado, conforme al artículo 15, para la liquidación del tributo no se exigen requisitos especiales diferentes a los que en la práctica se observan, o sea, la operación que el funcionario o particular efectúe a la vista del documento gravado, de la cual no queda constancia escrita auncuando sí debe quedar la comprobación del pago, en el mismo instrumento.

"La liquidación del impuesto es coetánea a su pago y su práctica, bien por los funcionarios de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja según lo normado por el artículo 95 del Decreto Ejecutivo 74 de 1978 que dispone: "Son funciones de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja ..... b) liquidar y recaudar el impuesto de timbre correspondiente a los documentos y actos para los cuales se exige dicho requisito, lo mismo que las sanciones pertinentes; o por particulares debidamente autorizados por la Dirección General de Impuestos Nacionales por permisión del artículo 19 de la ley que prescribe:

" "Corresponde a la Dirección General de Impuestos Nacionales autorizar el uso de máquinas registradoras de timbre, y su inspección y vigilancia. Se deberá obtener autorización del Director General de Impuestos Nacionales, para adquirir y mantener en funcionamiento la máquina registradora según los reglamentos".

"La ausencia de norma escrita y otras formalidades especiales, no nos permite sin embargo negar la existencia de la liquidación como acto indispensable previo al pago, acto que puede ser particular pero que adquiere el carácter de oficial cuando quien lo practica es un funcionario competente de la Dirección de Impuestos Nacionales. La liquidación así producida constituye acto administrativo de contenido particular y concreto, creador de situaciones jurídicas subjetivas, protegido como todos los de la misma naturaleza por la presunción de legalidad de los actos administrativos.

"Aún antes de la expedición del Decreto 2733 de 1959, la jurisprudencia reiteradamente reconoció la presunción de legalidad que da plena eficacia y obligatoriedad a tales actos mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, las contencioso administrativa.

"Producido un acto administrativo de liquidación del impuesto, no le es dable al funcionario oficial ante quien posteriormente se presente el documento o actuación que dio origen a la liquidación, desconocer su legalidad y firmeza, so pretexto de evitar la evasión del tributo.

"Sería notoriamente perjudicial para la seguridad jurídica de los actos de la administración y para la garantía de los derechos particulares, que se dejara la libre estimación de cualquier funcionario el juzgamiento de los actos de la administración con consecuencias tan graves como la de privar de valor probatorio un documento, cuando ni siquiera la misma administración tiene la facultad de volver sobre sus actos creadores y reconocedores de derechos particulares, sin que medie consentimiento expreso y escrito del titular, según nos enseña el artículo 24 del Decreto 2733 de 1969.

"Al disponer el artículo 10 que el funcionario no está obligado a verificar la exactitud del pago del impuesto ni de las sanciones ni intereses, expresamente hace referencia a los pagos que se hayan cumplido ante la administración de impuestos nacionales, o sea aquellos casos en los que el pago se haya efectuado en cumplimiento de una liquidación oficial.

"Por ello la precisión que hace el artículo 10 del Decreto 1222 de 1976 al reglamentar el artículo 25 de la Ley 2a. del mismo año, lejos de violar el artículo reglamentado, permite no solamente su correcta aplicación sino el entendimiento coordinado de otras disposiciones de la misma ley cuando más adelante anotaremos, deben interpretarse dentro de los lineamientos de la estructura normativa del Estado. No prospera el cargo a sentir de la Fiscalía.

"2o.— El segundo cargo de violación es inexistente en nuestra opinión, como quiera que la norma reglamentaria hace mención de los funcionarios oficiales en los mismos

términos en que lo hace la disposición de la ley y no encontramos razón para afirmar como lo hace el actor, que el artículo 25 de la Ley alude en forma absolutamente clara a los jueces, cuando el artículo 29 de la misma prescribe: "Para los fines fiscales de esta ley, entiéndese por funcionario oficial o público la persona natural que ejerza empleo en una entidad de derecho público, cuando dicha persona está vinculada a la entidad mediante una situación estatutaria o un contrato de trabajo". Ante esta expresa definición de la misma ley, no cabe argumento alguno para distinguir entre jueces y demás funcionarios oficiales, como pretende hacerlo el denunciante.

"b)— *Violación del artículo 38 de la Ley 2a. de 1976.*—

"El correcto entendimiento del artículo 25 de la Ley 2a. de 1976, en el sentido que hemos sustentado en el punto anterior, permite aplicar con equidad la responsabiliad solidaria del funcionario oficial que en alguna forma intervenga en la expedición, registro o trámite de los actos o instrumentos sometidos al impuesto.

"Si dando el artículo 25 sentido diferente, el funcionario se convirtiera en revisor de liquidaciones oficiales, tendría una responsabilidad contraria a la equidad, que ni siquiera se le ha endilgado al mismo funcionario liquidador, pues pues si éste se equivoca, podrá ser responsabilizado administrativa o penalmente pero nunca responde en forma solidaria con el contribuyente.

"Cabe pensar que esta responsabilidad solidaria con el contribuyente surge solamente en aquellos casos en los cuales no se haya verificado el pago del gravamen, o cuando la liquidación se haya practicado en forma errónea por un particular, pues en este caso la determinación del tributo no está amparada con la presunción de legalidad y debe verificarse so pena de incurrir en la solidaridad que también se predica al liquidador que obra al mismo tiempo como retenedor.

"Tampoco consideramos que prospera el cargo de violación de esta norma.

"c)— *Violación del artículo 42 de la Ley 2a. de 1976.*—

"Dispone el artículo 42 que cuando no se pague el impuesto dentro de la oportunidad señalada en el artículo 15, se pagará como sanción un recargo del 100% del valor de aquel y que dentro de la actuación oficial no se tendrá en cuenta el documento mientras no se de cumplimiento "a lo aquí dispuesto".

"El texto de esta norma, a diferencia del artículo 25, si hace referencia concreta al valor que como sanción debe pagar el contribuyente en los casos allí previstos y por ello podría considerarse desbordada por el artículo 10 del decreto reglamentario conforme lo afirma el actor. No obstante, pesa más en sentir de la Fiscalía, la interpretación armónica de la Ley 2a. de 1976 con el artículo 30 de la Constitución Nacional, las disposiciones del Decreto Ley 2733 de 1959, los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y en general, con la jurisprudencia y doctrina que enseñan el principio de la presunción de legalidad de los actos que provienen de la administración pública, pues su quebrantamiento daría paso a la arbitrariedad de la administración y a la incertidumbre jurídica de la actividad estatal y dejaría en manos diferentes al de los Tribunales de lo contencioso administrativo el pronunciamiento sobre la validez de los actos administrativos.

"Creemos por tanto que al igual que los demás artículos analizados, la norma contenida en el artículo 42 de la Ley es aplicable solo en aquellos casos en los que no aparezca constancia del pago del impuesto, o cuando existiendo ésta, el pago se haya efectuado con base en una liquidación no oficial, vale decir, practicada por personas autorizadas pero distintas a los funcionarios competentes conforme a la ley.

"En este sentido no encontramos oposición alguna del artículo acusado con la ley.

"d)— *Violación del artículo 48 de la Ley 2a. de 1976.*—

"Esta disposición prescribe sanción de multa para los funcionarios oficiales que admitan documento o instrumentos gravados sin que se haya pagado el impuesto "en la forma y por valor previstas por esta ley".

"Al igual que la disposición anteriormente analizada, la norma se refiere a la verificación del valor de lo pagado.

"Por las mismas razones anotadas entonces, consideramos que esta verificación indiscriminada repugna con el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos y con el sistema legal establecido para desvirtuarla ante la justicia contencioso administrativa y por ello, que procede solamente en los casos de no pago del impuesto o del pago en cumplimiento de liquidación no oficial.

"Para la Fiscalía no existe la violación indicada.

"e)— *Violación del artículo 66 de la Ley 2a. de 1976.*—

"Dispone el artículo que el funcionario oficial ante quien se presenten documentos gravados con el impuesto "sin" que el pago del impuesto se hubiere verificado o se haya hecho en forma "irregular" o "deficiente", los remitirá a la sección o grupo de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales para que se haga la liquidación de los impuestos y se impongan las sanciones.

"Respecto a este artículo, además del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, surge para orientar su interpretación, otro que igualmente es esencial en el derecho administrativo: el principio según el cual la administración no puede volver sobre sus propios actos para revocarlos o modificarlos cuando se trata de actos creadores o reconocedores de situaciones jurídicas particulares o concretas, consagradas en nuestra legislación en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, al exigir el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular para que le sea posible a la administración revocarlo.

"Es obvio que si el impuesto no se ha pagado, la administración tiene la facultad para practicar la correspondiente liquidación y que sí tal pago fue irregular o deficiente pero no está respaldado por acto administrativo de liquidación, puede igualmente revisarse la liquidación a solicitud del funcionario que de ello tenga conocimiento, y determinar oficialmente el monto del tributo y las sanciones a que haya lugar; pero también es evidente que producida una liquidación oficial la administración no puede volver sobre su propio acto para modificarlo o revocarlo sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

"Unicamente encontramos un caso en el cual pese a la existencia de una liquidación oficial, procede volver sobre el acto propio para reajustar la liquidación. Es el evento contemplado por el numeral 3o. del artículo 34 de la Ley 2a. de 1976: por disposición expresa de la norma, el impuesto liquidado sobre un documento cuya cuantía inicialmente sea indeterminada, debe ajustarse cuando posteriormente dicha cuantía se haya determinado. En este caso la liquidación inicial debe tenerse como provisional y sólo será definitiva en el momento en que se practique el reajuste que ordena la ley.

"Conforme a lo expuesto, la remisión que el funcionario debe hacer del documento a la Sección o Grupo de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales para

que se practique la liquidación y se impongan las sanciones, solo tendría razón de ser cuando haya lugar a ello, o sea cuando no se ha pagado el impuesto, o se ha pagado en forma irregular o deficiente por irregularidad o deficiencia de la liquidación no oficial o porque la liquidación oficial haya sido provisional.

"Conforme a esta premisa, no encontramos vulnerado el artículo 66 de la ley con la disposición demandada.

"f)— *Violación del artículo 20 de la Constitución Nacional.*—

"Al estudiar el segundo concepto de violación respecto al artículo 25 de la Ley 2a de 1976, anotamos cómo en nuestro sentir no le asiste razón al accionante para sostener que el decreto reglamentario haya hecho distinción entre jueces y demás funcionarios. Por las mismas consideraciones opinamos que tampoco prospera esta acusación.

"g)— *Violación del artículo 120.3 de la Carta.*

"No habiendo hallado transgresión de la ley por parte del artículo reglamentario acusado, tampoco encontramos violación alguna por ejercicio irregular de la potestad reglamentaria.

"h)— *Violación de los artículos 2o. 16, y 55 de la Constitución Nacional.*—

"Por las mismas razones por las cuales no estimamos existe la violación de la ley por parte del ejecutivo, conceptuamos que no prospera el cargo de violación por ejercicio irregular de los poderes públicos, ni uso arbitrario del poder reglamentario, ni tampoco desconocimiento de la colaboración armónica de las funciones asignadas a las distintas ramas del poder público".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El texto del artículo 10 del Decreto 1222 de 1982 acusado es el siguiente:

"Artículo 10.— Para efectos del artículo 25 de la Ley 2a. de 1976, el funcionario oficial podrá admitir o tener como prueba un instrumento o actuación sujeto al impuesto de timbre, cuando éste se haya cumplido ante las oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales, caso en el cual no está obligado a verificar la exactitud del pago del impuesto, ni de las sanciones ni de los intereses".

La Sala se separa del concepto de la Fiscalía, pues las violaciones alegadas por el demandante aparecen realmente muy claras y se necesita hacer un esfuerzo dialéctico brillante como es el que hace la Fiscalía para desvirtuar la fortaleza del cargo.

En efecto la Fiscalía encuentra que no existe violación por el hecho de que el artículo 25 de la Ley 2a. de 1976 hace referencia al artículo 18 de la misma que explica la forma como se debe hacer efectivo el impuesto de timbre nacional en los documentos que así lo exijan y de allí deduce que el funcionario no esta obligado a darle cumplimiento al artículo 25 que exije verificar la exactitud de la operación de liquidación.

Obviamente no sólo es suficiente para cumplir con esta norma el verificar que tengan adheridas estampillas de timbre o que aparezca el registro de la máquina impresora, sino que esta obligado a verificar que el monto de lo pagado corresponda al valor del impuesto que se debe, las sanciones y los intereses a que haya lugar y por eso mismo el artículo acusado enfrente de esta primer norma es violatorio abiertamente puesto que en ella se exime a los funcionarios de la obligación de hacer la verificación mencionada.

Por eso el Despacho en el auto de suspensión provisional encontró objetivamente que la norma acusada restringía el alcance del artículo 25 de la Ley 2a. de 1976 excediendose en la facultad reglamentaria.

Por eso mismo se dijo en la mencionada providencia que el artículo 10 acusado "crea situaciones contradictorias con las demás normas mencionadas que establecen la solidaridad de los funcionarios al aceptar documentos sin el pago del impuesto; les impone multas por esos hechos; olvida la sanción del ciento por ciento cuando ese pago es extemporáneo y la obligación impuesta a los funcionarios de remitir el documento a la Administración de Impuestos Nacionales cuando la liquidación del impuesto no sea correcta o falta la anulación de estampillas de timbre en las —proporciones señaladas por la ley".

Esas normas son el artículo 38 por medio del cual se establece la solidaridad de los funcionarios oficiales con el contribuyente; al darle curso a documentos sin el debido impuesto.

El artículo 42 que establece la sanción del 100% por extemporaneidad en el pago del impuesto;

El artículo 48 que establece multas a los funcionarios oficiales que admitan documentos o instrumentos gravados con impuesto y que no hubieren sido pagados en la forma y por el valor previsto por la ley.

Y finalmente el artículo 66 que dispone como debe proceder un funcionario para obtener que se haga la liquidación correcta y se paguen los impuestos que le correspondan:

Como puede verse por el texto del concepto de la Fiscalía, ésta considera que no hay lugar a contradicción de la norma acusada con las aquí relacionadas porque entiende, que aquellas solo son aplicables a los casos en que no sean las autoridades fiscales las que hagan la liquidación pues de lo contrario estaría atentando contra la presunción de legalidad que dice amparar todas estas actuaciones administrativas.

La Fiscalía confunde la presunción de legalidad del acto con las prohibiciones establecidas por la ley para aceptarlo sin el lleno de sus formalidades legales.

No puede interpretarse esa norma como un desconocimiento de la presunción de legalidad por cuanto que solamente el pago del impuesto que le corresponda le da valor de oponibilidad o de eficacia al documento que deberá llevar el impuesto de timbre pero de ninguna manera puede pensarse que por el hecho de no aceptarlo o por encontrar equivocada su liquidación, se esté desconociendo la presunta legalidad del mismo.

Además, la Ley 2a. de 1976, en los artículos anteriormente mencionados, y en especial en el artículo 25 de la misma, no hace distinción alguna sobre los efectos que se deduzcan por razón de quien haya cumplido con la obligación de cobrar el impuesto de timbre respectivo y por lo tanto donde la ley no distingue no puede el interprete establecer distinciones para producir efectos diferentes.

Es entendible que los funcionarios que tengan que analizar un documento puedan y deban verificar que la liquidación y pago del impuesto que les corresponde estan bien hechos para aceptarlo como tal o tenerlo como prueba.

Por las anteriores razones la Sala considera que le asiste razón al demandante por violaciones claras y expresas de la ley.

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 del artículo 10 del Decreto Reglamentario No. 1222 de 1976.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día siete de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.—

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

DERECHOS ARANCELARIOS.— CUENTA ADICIONAL.— PREVIA CANCELACION DE LA CUENTA ADICIONAL PARA PODER RECURRIR AL ACTO QUE LA FIJA.— DERECHO DE PETICION Y DE IMPUGNACION.— Diferencias.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., catorce (14) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 10299.
Actor: **Christian Fernando Cardona Nieto y Ramiro Ignacio Araujo Segovia.**
Nulidad y suspensión provisional del aparte 'y previa cancelación de la cuenta adicional', del parágrafo 1o. del artículo 23 del Decreto 649 de 1979, del Gobierno Nacional.
Fallo.

En esta sentencia se resuelven las peticiones de la demanda interpuesta por Christian Fernando Cardona Nieto y Ramiro Ignacio Araujo Segovia en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 68 de la Ley 187 de 1941 para que se decrete la nulidad del parágrafo subrayado y contenido en el parágrafo 1o. del artículo 23 del Decreto 649 de 1979, que dice así:

"Artículo 23. Establecido el perjuicio fiscal según lo contemplado en el artículo anterior, la aduana donde se nacionalizó la mercancía, mediante resolución motivada, notificará al importador el valor de la cuenta adicional.

"Parágrafo 1o.— Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la fecha de notificación de la respectiva resolución el importador podrá imponer contra la providencia del administrador los recursos de reposición ante dicho funcionario, el de apelación ante la Dirección General de Aduanas y el de revisión ante la Junta General de Aduanas, los cuales deberán sustentarse por escrito".

Consideran los actores que se violaron los artículos 28 y 45 de la Constitución Nacional, o sea el derecho a la defensa y la ritualidad de los juicios, porque la norma acusada sanciona para oír, y no oye para sancionar, y desconoce el derecho de petición, al exigir el solve et repete.

La solicitud de suspensión provisional fue negada.

En su alegato de conclusión, el actor amplió sus argumentaciones estableciendo las diferencias existentes entre la cuenta adicional aduanera y la liquidación de revisión en materia de impuesto sobre la renta, indicando cómo aquella procede después de una liquidación de revisión, o sea después de haberse expedido un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y concreta; y señalando cómo en materia de los impuestos diferentes al de aduana se exige la aplicación de la regla "solve et repete" en calidad de depósito, en tanto que en la norma acusada la exigencia se hace como cancelación del valor adicional, para poder recurrir.

El Fiscal 1o. del Consejo de Estado —quien conceptuó en razón de que este negocio conocía la Sección Primera— solicitó se negasen las peticiones de la demanda, sobre la consideración de que con la reforma constitucional de 1968 se aumentaron los poderes del ejecutivo.

SE CONSIDERA:

1.— El Decreto-Ley 649 de 1979, "por el cual se modifica el régimen de aduanas", establece las reglas a seguir por la Administración y por el importador a efecto de ordenar la entrega de las mercancías importadas, efectuadas la nacionalización de éstas. Luego, agrega en el artículo 22.

"Artículo 22. Dentro del término de dos años contados a partir de la fecha de nacionalización de la mercancía, la respectiva administración de aduana podrá exigir del importador el pago de los derechos, multas o recargos dejados de percibir, cuando practicada la revisión de las actuaciones consignadas en el manifiesto, así como de la documentación que lo acompaña, se determina un perjuicio para los derechos del fisco en los siguientes casos:

"a) Error en la posición arancelaria señalada a la mercancía;

"b) Error en la aplicación del gravamen correspondiente a la posición arancelaria con base en la cual se aforó la mercancía;

"c) Error en la aplicación del tipo de cambio o en las operaciones aritméticas efectuadas para liquidar los distintos derechos que deba percibir la aduana;

"d) Error en la determinación del valor normal o gravable de las mercancías".

Después, en el artículo 23 antes transcrito y acusado, se dispone que establecido el perjuicio fiscal, la aduana mediante resolución motivada, debe notificar el valor de la cuenta adicional. Y que contra tal resolución se puede recurrir previa cancelación de la cuenta adicional.

Se deduce de lo anterior que la previa cancelación es un requisito para la impugnación gubernativa.

2.— Se discute, entoces si tal "cancelación" es o no atentatoria del derecho de defensa y del de petición.

Se anota, en primer término que no puede establecerse analogía con los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, de que se ocupa el artículo 24 del Decreto 2733 de 1969, que no autoriza su revocación oficiosa, por cuanto que tal norma se refiere a actos administrativos creadores de derechos individuales, en tanto que la resolución que señala el gravamen inicialmente liquidado como valor arencelario corresponde al señalamiento de una "obligación" fiscal, lo que es diferente, por lo cual resulta inaplicable. Así se explica la legalidad del artículo 22 antes transcrito.

3.— Se discute, como está dicho, si se afecta con la aludida exigencia del pago previo, el derecho de petición. Al respecto cabe anotar que existen diferencias entre el derecho de petición y el de impugnación. Así, con vista en el Decreto Extraordinario 01 de 1984 se encuentra que mientras el derecho de petición surge para iniciar la actuación administrativa (artículo 4), el derecho a recurrir aparece como medio de impugnación de la vía gubernativa, o sea contra el acto con que termina esa actuación (artículo 60).

En tales condiciones, el de petición se ejerce para que mediante una actuación administrativa se reconozca un derecho establecido en la ley, en tanto que el de impugnación se ejercita cuando habiéndose ejercitado el primero, la actuación administrativa culmina negando la petición, total o parcialmente.

Se deduce de lo anterior que no puede invocarse como violación el artículo 45 de la Constitución Nacional, y consecuencialmente el Decreto 2733 de 1969, en cuanto por este aspecto señalado no se ha afectado el derecho de petición al señalar la norma acusada un requisito para ejercer la impugnación del acto administrativo que determine la cuenta adicional.

4.— Se discute también si para el ejercicio del referido derecho de impugnación es legal la aplicación de la regla "solve et repete". Como bien lo ha anotado la doctrina, tal institución pretende justificarla con el argumento de que se establece en defensa de los intereses fiscales, pero que es igualmente cierto que en los países en donde se estableció inicialmente ha sido después eliminada sin que se produzcan afectaciones de la economía pública.

Igualmente debe anotarse que tal instituto se creó como presupuesto procesal, para el ejercicio de la acción jurisdiccional, no como exigencias para ejercitar el derecho de impugnación, y no como "pago" previo sino a título de depósito, tal como lo establecía la Ley 167 de 1941, artículo 66, y lo repite el artículo 140 del Decreto Extraordinario 01 de 1984.

Sin embargo, las leyes que se ocupan del procedimiento gubernativo en materia del impuesto sobre la renta, siempre han exigido el pago previo de la liquidación privada como requisito para el ejercicio de los recursos administrativos de reconsideración o de reposición.

Es claro que ese pago previo se refiere a una cuantía determinada por el contribuyente, no por la administración, que leyes especiales pueden establecer, en tanto que la cuenta adicional, como "adicional" que es, se determina en acto administrativo posterior a aquel que hizo la liquidación inicial de los derechos arancelarios. Pero como ese

primer acto liquidatorio no es creador de derecho subjetivo, sino de una obligación fiscal, resulta lógico y jurídico, que para interponer el recurso aludido no solo la ley pueda exigir la consignación previa sino el pago anticipado, como ocurre en este evento, sin que por ello se afecte el derecho de defensa —para el cual existe precisamente la vía gubernativa—, ni el de petición, como antes se dejó sentado.

Con estas consideraciones, las peticiones no pueden prosperar.

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 y archívese el expediente.

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.

IMPUESTO DE RENTA.— RETENCION EN LA FUENTE.— El artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 autoriza la retención sobre salarios y no sobre otra clase de remuneración que reciba el trabajador. SALARIO.— Concepto para lo efectos de la retención en la fuente. Alcances de la Legislación Tributaria sobre la remuneración al trabajo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., septiembre catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación No. 10561.

Nulidad de unas frases contenidas en el Decreto Reglamentario 1315 de 1983 proferido por el Gobierno Nacional. Demandante: **Héctor Gallego Osorio.**

El doctor Héctor Gallego Osorio, actuando en acción pública solicita la nulidad de las siguientes frases contenidas en los artículos 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario 1315 del 5 de mayo de 1983, expedido por el Gobierno Nacional.

ARTICULO 2o.— INCISO 1o.

"La totalidad de los pagos mensuales constitutivos de salarios".

ARTICULO 2o.— INCISO 3o.

"Primas o bonificaciones gravables constitutivas de salarios".

"Salvo que, dichas primas o bonificaciones"

"Que corresponda a la totalidad de dichas primas o bonificaciones"

"Por los demás conceptos gravables constitutivos de salarios".

ARTICULO 3o.

"A los pagos gravables constitutivos de salario"

Las frases transcritas se refieren todas al régimen de retención en la fuente. Considera el actor que tales frases desconocen decisiones previas de la Corporación con efectos de cosa juzgada y también violan el tenor de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 38 de 1969.

Cabe anotar que con posterioridad al Decreto 1315 de 1983 el Gobierno Nacional ha dictado nuevas disposiciones sobre el tema de la retención en la fuente, lo que hace que los efectos de una decisión en este asunto se refieran a dos aspectos fundamentales: a sentar nuevamente criterio jurídico sobre los alcances de la Ley 38 de 1969 cuando se refiere a la retención en la fuente sobre salarios y a los efectos jurídicos que tuvo la norma demandada antes de que el Gobierno dictara otras que la subrogaron.

El Consejo primero en el auto de sala unitaria que negó la suspensión provisional y luego en el auto de sala de decisión que confirmó el anterior, dijo que no se habían reproducido en el Decreto 1315 de 1983, normas suspendidas, o anuladas por esta Corporación. Fueron en resumen estos los argumentos principales que trae a colación el auto del 18 de noviembre de 1983:

"Al sustentar el recurso de súplica el actor presenta una doble columna en la que confronta las disposiciones suspendidas del Decreto 3819 de 1982 con las del 1315 cuya anulación pide, pero al leer con detenimiento esa doble columna, es visible la razón que asiste al Consejero sustanciador, al consignar en su providencia, como razón fundamental para negar la suspensión provisional, que en el último decreto el Gobierno tuvo el cuidado de precisar que los pagos sujetos a retención eran los que tuvieran el carácter de salario, es decir, agrega la Sala, aquellos que constituyan remuneración o contraprestación por el trabajo y, es por esta razón, que la Sala estima ajustada a derecho la decisión suplicada".

Y el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación, que considera que las súplicas de la demanda deben prosperar en cuanto a las frases contenidas en el inciso 3o. del artículo 2o. y en el artículo 3o. del Decreto 1315 de 1983, considera igualmente que no se trata de una reproducción de normas ya suspendidas o anuladas por esta Corporación sino de una violación directa de la Ley 38 de 1969. La Sala desecha pues el primer cargo de la demanda reiterando lo sostenido en los referidos autos y sostenido igualmente por el señor fiscal.

En relación con la presunta violación del artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 cabe hacer las siguientes reflexiones:

Según el artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 "las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas que efec-

túen pagos o abonos en cuenta, en dinero o en especie, por concepto de *salarios* o dividendos, estarán obligadas a deducir y retener en dinero, a título de impuesto sobre la renta y complementarios, los porcentajes.....". Cabe pues anotar que esta norma legal autoriza la retención sobre salarios y no sobre otra clase de remuneraciones que reciba el trabajador.

¿Cuál es el concepto de salario para los efectos de la retención en la fuente? Al respecto caben dos posibles interpretaciones: para el Gobierno el concepto de salario se deriva directamente del texto del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Para el demandante y para el señor fiscal tercero ante esta Corporación el salario a que se refiere la Ley 38 de 1969 es distinto. Según el señor agente del Ministerio Público es el salario en sentido escueto. Dice así el señor Fiscal:

"'Parece no existir duda sobre el hecho de que el artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 autoriza la retención exclusivamente sobre los salarios y no sobre otra clase de remuneraciones que reciba el trabajador así la legislación laboral privada ínsita en el artículo 127 del Código Sustantivo Laboral les de el tratamiento jurídico de salario. No podría confundirse, pues, el criterio simplista utilizado por el Legislador en el sistema tributario para ordenar la retención en la fuente con el sistema integral que acusa la legislación laboral en el artículo 127 del Código Sustantivo Laboral porque los dos sistemas tienen efectos profundamente diversos que, entre otras cosas, no pueden ser modificados sino por cada sistema en particular. La Legislación Tributaria no podría, pues, modificar a su arbitrio la naturaleza intrínseca de salario tratada especialmente por la legislación laboral. Como la Ley 38 de 1969 no hace ninguna distinción respecto del concepto de salario, tampoco el Gobierno podía a través de la norma reglamentaria hacerla para gravar con retención las primas o bonificaciones periódicas así ellas fuesen constitutivas de salarios. El concepto estrictamente laboral de salario constituye una noción integradora de todo lo que recibe el trabajador en especie o en dinero por prestar o haber prestado sus servicios al patrono individualmente considerado o la empresa todo lo cual redundará en beneficio del mismo cuando le liquiden prestaciones tan importantes como las primas o pensión de jubilación. Esta es una noción casi privatista de Derecho Laboral que hoy trasciende y ha sido tomada casi en sus mismos valores y consecuencias por el Derecho Administrativo Laboral que es de naturaleza pública.

"'En cambio el concepto de salario tomado por el Derecho Tributario para ordenar la retención en la fuente de sus funcionarios y empleados es simplista primero porque no se le puede dejar al retenedor la libre discrecionalidad para que decida en el momento de efectuar la retención, la calificación, reservada al juez de trabajo o al Administrador sobre, qué sumas constituyen salario y segundo porque no podrían, en desmedro del trabajador oficial retenerse sumas distintas a la del mero salario y que pueden abarcar una o algunas de las prestaciones sociales de los funcionarios, o empleados oficiales. Es lógica, por lo mismo, la fundamentación jurídica del actor en el sentido de que 'Si se observan las múltiples disposiciones que regulan el impuesto de renta y patrimonio, y en particular las que en la actualidad se encuentran vigentes, es fácil advertir que para los efectos, de ese sistema tributario el legislador adoptó un concepto o criterio de salario restringido, que no permite extender el calificativo de salario a todo tipo de remuneración que implique retribución de servicios. En efecto, en el artículo 10 del Decreto 2053 de 1974 (Decreto con fuerza de ley), al definirse las rentas exclusivas de trabajo se enumeran las obtenidas por personas naturales distinguiendo claramente entre las que corresponden el concepto de salarios, de las que tienen otras denominaciones como las comisiones, prestaciones, viáticos, gastos de representación, honorarios, emolumentos y en general, las compensaciones por servicios personales.

"En otros términos, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, el legislador no asimila salario a todo tipo de remuneración que implique retribución de servicios, como sí lo hace para efectos de las relaciones de derecho individual del trabajo de los trabajadores particulares, sino que expresamente distingue el salario de los otros conceptos de ingreso constitutivos de renta exclusiva de trabajo, tales como las comisiones, prestaciones sociales, viáticos, etc. Esa distinción aparece, además reiterada en los artículos 49 y 55 del mismo Decreto 2053 de 1974".

Es esta una oportunidad para que la Sala nuevamente reexamine el punto y estudie los alcances de la legislación tributaria sobre la remuneración al trabajo.

Caben en primer lugar dos grandess categorías de rentas de trabajo; las derivadas del contrato de trabajo o de una relación laboral de derecho público, regidas bien por el Código Sustantivo del Trabajo o bien por las disposiciones pertinentes de derecho público y las que no están referidas en modo alguno a un vínculo contractual o a un estatuto de función pública. La primera categoría cubre fundamentalmente el salario y las prestaciones sociales (legales o extralegales). La segunda categoría cubre pagos tales como comisiones, honorarios, etc...

En relación con las rentas de trabajadores o de empleados públicos cabe hacer también las siguientes clasificaciones:

a) Rentas constitutivas de salario, normalmente gravadas con el impuesto de renta y complementarios.

b) Rentas constitutivas de prestación social mínima, normalmente exenta.

c) Rentas constitutivas de prestación social superior a la mínima legal, la cual es en principio gravable.

d) Rentas ocasionales producto de mera liberalidad del patrono.

En el campo de la legislación laboral el tema está definido por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. El primero reza así:

"Artículo 127. Constituye salario no solo 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".

Y el segundo así:

"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 no para su beneficio, ni para subvenir en sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX".

Constituye salario no solo la remuneración *fija y ordinaria* como lo define el señor fiscal en su vista anteriormente transcrita. Es también salario todo lo que el trabajador recibe en dinero o en especie y que implique retribución de servicios. Como dice Pérez

Botija, el salario es como noción político-social la retribución al *trabajador* y como noción jurídico-económica la retribución al *trabajo*. La causa del pago salarial es el trabajo en cuanto éste se deriva de un contrato de trabajo. Pero por exclusión directa de la ley no constituye salario las prestaciones sociales. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia cuando observa que "El salario no es una prestación social (y diríamos: las prestaciones sociales no son salario). El salario es la remuneración del servicio que presta el trabajador al patrono; es la contraprestación correspondiente a la prestación trabajo. Las prestaciones sociales que emanan también del trabajo, pero que no tienen por finalidad retribuirlo directamente, tal como el auxilio de enfermedad, la cesantía, las vacaciones remuneradas, son cosa diversa que la ley ha creado con el propósito de otorgar un beneficio al trabajador en su afán de atender a la debida protección que el Estado atañe....".

Con mucho tino resumió este alcance jurídico la Sala de Casación laboral de la Corte en sentencia de 16 de septiembre de 1958:

"'De acuerdo con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos deben ser tenidos en cuenta para decidir, en un caso dado, si las sumas o especies entregadas por el patrono al trabajador constituyen salarios.

"'1o.) *El carácter retributivo y oneroso.* Es de la esencia del salario que la suma o especie que se den sean de naturaleza retributiva, es decir, correspondan a la prestación de un servicio, cualquiera que fuera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario o de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades (artículo 127).

"'2o.) *El carácter de no gratuidad o liberalidad.* Este principio es correlativo a la naturaleza onerosa referida en el anterior. Por lo cual no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales (artículo 128).

"'3o.) *El carácter de ingreso personal.* Que dichas sumas ingresen realmente al patrimonio del trabajador, o que lo enriquezcan como dice la ley, sirviendo para subvenir a sus necesidades. Por lo cual no será salario lo que el patrono dé al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales (artículo 127)" (Cas. 16 septiembre 1958, "G. J.", LXXXIX, 261)".

En materia tributaria el tema ha sido objeto de estudio por esta misma sala en varias oportunidades: unas veces referido a las obligaciones para fiscales que tienen los patronos (i. e. sentencia del 11 de agosto de 1977 expediente 4169); otras relativas a temas como el que hoy se discute (sentencia del 27 de abril de 1978 — expediente 3712). Precisamente en esta última sentencia, producida con ocasión de una demanda relacionada con la retención en la fuente sostuvo esta Sala:

"El señor Agente del Ministerio Público, doctor Jorge Dangond Flórez, 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 de los 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 los pagos 'no gravables' o los '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 trabador del patrono; en síntesis, la base para aplicar las tarifas debe formarse siempre con las que, de conformidad con el Código Laboral, constituyen salarios' ".

Estas valiosas y precisas apreciaciones de esta sentencia del 27 de abril de 1978 ha sido lo que ha iluminado e inspirado los autos que se han producido en este proceso. Precisamente con base en las distinciones que ella hace dijo el suscrito conductor del proceso en auto visible a folios 37 y siguientes del expediente:

"Cabe pues distinguir tres órdenes de pagos laborales:

"a. Aquellos que constituyen renta exenta por estar incorporados dentro de las prestaciones sociales.

"b. Aquellos que constituyen renta gravable y no son estrictamente salario por tratarse de prestaciones sociales en exceso de las prestaciones sociales mínimas de que habla el Código Sustantivo del Trabajo.

"c. Aquellos que constituyen renta gravable y que en el fondo son salarios disfrazados con otro mote o denominación. Si se leen con cuidado las anteriores providencias del Consejo da la impresión "prima-facie" que ellas no se referían a este último caso sino al caso que señala en el literal b). Esto desde luego cabrá estudiarlo más a fondo en el momento de la sentencia".

A lo dicho entonces cabría añadir una cuarta categoría; la que corresponde a pagos ocasionales que hace el patrono a su trabajador por mera liberalidad.

De lo anterior se concluye lo siguiente:

a) Los pagos laborales que se hacen fuera de contrato de trabajo o de una relación de derecho público para lo empleados públicos, no están cobijados por la retención en la fuente de que habla la Ley 38 de 1969. A ellos les cobijan otras disposiciones que se han dictado con posterioridad (Fundamentalmente el Decreto 3803 de 1982 y la Ley 9a. de 1983).

b) Las prestaciones sociales no son salarios y no están cobijadas por la retención en la fuente.

c) Los otros pagos laborales que se derivan de un contrato de trabajo y que quedan bajo el manto de la reglamentación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo sí están sometidos a retención pues donde la Ley 38 de 1969 utilizó el término salario hay que entenderlo con el alcance que al respecto le da el referido artículo de la legislación laboral.

d) Los pagos puramente ocasionales producto de una mera liberalidad del patrono al trabajador no son objeto de retención en la fuente.

e) Análogas disposiciones se aplican en relación con la retención en la fuente sobre la remuneración laboral de los empleados públicos.

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:

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, Secretario.

CARGOS DIRECTIVOS.— MINISTERIOS.— RENUNCIA.— No es concebible que cuando el Presidente de la República, un Ministerio, un Gobernador o un Alcalde quieran cambiar sus inmediatos colaboradores o sus agentes no puedan sugerir o solicitar la renuncia a estos altos funcionarios, sino que sea preciso que se les declare insubsistente el nombramiento, sin consideración a su jerarquía administrativa, a su significación personal o política, es decir, sin consideración con la investidura y con el investido.

EL CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., vienticuatro (24) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 10512.
Decretos del Gobierno.
Actor: **Rocío de las Mercedes Sañudo de Angel.**

Consulta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca su sentencia de fecha 30 de septiembre de 1983, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda que había presentado la doctora Rocío Sañudo de Angel, con el objeto de obtener de dicha Corporación la siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que es nulo el Decreto 1125 de 30 de abril de 1981, expedido por el Gobierno Nacional, en su artículo 1o., en cuanto acepta la renuncia de la señora Rocío Sañudo de Angel, como Director 2005, Grado 17 de la Dirección General Administrativa, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a partir de la misma fecha.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se declare que la señora ROCIO SAÑUDO DE ANGEL, tiene derecho a ser reintegrada al cargo de Director, de la Dirección General Administrativa, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o a uno de igual o superior categoría y remuneración.

TERCERA: Que igualmente se declare que la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), por conducto de la Oficina Pagadora correspondiente, está en la obligación de pagar a la señora ROCIO SAÑUDO DE ANGEL, o a quien sus derechos represente, todos los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos y demás prestaciones dejadas de percibir desde el 30 de abril de 1981, día en que quedó separada del servicio oficial hasta que sea restablecida en forma legal.

CUARTA: Que así mismo se disponga que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de la señora ROCIO SAÑUDO DE ANGEL, durante el tiempo en que permanezca fuera del servicio.

QUINTA: Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo."

Son hechos de la demanda los siguientes:

"1o.— Mi poderdante prestó servicios en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, donde ingresó como abogada de la oficina jurídica en el mes de septiembre de 1976.

2o.— Encontrándose en el ejercicio normal de sus funciones de Director de la Dirección General Administrativa. El Secretario General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, reunió en su Despacho a un grupo de funcionarios del mismo organismo y les solicitó a ellos que debían presentar renuncia de los cargos que venían desempeñando, para dejar en libertad a la Nueva Ministra de Trabajo y Seguridad Social.

3o.— Entre las renuncias solicitadas en dicha reunión se hizo la de mi poderdante y debido a esa circunstancia ella presentó su dimisión.

4o.— La renuncia de mi poderdante concebida en esa forma, no fue espontánea, ni libre como lo exige la ley sino el resultado de la solicitud por parte del Secretario General del Ministerio de Trabajo, y por lo tanto el acto acusado resulta ilegal, ya que además no fue producto de la manifestación inequívoca de la voluntad de esté (sic) de separse definitivamente del servicio".

Como disposiciones infringidas se señalan los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional, 27 del Decreto 2400 de 1968, 111 y 112 del Decreto 1950 de 1973 y 66 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941).

Para exponer el concepto de violación, dice el apoderado de la demandante, luego de transcribir el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968:

"Ciertamente la Administración tiene en principio la facultad de remover libremente a sus agentes, sin que esta pueda ser discrecional en forma absoluta sino

limitada por las normas expedidas por el Congreso de la República y que regulan el ascenso por mérito, la jubilación y el retiro de los empleados. Por ello el acto administrativo resulta violatorio de la ley al invocarse como razón una renuncia que no ha sido presentada o se ha hecho sin ser el producto de la manifestación inequivoca del empleado de retirarse del servicio.

Desde luego el funcionario público tiene derecho a permanecer en el cargo mientras no sea retirado y al separarsele no puede serlo con fundamento en una renuncia que no ha surgido de la voluntad espontánea e inquebrantable de la persona de retirarse de su empleo.

De conformidad con la norma anteriormente mencionada, que se encuentra igualmente contenida en el artículo 111 del Decreto 1950 de 1973, la renuncia de un cargo público y su aceptación es un acto voluntario del empleado, libre de toda coacción o presión y de la posibilidad de que por cualquier circunstancia "Se ponga con anticipación en manos del Jefe del Organismo la suerte del empleado", ya que renuncias en esa forma presentadas están expresamente prohibidas y carecen de absoluto valor.

Sobre lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

"La renuncia de un cargo público así como su aceptación debe ser un acto plenamente voluntario para que genere la totalidad de los efectos propios de ella. Cuando una persona es designada para un cargo se establece un vínculo entre ella y el Estado en virtud de la manifestación de voluntad de ésta y la manifestación de voluntad del nombrado. Esa vinculación no puede romperse sino en la misma forma en que se estableció, esto es, por medio del acto voluntario de la renuncia y del acto voluntario de su aceptación. Por manera que cuando no existe voluntad en el agente para separarse del cargo desempeñado, pero si el ostensible propósito de la administración de forzar la renuncia mediante el empleo de sistemas que harían imposible la continuidad en el empleo, como aquí ha ocurrido, no puede hablarse de que el acto de renuncia haya sido voluntario. Y tampoco la simple manifestación de dejar en libertad al superior o a una Junta Directiva para disponer de un cargo, debe entenderse como renuncia".

En el presente caso ocurrió precisamente una situación similar a la planteada en la providencia en mención, es decir, la simple manifestación de dejar en libertad al superior para disponer de un cargo lo cual como lo dice el Consejo tampoco debe entenderse como renuncia. Y si ello se añade que dicha manifestación no surgió de la voluntad del empleado sino del Secretario General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con mayor razón tampoco deben entenderse ella como renuncia.

Al haberse puesto la renuncia del demandante en manos del Secretario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, lo cual está, como se ha dicho, expresamente prohibido, carece absolutamente de valor, se quebrantaron las disposiciones contenidas en el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, y el artículo 111 del Decreto 1950 de 1973, con lo cual reitero mi solicitud de que se declare la nulidad del Decreto acusado y se ordene el restablecimiento del derecho correspondiente."

De la siguiente manera el Tribunal fundamentó su fallo:

"Los hechos aducidos en la demanda están demostrados en el Proceso. Efectivamente la demandante presentó renuncia del cargo de Director de la Dirección General Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y en virtud del acto acusado le fue aceptada su renuncia.

El fundamento de la impugnación del acto administrativo por el cual fue aceptada la renuncia a la actora radica en que tal renuncia no fue libre y espontánea sino provocada. Y la provocación de dicha renuncia quedó plenamente establecida en el proceso mediante las declaraciones de personas que, como altos funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, asistieron a la reunión promovida por el Secretario General de dicho Ministerio en la que les solicito la renuncia de los cargos a fin de dejar en libertadd a la nueva Ministra del Trabajo.

Indudablemente la renuncia de la actora fue protocolaria, pero está probado que no fue libre y espontánea sino provocada y tal provocación, siendo ilegal, invalida su aceptación por la administración.

No cabe duda que el legislador relieva la trascendencia de esta forma de desvinculación del servicio oficial rodeándola de garantías que conduzcan a la autenticidad de esta figura.

Si la actora no estaba amparada por algún fuero de funcionaria de carrera o de período fijo bien podría la administración, en uso de la discrecionalidad, declarar insubsistente su nombramiento para el cargo que venía desempeñando la demandante, pero no podía, sin quebranto de la ley, presionar en forma alguna para obtener su renuncia.

Ni el buen servicio, ni la intención de no irrogar un supuesto perjuicio al funcionario, autorizan a la administración para escoger en forma arbitraria una manera de desvinculación de sus empleados que no guarde consecuencia con las reales circunstancias.— Justamente, es solo a través de la observancia de los ordenamientos legales como se salvaguardan el buen servicio, la justicia y la confiabilidad en la gestión administrativa".

Habiendo culminado la actuación sin que se observen causales de nulidad que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Lo primero que debe observar la Sala es que la demandante no estaba ubicada en la base de la organización jerarquizada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como empleada rasa, sino en la cúspide de ella, como que era la de Directora Administrativa de dicho organismo público. Además, de los hechos de la demanda y de las pruebas que obran en el expediente se deduce nítidamente que la actora no fue presionada para que renunciara, cuestión que, de ser cierta, habría que calificar, dada su alta jerarquía administrativa.

Sobre todo, no se puede pasar por alto la conducta de la demandante expuesta, sin contradicción de su parte, por uno de los testigos citados por ella, el doctor Eutiquio Martínez Pacheco, quien declaró, al preguntársele si tenía conocimiento de que la actora hubiera presentado, o no, renuncia a su cargo: "Sí la doctora Rocío Sañudo de Angel presentó renuncia y nos manifestó que lo hacía a sabiendas de que legalmente ella compartía el criterio de la Jefe de la Oficina Jurídica que si se la aceptaban ella demandaba como lo está haciendo para demostrar la falta de conocimiento jurídico que tenían los Directivos del Ministerio" (folio 45).

Quiere decir que no se trató de una renuncia presionada, sino de una renuncia presentada con una premeditada finalidad que habría de traerle provecho personal: ganar un pleito en la jurisdicción contencioso administrativa. Si tal era su criterio no debió renunciar, pues no se ejerció ninguna coacción en tal sentido sobre su voluntad;

pero lo hizo con ese fin que no está acorde con las disposiciones que regulan la situación de los empleados públicos, especialmente desde el punto de vista de su permanencia en el servicio, ni con ninguna otra. Es un comportamiento que no está legalmente autorizado y que jurídicamente es inadmisible. Seguramente tampoco está acorde con la jerarquía del empleo que desempeñaba la demandante. Jurídica y legalmente es inaceptable que un empleado público puede obtener provecho (reintegro y pago de una cuantiosa indemnización) de un acto suyo como el que se comenta. Hay un sabio y recto principio que acuñaron los romanos: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.

Como ya se ha dicho, la actora era titular de la Dirección General Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o sea que hacía parte del grupo de los inmediatos y más altos colaboradores de quien es director de la política gubernamental en un determinado sector de la Administración. Por lo mismo debe haber en ese grupo unidad de propósitos y de criterios y este factor, entre otros, es determinante de una confianza especial, a la cual están condicionadas la designación y la continuidad en sus cargos, de los altos e inmediatos colaboradores del Ministro. Esa circunstancia impide que quienes ocupan tales posiciones e integran ese equipo puedan colocarse al resguardo de las consecuencias de los cambios ministeriales o mantenerse al margen de toda relación de confianza con quien dirige la política administrativa en un sector de la Administración Pública.

Otra cosa es que el funcionario haya sido nombrado para un período, lo que no sucede en un Ministerio, o que esté amparado por la carrera administrativa, pues prevalece, en el primer caso, la conveniencia de asegurar la continuidad de una tarea administrativa por un tiempo determinado y, en el segundo, la necesidad de conseguir, mediante la selección y la relativa estabilidad de los empleados, la creación de igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, el mejoramiento de la eficiencia de la Administración y que la permanencia y el ascenso de ellos tengan como fundamento los méritos y no la intriga ni el querer caprichoso de los jefes respectivos, como es propósito declarado o tácito en el Decreto Extraordinario 2400 de 1968. Desde luego, el fuero de estabilidad, como se ha dicho, es relativo, puesto que no implica absoluta imposibilidad de remover al empleado sin sujeción a unas causas y a un procedimiento legalmente determinados.

Pero quien ocupa un cargo de ese nivel directivo dentro de la organización de un Ministerio, sin estar amparado por la carrera administrativa ni por algún otro sistema o fuero de relativa estabilidad, es o debe ser consciente de que no tiene asegurada la permanencia en el empleo, pues se encuentra bajo el imperio de una potestad discresional de libre remoción y en una situación de confianza distinta de la que se da en niveles más bajos de la Administración. En esas condiciones, ningún obstáculo legal hay para la declaración de insubsistencia del nombramiento del funcionario, ninguno que salvar o soslayar. Entonces, sugerir o pedir una renuncia no tiene la intención, que sería innecesaria, de hacer esguince a la ley, sino que se explica por consideraciones personales y en atención a la jerarquía del cargo. Porque si el alto rango de un empleo dentro de la organización administrativa exige un determinado comportamiento, exige igualmente un trato adecuado. Es decir, se está en una posición de privilegio que implica una distinción y un honor exigentes en comportamiento y trato. Y precisamente la declaración de insubsistencia del nombramiento a ese nivel de la organización administrativa no es acorde con la dignidad del cargo. Suscita la protesta de dignidades heridas, que, en ese caso, encontrarían que de mala manera se cerró la vía a la única salida decorosa: la renuncia.

No es concebible, por ejemplo, que cuando el Presidente de la República, un Ministro, un Gobernador o un Alcalde quieren cambiar a sus inmediatos colaboradores o a sus agentes (Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Gobernadores,

Intendentes, Comisarios, Gerentes de establecimientos públicos, o de empresas oficiales, Superintendentes, Viceministros, Secretarios Generales de Ministerios, Secretarios del Departamento, del Distrito o del Municipio, etc.) no puedan sugerir o solicitar la renuncia a estos altos funcionarios, sino que sea preciso que se les declare insubsistente el nombramiento, sin consideración a su jerarquía administrativa, a su significación personal o política, es decir, sin consideración con la investidura y con el investido.

Otra cosa es la utilización de medios de coerción los que se introducen en el ámbito de la libertad del funcionario, constriñan a la víctima en forma tal que le hacen producir bajo presión un acto que debe ser manifestación de una voluntad libre, es decir, no coaccionada, lo cual quebranta la ley y todo sentido de juridicidad. La misma salvedad hay que hacer respecto de las maniobras o manipulaciones enderezadas a obtener una renuncia con engaños, lo cual no solo es contrario a la buena fe sino que viola el orden jurídico que deben sostener y preservar, en primer lugar, los funcionarios públicos. Pero no son procedimientos fácilmente concebibles en el ámbito de las relaciones entre un funcionario de alta jerarquía administrativa y quien tiene la facultad discresional de separarlo del servicio.

Cita la demanda como violado el artículo 27 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968. Pero esa disposición protege al empleado contra los medios que se puedan utilizar para arrancarle una renuncia por coacción o con engaño; además, prohibe terminantemente y declara sin valor "las renuncias en blanco o sin fecha determinada, o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado". Una voluntad coercida o engañada no puede, como es obvio, manifestarse consciente y libremente.

En el caso subjúdice no es posible aseverar que la renuncia de la actora no fue libre; su situación no es igual a aquella a que se refiere la jurisprudencia que cita en su demanda, pues no fue forzada a renunciar "mediante el empleo de sistemas que harían imposible la continuidad en el empleo". Nadie la obligó a renunciar, no hubo acto alguno que constriñera su voluntad, que le quitara o mermara su libertad de elección o de decisión. No salió su renuncia de una voluntad coaccionada, subyugada, sino libre, exenta de toda forma de presión o de violencia.

No puede afirmar con razón la demandante que fue forzada a renunciar porque en una reunión a que asistió se hizo una solicitud general de renuncia; sobre todo ella que se encontraba en un nivel jerárquico próximo al de quien hizo la solicitud y que, además, no manifestó que renunciaba porque se le había obligado a ello sino con la intención de demandar el acto "para demostrar la falta de conocimiento jurídico que tenían los Directivos del Ministerio". En síntesis, nadie la obligó a ejecutar un acto reputado por ella como ilegal, sino que lo hizo en virtud de consideraciones relativas a la prosperidad de una demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Es contradictorio el razonamiento del Tribunal, pues luego de reconocer que quedó plenamente establecido en el proceso que el Secretario General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social promovió una reunión en la que *"solicitó"* a los asistentes "la renuncia de los cargos *a fin de dejar en libertad* a la nueva Ministra del Trabajo", concluye en que la Administración "no podía, sin quebranto de la Ley, *presionar* en forma alguna para obtener su renuncia". Esta última afirmación no coincide con la anterior que hizo el Tribunal con base en las pruebas que obran en el expediente y conforme a las cuales no existió ninguna forma de presión sobre la actora. En suma, no hubo coacción sobre la demandante ni se dio ninguno de los supuestos que menciona el precepto prohibitivo contenido en el articulo 27 del Decreto 2500 de 1968.

Habrá de revocarse el fallo consultado, para denegar, en su lugar, las súplicas de la demanda, pues no demostró la demandante que el acto acusado se hubiera expedido con violación de la ley.

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

FALLA:

Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 30 de septiembre de 1983, y, en su lugar, dispone:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

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 7 de septiembre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA.— Concepto. Finalidad. Alcance. Limitaciones.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.— Creación y finalidad. El Decreto 1433 de 1983, reglamentó los artículos 3 y 38 del Decreto 062 de 1976, sin exceder la potestad reglamentaria.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., vientitrés (23) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 4429.
Decretos del Gobierno.
Actor: **J. Herney Ramírez Zapata.**

En ejercicio de la acción pública, el doctor Herney Ramírez Zapata pidió a esta Corporación decretar la nulidad de los artículos 2o. numerales 1o., 2o. y 10 del Decreto Reglamentario No. 1433 de mayo 20 de 1983 "Por el cual se reglamentan los artículos 3o. y 38 del Decreto 062 de 1976", expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Como la acción intentada es la de simple nulidad de un decreto reglamentario la parte actora esta liberada de la obligación de exponer los hechos sustentantes de la acción. Se observa así, que como normas violadas se han indicado lo artículos 20, 32, 39

y 120, numeral 3o. de la Constitución Nacional, así como los artículos 3o. y 38 del Decreto Ley 062 de 1976, con relación a los cuales su expresa el concepto de la violación.

Por providencia del 28 de octubre de 1983 se admitió la demanda y se dispuso imprimirle el trámite correspondiente. En el mismo proveído se negó la suspensión provisional que de modo expreso se había solicitado. No hubo solicitud de pruebas. Alegó de conclusión el demandante y el señor Fiscal Primero de la Corporación solicitó la prosperidad de las pretensiones impetradas.

CONSIDERACIONES:

Por medio del Decreto No. 1433 de mayo 20 de 1983, el señor Presidente de la República reglamentó los artículos 3 y 38 del Decreto 062 de 1976 por el cual se modifica la organización administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En los numerales 1o. y 2o. del artículo 2o. y en el artículo 10 del decreto en mención se dispuso lo siguiente:

"Artículo 2o.— Las Empresas de Servicios Temporales, deberán constituirse como personas jurídicas y someterse al régimen laboral vigente en las relaciones con el personal vinculado a ellas. Además deberán surtir los siguientes requisitos ante la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo:

"1.— Certificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio y Registro Mercantil.

"2.— Acreditar un capital social mínimo pagado igual o superior a trescientos (300) veces el mayor salario mínimo legal mensual vigente en el momento de la constitución."

"Artículo 10).— Las Empresas de Servicios Temporales que hasta la fecha de expedición del presente decreto, hayan venido suministrando personal a terceros beneficiarios, mediante cualquier modalidad, deberán acreditar los requisitos exigidos dentro de un término de tres (3) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto.

"La Dirección General del Servicio Nacional de Empleo, comprobará de oficio o a petición de parte el incumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo segundo del presente decreto o el funcionamiento irregular de Empresas dedicadas a la prestación de servicios temporales, e impondrá las sanciones establecidas en las disposiciones vigentes."

La demanda considera como antes se dijo, que las disposiciones anteriores violan los artículos 20, 32, 39 y 120-3 de la Constitución Nacional, así como los artículos 3o. y 38 del Decreto 062 de 1976, pues como claramente se infiere de estas dos últimas disposiciones, en ninguna de las diferentes funciones dadas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social está la de que pueda obligar a las Empresas de Servicios Temporales a constituirse como personas jurídicas, a asociarse para poder desarrollar la libertad de empresa y la iniciativa privada, derechos garantizados en el artículo 32 de la Carta, pues muy diferente es la facultad que ésta le otorga al Estado de intervenir la actividad, sin que pueda, so pretexto de esta intervención, determinar la forma en que debe realizarse y mucho menos obligarla a acreditar determinado capital social para ejercer dicho derecho. Al efecto, el demandante cita algunas jurisprudencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia cuya procedencia y claridad al caso cuestionado juzga evidente. En cuanto a la violación del artículo 120-3, dice que como bien lo ha expresado esta Corporación, la potestad reglamentaria es la atribución que tiene el Gobierno de expedir normas generales, impersonales y abstractas a fin de que la ley tenga un

debido cumplimiento, y que el Gobierno no puede ampliar ni restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la misma, porque ello no sería reglamentar sino legislar, como lo ha hecho al dictar el decreto impugnado.

Ya se dijo que el señor Agente del Ministerio Público considera que las súplicas de la demanda deben prosperar pues, dice, luego de citar algunos fallos del Consejo, que de la lectura de la ley (material) que se pretende reglamentar mediante el decreto cuyos artículos se demandan, aparece que mientras el reglamento trata de funciones propias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y funciones de la Dirección General de Empleo, el reglamentario versa sobre "Empresas de Servicios Temporales", difiniéndola y estableciendo los requisitos que deben surtirse ante el Ministerio, capital social, etc., "materia completamente diferente a la de funciones establecidas por la ley que reglamenta".

Por medio del Decreto No. 062 de 1976 el Gobierno Nacional modificó la organización administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En su artículo segundo se dijo que al Ministerio ".....corresponde de acuerdo con el Presidente de la República, la adopción, orientación y ejecución de las políticas laborales de empleo, de productividad y tecnología, de seguridad social, de cooperativismo y de recreación social de los trabajadores, en concordancia con el Plan General de Desarrollo". Para el cumplimiento de estos objetivos el Ministerio tiene las siguientes funciones, según el artículo 3o. del decreto:

"a).— Formular y desarrollar la política social del Gobierno, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social;

"b).— Elaborar, en coordinación con los organismos adscritos o vinculados al Ministerio, el Plan de Desarrollo del Sector Trabajo y Seguridad Social y someterlo al Departamento Nacional de Planeación para su incorporación al Plan Generalde Desarrollo;

"c).— Dirigir y coordinar la ejecución de los programas del Sector Trabajo y Seguridad Social en concordancia con el Plan General de Desarrollo;

"d).— Estudiar, proponer y adoptar las medidas indispensables para mejorar las condiciones de trabajo, con la finalidad de lograr la justicia en las relaciones entre empleadores y trabajadores, brindándoles asistencia para prevención y solución de los conflictos;

"e).— Brindar la debida protección a la población campesina e indígena en sus relaciones laborales y velar porque el cubrimiento de la seguridad social llegue a estos sectores;

"f).— Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan las relaciones obrero-patronales y dar la debida protección al trabajo;

"g).— Fomentar el sindicalismo, propender por su perfeccionamiento y capacitación;

"h).— Estudiar los recursos humanos y proponer las medidas necesarias para lograr una adecuada utilización de la mano de obra;

"i).— Promover, coordinar y regular la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, de acuerdo con las necesidades del mercado de trabajo;

"j).— Formular y dirigir la política del Gobierno en materia de formación y capacitación profesional y la de readaptación laboral de personas de capacidad física disminuida;

"k).— Estudiar la producción y proponer las medidas tendientes al aumento de la productividad con el fin de acelerar el crecimiento económico del país y mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y sus familias;

"l).— Estudiar en coordinación con los organismos competentes la conveniencia de la implantación de tecnología, de acuerdo con la incidencia de ésta en el campo laboral;

"m).— Formular la política de seguridad social y vigilar su cumplimiento y desarrollo por parte de los organismos creados para tal fin;

"n).— Vigilar el cumplimiento por parte de las Instituciones de Seguridad Social, de las normas vigentes sobre la materia;

"o).— Dirigir, promover y fomentar el desarrollo cooperativo;

"p).— Dirigir y coordinar la ejecución de programas tendientes a la recreación y bienestar social de los trabajadores y sus familias, y

"q).— Mantener relaciones con las entidades internacionales de trabajo y de seguridad social y vigilar el cumplimiento de los convenios ratificados por el Gobierno".

Y conforme el artículo 38 del mismo, las funciones de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo son las siguientes:

"a).— Dirigir, coordinar, controlar y evaluar las labores de las dependencias bajo su dirección;

"b).— Desarrollar la política del Gobierno en materia de empleo, productividad y tecnología;

"c).— Establecer normas y procedimientos para garantizar el cabal cumplimiento de la política del Gobierno en materia de empleo, productividad y tecnología;

"d).— Dirigir y coordinar el funcionamiento del Servicio Nacional, público y gratuito de empleo;

"e).— Suministrar al Servicio Nacional de Aprendizaje y demás instituciones interesadas en la materia información sobre oferta y demanda de trabajo en las diferentes ocupaciones, regiones y actividades económicas, que les sirva para orientar sus programas de formación;

"f).— Reglamentar y autorizar el funcionamiento de los servicios privados de colocación y empleo y sancionarlos cuando fuere el caso, y

"g).— Ejercer las atribuciones que le confiere la ley o que le sean adscritas o delegadas".

Para dar desarrollo y operancia en la práctica a las facultades antes transcritas, el Gobierno Nacional mediante el Decreto impugnado No. 1433 de mayo 20 de 1983, con fundamento en el hecho de la aparición en Colombia del sistema de contratación de mano de obra de carácter temporal con el objeto de prestar servicios a terceros bajo la

figura de arrendamiento de servicios, de acuerdo con los ordenamientos del Código Civil, entró a regular de modo específico este tipo de empresas que había dado lugar al surgimiento de un vasto número de establecimientos de esa índole que venía funcionando en forma irregular, afectando negativamente los derechos de la mano de obra temporal a la cual le era aplicable el régimen laboral; además, los altos índices de desempleo que afectan a la población económicamente activa y frente a la protección que debe dar el Estado al trabajo, se imponía la reglamentación de las Empresas de Servicios Temporales. Tal la razón del decreto según se expresa en sus considerandos.

El Consejo de Estado siempre ha estimado con fundamento en el estatuto Constitucional, que la potestad reglamentaria es la atribución que tiene el Gobierno de expedir normas generales, impersonales y abstractas, a fin de que las leyes tengan su debido cumplimiento. Esa potestad es de la esencia misma de la función administrativa, puesto que sin ella no podría encontrar desarrollos en la práctica. El reglamento emana de la naturaleza misma de las cosas, ¿dice Hauriou? Y ciertamente, es imposible que la ley contemple o contenga todos los requisitos o reglas en detalle que son indispensables para su debida aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se pueden prever en determinada materia; ese sería el cuasismo legal indicativo realmente de una falta de técnica legislativa, como lo ha dicho el Consejo en no pocas ocasiones. Consecuencialmente, la función de hacer operante la norma legal en cuanto a ciertos aspectos y detalles, la cumple el reglamento. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los desenvuelve en todos sus pormenores. Obviamente que el Gobierno, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, mal puede ampliar o restringir el sentido mismo de la ley que reglamenta dictando disposiciones nuevas, o suprimiendo las contenidas en la misma, puesto que ello ya no sería reglamentar sino legislar, como también lo ha sostenido en innúmeras ocasiones esta Corporación.

Ahora bien, el Gobierno en su labor reglamentaria puede y debe desarrollar tanto lo que está expreso en la ley como lo que va implícito en ella, en condiciones tales que el reglamento no debe acomodarse exclusivamente a la expresión literal de la norma, puesto que si esa apenas fuera su función, implicaría una simple reproducción de ella. Por consiguiente es necesario, como lo ha explicado el Consejo de Estado, que el Gobierno al hacer uso de la potestad reglamentaria desentrañe el contenido implícito, el sentido mismo, la finalidad específica de la ley que reglamenta actuando con cierta desenvoltura y agilidad, lógicamente que teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de ella. Es indudable, se ha dicho, que una simple copia literal de la ley que se reglamenta, es la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica también sería totalmente negativa.

En el caso presente los principios enunciados tienen cabal aplicación. El Presidente de la República como titular del poder reglamentario según el numeral 3o. del artículo 130 de la Constitución Nacional, dictó el Decreto 1433 de 1983 para dar desarrollo en la práctica a los artículos 3o. y 38 del Decreto Ley 062 de 1976 en cuanto a la orientación y ejecución de la política laboral de empleo, constituyendo un instrumento ágil para vigilar el cumplimiento por parte de instituciones como las Empresas de Servicios Temporales que tienen por finalidad la contratación de mano de obra de carácter temporal para un tercer beneficiario, el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral en cuanto a las relaciones obrero-patronales y en particular el cubrimiento de la seguridad social que debe llegar a esos sectores. No se trata en modo alguno de definir las relaciones entre gobernantes y gobernados ni de alinderar áreas por fuera de las que protege la Constitución en cuanto a los derechos del individuo y sus libertades públicas. Al Servicio Nacional de Empleo en particular, conforme al artículo 38 del Decreto Reglamentado corresponde desarrollar la política del Gobierno en

materia de empleo, productividad y tecnología y establecer normas y procedimientos para garantizar el cabal cumplimiento de esa política. Para dar desarrollo en la práctica a esos ordenamientos se expidió precisamente el Decreto 1433 acusado reglamentando los artículos 3o. y 38 del Decreto 062 de 1976 que regula materias susceptibles de ser reglamentadas por cuanto reglamentable es no solamente la ley por definición constitucional, sino los Decretos como el 062 de 1976 que tiene igual jerarquía normativa.

Ahora bien, es indudable que en materias como las regladas por el Decreto Ley 062 de 1976 la potestad reglamentaria del señor Presidente de la República como suprema autoridad administrativa opera plenamente, máxime frente a la irrupción en el mundo jurídico laboral del sistema de contratación de mano de obra de carácter temporal bajo la forma de Empresas de Servicios Temporales, que imponía regulaciones específicas para ellas y en cumplimiento de su función de dirigir y coordinar la política del Gobierno en esa materia y vigilar el cumpliento de las normas que regulan las relaciones obrero-patronales. El Gobierno deberá entonces ejecutar y realizar ese decreto en todos sus alcances, como lo hizo en forma detallada y comprensiva en el Decreto Reglamentario 1433 de 1983 del que tampoco puede afirmarse, que esté creando Empresas de Servicios Temporales, ni regulando situaciones jurídicas diferentes a las previstas en el estatuto reglamentado.

La Sala juzga suficientes las razones que se han expuesto en los párrafos anteriores para negar las peticiones formuladas por el doctor Herney Ramírez en la demanda que dió origen al presente juicio, pues ciertamente que las violaciones legales que atribuyó a las disposiciones acusadas del Decreto 1433 de 1983, no se ha evidenciado, conforme al análisis que se ha realizado en esta providencia.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo 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:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 16 de noviembre de 1984.

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Ney, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRAVENCIONES Y DELITOS.— La definición de los delitos y contravenciones es de esfera constitucional del legislador y que el ejecutivo sólo podría hacerlo estando expresamente facultado por el Congreso.

MONEDA.— REGULACION.— La regulación de la moneda en general y en especial de su volúmen en circulación, es materia de competencia del legislador conforme al artículo 76 numeral 15 que dice: "Corresponde al Congreso hacer las leyes".

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:... "15. Fijar la ley, peso, tipo denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas".

ENCAJE LEGAL DE LOS BANCOS Y DEMAS INSTITUCIONES FINANCIERAS.— El Presidente de la República no puede con base en la facultad del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional dictar normas relativas a la regulación de la moneda, (Reiteración Jurisprudencial).

Anúlase el artículo 3o. del Decreto 252 de 11 de febrero de 1980, dictado por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público en cuanto dispone:

"Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una Corporación de Ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario aplicará sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al dos y medio por ciento (2.5%) sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**

Referencia: Expediente No. 7747.

Actor: **Miguel González Rodríguez.**

Nulidad con suspensión provisional del artículo 3o. del Decreto No. 252 de 1980 expedido por el Gobierno Nacional.

1o. El doctor Miguel González Rodríguez, obrando en nombre personal, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.886.394 y portador de la Tarjeta Profesional de abogado, No. 576, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, demanda del Consejo de Estado que declare la nulidad del artículo 3o. del Decreto 252 de 11 de febrero de 1980, dictado por el señor Presidente de la República en esa fecha y su Ministro de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de la facultad que le confería el literal i) del artículo 63 del acto Legislativo No. 1 de 1979, en cuanto en él se dispuso:

"Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una Corporación de Ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al dos y medio por ciento (2.5%) sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

2o. En cuanto a los hechos que dan fundamento a su demanda, el actor señala que mediante el artículo 6o. del Decreto 1728 de 12 de agosto de 1974, expedido por el señor Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, se tomaron medidas en relación con la actividad de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y

Préstamo, poniéndoles la obligación de constituir un encaje en relación con las exigibilidades por depósitos a término y cuentas de ahorro, determinando los porcentajes respectivos los cuales se aplicarían sobre los saldos correspondientes al término de cada mes.

3o. Por Decreto 1414 de julio 8 de 1976, "por el cual se toman medidas en relación con las Corporaciones de Ahorro y Vivienda", expedido igualmente por el señor Presidente de la República con fundamento en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, se autorizó a las citadas corporaciones "para recibir depósitos ordinarios mediante contrato", fijándoles un encaje del 15% sobre tales depósitos para garantizar su liquidez", —en este decreto no se señaló el procedimiento para determinar el encaje por lo cual, afirma, quedó vigente el señalado en el artículo 6o. Decreto 1728 de 1974;

4o. En el Decreto 676 de mayo 23 de 1977, también expedido por el señor Presidente de la República con base en el número 14 del artículo 120 de la Constitución, en el cual se toman medidas sobre la actividad de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, se elevó en cinco puntos a partir del 1o. de abril de 1977, el encaje para garantizar la liquidez de las mencionadas corporaciones, sin señalar el procedimiento para determinar el encaje, con lo cual se ratificó el señalado en el artículo 6o. del Decreto 1728 de 1974.

5o. Finalmente, argumenta, por el Decreto 252 de 11 de febrero de 1980, expedido por el señor Presidente de la República, en uso de la facultad transitoria acordada en el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1979, se tomaron medidas sobre la actividad de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y las Compañías de Financiamiento Comercial, se estableció el procedimiento para determinar la posición de encarge de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y sobre depósitos a término cuentas de ahorro de valor constante y depósitos ordinarios, el cual vino a subrogar el señalado en el artículo 6o. del Decreto 1728 de 1974.

Pero, además agrega el actor, el artículo 3o., acusado, del Decreto 252 de febrero de 1980, dispuso que:

"Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una Corporación de Ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al dos y medio por ciento (2.5%) sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

De esta manera se establece por primera vez una sanción económica para las Corporaciones de Ahorro y Vivienda que presenten situación de desencaje, y facultando al Superintendente Bancaro para imponer la sanción.

6o. En cuanto al concepto de la violación el actor lo precisa así:

El problema jurídico controvertido se reduce a establecer si el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público, puede ejercer la atribución conferida en el número 22 (sic) del artículo 120 de la Constitución Nacional sobre intervención en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, en forma transitoria por el término de dos años previsto en el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo No. 1 de 1979, tomando medidas o adiciones reservadas por el contribuyente a la ley; concretamente si en ejercicio de esa atribución que se le conservó provisionalmente en la Reforma Constitucional de 1979, puede establecer penas —sanciones— principales— de prisión, arresto o *multa*, a quienes no cumplan con sus ordenamientos en relación con el ahorro privado".

El actor cuestiona la naturaleza jurídica de los decretos dictados por el Presidente de la República con fundamento en el número 14 del artículo 120 de la Constitución.

7o. El tres de marzo siguiente se admitió la demanda y se negó la solicitud de Suspensión Provisional, la que no fue remitida. Cumplido el trámite legal, la Superintendencia Bancaria se presentó al proceso constituyendo apoderado especial, que alegó de conclusión pidiendo que se negarán las súplicas de la demanda, sosteniendo la competencia del Presidente para dictar medidas sobre el manejo del encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y sanciones por su inobservancia.

A su turno el Ministerio Público representado por la señora Fiscal Sexto en esa época, doctora Susana Montes de Echeverry, pidió que se profiriera fallo adverso a las peticiones del libelo; dijo el Ministerio Público que en razón de que la Honorable Corte Suprema de Justicia en fallo de 3 de noviembre de 1981, declaró inexequible el Acto Legislativo No. 1 de 1979, dejó de regir el literal i) del artículo 63 de dicho acto, norma que otorgó al Ejecutivo durante dos años, las facultades del número 14 del artículo 120 de la Carta, y por ello esta norma recobró vigencia, debía entenderse que la acusación se refiere al número 14 por el idéntico contenido normativo con el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo No. 1o. de 1979.— Entrando en materia dice que el reglamento autónomo, es una categoría especial de decretos expedidos por el Presidente en ejercicio de atribuciones de la Carta y que aún cuando no ha sido uniforme la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de dichos reglamentos, ni sobre su fuerza normativa, la tendencia actual tanto en la Corte, plasmada en sentencias de agosto 18 de 1972, abril 17 de 1975, mayo 24 de 1981 y mayo 27 de 1982, como en el Consejo de Estado según sentencias de febrero 4 de 1976, febrero 17 de 1978, es la de considerar que tales decretos tienen la fuerza normativa de la ley, por lo cual, concluye, puede el Ejecutivo establecer sanciones aplicables por la violación de sus disposiciones, pues tienen capacidad coercitiva, existiendo consenso en el sentido de que la competencia para conocer de las demandas incoadas en contra de sus disposiciones, corresponde al Consejo de Estado por no estar incluidos en la enumeración del artículo 214 de la Carta de cuyas demandas, es competente para decidirlas la Honorable Corte Suprema de Justicia por la vía de la jurisdicción constitucional.

SE CONSIDERA:

Esta Corporación se ha pronunciado sobre el tema y fijado su criterio al respecto en demandas en las que se hicieron planteamientos distintos como es el de la competencia para fijar el encaje bancario y las sanciones administrativas por violación de sus disposiciones —en este caso se ataca una disposición tomada por el Ejecutivo en el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo No. 1o. de 1979, de idéntico contenido a la del número 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, reforma constitucional declarada inexequible por la Honorable Corte Suprema de Justicia, pero alegando que el Ejecutivo no puede decretar penas con base en las facultades transitorias de dicho literal.

En Consejo de Estado en este caso y frente al planteamiento de la demanda, debe consignar que la definición de los delitos y contravenciones es de la esfera constitucional del legislador y que el ejecutivo solo podría hacerlo estando expresamente facultados por el Congreso. Además, el tema ha sido objeto de definición por parte de esta Sala que en distintas oportunidades ha considerado que la regulación de la moneda en general y en especial de su volumen en circulación, es materia de competencia del legislador conforme al artículo 76 número 15 que dice:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:.....

15. Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas"

De suerte que el Presidente no puede con base en la facultad del número 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional dictar normas relativas a la regulación de la moneda, pues de todos es conocido que el encaje legal de los bancos y demás instituciones financieras está dirigido no solo a preservar su liquidez, sino que es principalmente, un instrumento de regulación del volumen de los medios de pago en circulación. En efecto, con fecha 18 de junio del año en curso, en sentencia por la cual se puso fin a los procesos acumulados 6444 y 6451 en esta ocasión la Sala expresó:

"Por otra parte, los decretos que dicte el Presidente de la República con fundamento en el número 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 de 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 número 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 cuasidineros en circulación para cuya regulación se creo por el legislador la Junta Monetaria."

Así las cosas, es el caso de anular la norma demandada por las razones expuestas en esta providencia, que esencialmente radica en la consideración de que la Constitución reservó al Legislador la materia relacionada con el manejo de la moneda. Se hará pronunciamiento de fondo puesto que todo lo relacionado con el encaje legal de las instituciones financieras es atribución de la Junta Monetaria, como lo decidió la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 1973 en sede constitucional en la que se declaró exequibles los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 7a. de 1973, y el 24 inciso 1o. literales a) y d).

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:

Anúlase el artículo 3o. del Decreto 252 de 11 de febrero de 1980, dictado por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público en cuanto dispone:

"Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una Corporación de Ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario aplicará sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al dos y medio por ciento (2.5%) sobre el total de los días hábiles del respectivo mes"

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de la sesión de la fecha.

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTOS.— ACTIVOS FIJOS.— BENEFICIO.— La Ley 20 de 1979 no tiene la exigencia que trae el Decreto Reglamentario 2595 de 1979, de que para poder beneficiarse del alivio tributario de la ley, el contribuyente deberá invertir la ganancia ocasional susceptible de beneficio final, en activos de personas morales organizadas conforme a las reglas de los Códigos Civil y de Comercio.

Anúlanse los artículos 33, 34 literal c) y 35 literal d) del Decreto Reglamentario 2595 de octubre 26 de 1979.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**

Referencia: Expediente No. 6662.
Actor: **Antonio J. del Castillo.**

Autoridades Nacionales.— Nulidad de los artículos 33, 34 literal c) y 35 literal d) del Decreto 2595.

1o. El demandante doctor Antonio J. del Castillo identificado con cédula de ciudadanía No. 1.609.585 de Neiva, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo pide la declaratoria de nulidad de los artículos 33, 34 literal c) y 35 literal d) del Decreto Reglamentario No. 2595 de fecha 26 de octubre de 1979 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tienen el siguiente tenor literal:

Artículo 33.— "Por inversiones en la capitalización de empresas se entienden aquellas que se efectúan en la suscripción de nuevas emisiones de acciones, cuotas o partes de interés social".

Artículo 34.— "Para los efectos del artículo 10 de la Ley 20 de 1979, se entiende realizada la inversión:

a) En el caso de adquisiciones de activos fijos, cuando se efectúe la tradición del bien adquirido;

b) En el caso de ensanches industriales o mejoras agropecuarías, cuando se inician las respectivas obras o se efectúe la tradición del bien adquirido;

c) En el caso de capitalización de empresas, una vez se suscriban nuevas emisiones de acciones, cuotas o partes de interés social"

Artículo 35.— "Para comprobar la inversión de que trata el artículo 10 de la ley que se reglamenta, a la respectiva declaración se acompañará:

d) En el caso de capitalización de empresas, una información suscrita por el contribuyente en la cual se indique la notaría, el número y la fecha de la escritura pública correspondiente, y se anexará un certificado de la Camara de Comercio en la cual conste la inscripción cuando se trate de suscripción de acciones, se procederá en la forma prevista en el literal anterior"

2o. En cuanto a normas violadas el actor transcribe el artículo 10 de la Ley 20 de 1979 que textualmente expresa:

Artículo 10.— "La ganancia ocasional proveniente de la enajenación de activos fijos de que trata el numeral 1o. del artículo 6o. no estará sometido al gravamen al que se refiere el artículo 7o., cuando el costo fiscal de los bienes en la fecha de enajenación más el 80% de la utilidad obtenida se inviertan en la adquisición de activos fijos, realización de ensambles industriales o mejoras agropecuarias, o en la capitalización de empresas, y con el 20% restante se suscriben bonos del Instituto de Fomento Industrial, IFI, que para tal efecto se emitirán anualmente a partir de la vigencia de esta ley, cuya rentabilidad y características serán fijadas cada año por el Gobierno Nacional. La adquisición de estos bonos deberá hacerse mediante compra directamente al IFI".

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

"La inversión se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación y deberá demostrarse en la respectiva declaración de renta en la forma que indique el reglamento. Si solo se reinvierte el costo del activo enajenado más una fracción de la utilidad obtenida, el impuesto de ganancias ocasionales no se causará sobre dicha fracción. En este caso, la adquisición de bonos del IFI no podrá ser inferior a una quinta parte del monto de la utilidad reinvertida".

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

Parágrafo.— "El Instituto de Fomento Industrial, IFI, destinará el 30% del producto de la suscripción de bonos directa o indirectamente, a la pequeña y mediana industria; la parte restante la destinará para los fines que señale el Consejo Nacional de Política Económica y Social."

3o. En cuanto al concepto de la violación el actor luego de transcribir el primer inciso del artículo 10 de la Ley 20 de 1979 dice que "es indudable que las normas acusadas han tergiversado la letra y el espíritu de la norma superior— el artículo 10 de la Ley 20 de 1979, descrito antes, al pretender dar a la palabara *empresas* que trae la ley el significado de *sociedades* que es totalmente distinto" (lo subrayado es del texto).— Transcribe a continuación el artículo 98 del Código de Comercio el cual define lo que debe entenderse o en que consiste el contrato de sociedad mercantil, norma que es una repetición casi literal del contenido del texto del artículo 2079 del Código Civil; y agrega que el concepto de sociedad es distinto del de empresa, pues si bien casi siempre una sociedad es una empresa, no siempre una empresa es una sociedad.— Transcribe igualmente la 6a. acepción de la palabra empresa que da el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, de la cual deduce que la empresa es una unidad de explotación económica y que no es necesario que sea un ente colectivo sino que puede ser individual; en cambio no podrá haber sociedad sino que se requiere el concenso de dos o más voluntades; como lo exige el artículo 98 del Código de Comercio y el 2079 del Código Civil.

Enseguida el actor transcribe lo que sobre el concepto de empresa, la enciclopedia Omeba, edición de 1966, tomo X página 58 describe en el numeral 8 las formas de empresa que al respecto dice:

"A) Por el número de sujetos que la ordenan o dirigen, la empresa puede ser:

1) Individual: que es la forma más generalizada; en ella alcanza su más elevada expresión el interés del empresario en el éxito, gozando de la más plena libertad en cuanto a la determinación de la estructura del proceso de producción, así como en el

aprovechamiento de las circunstancias favorables de carácter rapidamente transitorio que integran la denominada coyuntura; por otra parte, los abonos se aportan regularmente a la empresa en forma tal que esta es cada vez en forma más extensa. Sin embargo, está limitada por la actividad, la riqueza y el crédito de un hombre o a lo sumo de una familia;

2) Colectiva: en que se considera la asociación como empresa, las sociedades mercantiles, como sujeto de ésta, revistan el carácter de sociedades anónimas, comanditarias, de responsabilidad limitada, colectivas, etc.

Concluye, luego de la transcripción anterior, "que la definición que trae el artículo 33 del Decreto Reglamentario 2595 de 26 de octubre de 1979 no corresponde, en forma alguna al concepto de "EMPRESAS" que expresa el artículo 10 de la Ley 20 de 1979 sino al de SOCIEDADES que la Ley dicha no ha mencionado para nada"

Agrega que no sería equitativo e iría contra el postulado que garantiza la igualdad de todos ante la Ley tributaria, que el empresario, negociante, comerciante, industrial, que actúe individualmente no pueda beneficiarse de los estímulos consagrados por el Legislador y que no solo el artículo 33 del Decreto 2595 de 1979, las demás normas, el literal c) del artículo 34 del mismo decreto, contiene el mismo error conceptual de confundir sociedad con empresas, por el cual causan perjuicios a los empresarios que actúan como personas individuales.

4o. La demanda fue admitida por auto de 29 de enero de 1980 pero no se decretó la suspensión provisional por cuanto el sustanciador del proceso consideró que no era procedente decretar la suspensión porque las normas acusadas fueron derogadas expresamente por el artículo 14 del Decreto Reglamentario 3211 de 28 de diciembre de 1979, originario del mismo Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por el cual habría sustracción de materia.

5o. Tramitado el proceso el Ministerio Público representado por la Fiscalía Sexta del Consejo de Estado entonces a cargo del señor doctor Floresmiro Hernández Lerzundi estimó que la decisión debía ser inhibitoria ya que el Decreto 3211 de 28 de diciembre de 1979 derogó expresamente los artículos 21, 22, 33, 34 ordinales b) y c), 35 y 38 del Decreto 2595 de 1979 por lo cual habría sustracción de materia para un pronunciamiento de fondo.

SE CONSIDERA:

El Decreto 2595 de octubre 26 de 1979, reglamentario de la Ley 20 de 1979, tuvo una precaria existencia como que fue públicado en el DIARIO OFICIAL No. 35395 del miércoles 21 de noviembre de 1979 y el Decreto 3211 por el cual se derogó expresamente las normas objeto de esta demanda fue expedido el 28 de diciembre del mismo año.

Sin embargo de su precaria existencia obedeciendo a una doctrina invariable de la Corporación se hará pronunciamiento de fondo.

En efecto, ni el artículo 10 de la Ley 20 de 1979 ni el 7o. de la misma ley, exigen para que el contribuyente se beneficie tributariamente por la venta de activos fijos, que deba tener el carácter de sociedad y solo exige que el 80% de la utilidad obtenida puede invertirse, entre otros objetos, "en la capitalización de empresas", pero no tiene la exigencia que trae el Decreto de que para poder beneficiarse del alivio tributario de la ley, el contribuyente deberá invertir la ganancia ocasional suceptible de beneficio final, en activos de personas morales organizadas conforme a las reglas..... de los

Códigos Civil y de Comercio.— Por tanto, es evidente que el Ejecutivo excedió su facultad reglamentaria creando exigencias no contenidas en la ley que dice reglamentar por lo cual habrá de decretarse la nulidad solicitada en la demanda.

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

FALLA:

Anúlanse los artículos 33, 34 literal c) y 35 literal d) del Decreto Reglamentario 2595 de octubre 26 de 1979.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de la sesión de la fecha.

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE DECRETOS DEL GOBIERNO

IMPUESTO DE REMESAS.— LIQUIDACION.— Por el pago en el exterior por diferentes conceptos. El primer inciso del literal c) del artículo 1o. del Decreto 2579 de 1983, le agrego a la enumeración contenida en el literal c) del artículo 46 de la Ley 9a. de 1983 las palabras "TECNICOS Y". Suspendese provisionalmente los efectos de las palabras "TECNICOS Y" que aparecen en el inciso 1o. del literal c) del artículo 2o. del Decreto 2579 de 1983.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., julio veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 0154.
Actor: **James W. F. Raisbeck.**

Nulidad y suspensión provisional contra las palabras "TECNICOS Y" que aparecen en el artículo 2o. literal c) del Decreto Reglamentario 2579 de 1983. del Gobierno Nacional.

AUTORIDADES NACIONALES

Por hallarse ajustada a derecho habrá que admitir la demanda formulada por el ciudadano abogado James W. F. Raisbeck, en ejercicio de la facultad otorgada por el

artículo 84 del Código Contencioso Administrativo para obtener la nulidad de las palabras "TECNICOS Y" que aparecen en el artículo 2o. literal c) del Decreto Reglamentario No. 2579 de 1983.

Pero como simultáneamente solicita el actor la suspensión provisional de las palabras cuya nulidad se pretende, es necesario entrar a estudiar y decidir sobre esta medida cautelar solicitada por el demandante y autorizada por el artículo 152 del nuevo Código Contencioso Administrativo.

El actor considera que hay notoria y flagrante violación del literal c) del artículo 46 de la Ley 9a. de 1983 que dice reglamentar el decreto, por no aparecer en aquel las palabras cuya nulidad se pide y en consecuencia por haber incluido un factor adicional no contemplado en la norma que se dice reglamentada.

Dijo así el actor en la parte pertinente:

"En el literal c) de dicho artículo 46 se han enunciado *taxativa y claramente* una serie de conceptos cuyos pagos o abonos en cuenta requieren retener un impuesto de remesas del 12%.

"c- Dentro de estos conceptos *taxativamente* enunciados en dicho literal (c), se incluye *la prestación de servicios de asistencia técnica.*

"d- Al reglamentar este literal (c) del artículo 46 de la Ley 9a. de 1983, el Gobierno expidió el literal (c) del artículo 2o del Decreto Reglamentario 2579 de 1983, y una rápida lectura de este artículo demuestra a primera vista que al enunciar éste último taxativamente los conceptos que requieren la retención en la fuente a la tasa del 12%, dicho decreto reglamentario copió exactamente los mismos conceptos que aparecen en la norma superior, *pero agregando uno: LA PRESTACION DE SERVICIOS TECNICOS.*

"e- En efecto, el decreto reglamentario siguió exactamente el mismo orden que lleva la norma superior al ir enunciando los conceptos del literal (c) del artículo 46 de la Ley 9a. de 1983, *pero* al llegar a la "prestación de servicios de asistencia técnica", *concepto que aparece en la norma superior*, el decreto reglamentario decidió incluir no sólo a estos servicios (que está bien), sino agregar *la prestación de servicios técnicos* como otro concepto que debe estar sujeto a una retención del 12% de impuesto de remesas.

"f- O sea, que la norma *superior* exige en su literal (c), una retención del 12% de impuesto de remesas a:

"....prestación de servicios de asistencia técnica..."

"g- Mientras que la norma *reglamentaria* exige en su literal (c), una retención del 12% de impuestos de remesas a:

"...prestación de *servicios técnicos* y de asistencia técnica ...". Es decir, esta norma inferior exige retención del 12% de impuesto de remesas tanto a:

"— *prestacion de servicios de asistencia técnica,* como a

"— *prestación de servicios técnicos*"

Y más adelante dijo:

"Si lo anterior no fuere suficiente para dejar demostrado de bulto la flagrante violación en que ha incurrido el decreto reglamentario, estoy adjuntando a esta demanda una copia autenticada del concepto No. 7285 del Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos de fecha 2 de abril de 1984 (favor ver anexo No. 1). Ruego al Honorable Consejero referirse a la penúltima página (página 7) del concepto en donde aparece el acápite "Asistencia Técnica y Servicios Técnicos". Específicamente ruego referirse a los apartes bajo ese acápite que dicen:

" "Es de común aceptación que la *asistencia técnica implica la trasmisión de conocimientos".*

" "El *servicio técnico* es aquel en el cual la tecnología *se aplica directamente por el técnico u operario SIN comunicación o transferencia de conocimientos".*

"Además, estoy adjuntando como anexo No. 2, una copia autenticada de la Circular General No. 1 de julio 28 de 1982 del Director General de Impuestos. Le ruego al Honorable Consejo referirse a la mencionada circular adjunta.

"b- Favor ver el numeral 4) que se inicia en la página 7 de dicha circular, en donde se hace un análisis de los servicios de asistencia técnica (que son los servicios que la Ley 9a. de 1983, artículo 46, literal c, ordena quedar sujetos a una retención del 12%. Y precisamente bajo ese numeral 4 de la Dirección General de Impuestos dijo (favor ver página 8, tercer renglón) lo siguiente:

".... la definición que de asistencia técnica hace la norma reglamentaria está indicando que NO TODO SERVICIO TECNICO SIGNIFICA QUE HAYA SERVICIO DE ASISTENCIA TECNICA".

Es evidente que el primer inciso del literal c) del artículo 1o. del Decreto 2579 de 1983 que reglamenta la liquidación del impuesto de remesas por el pago en el exterior por diferentes conceptos, le agrego a la enumeración contenida en el literal c) del artículo 46 de la Ley 9a. de 1983 las palabras "TECNICOS Y".

No es tan obvia, como lo afirma el demandante, la diferencia entre la noción de "servicios técnicos" y "servicios de asistencia técnica" pero el actor tuvo buen cuidado de aportar con su demanda documentos en los que las autoridades administrativas competentes y técnicamente preparadas establecen diferencias. De esos documentos resulta palmario que para los efectos fiscales no es lo mismo la "asistencia técnica', que los "servicios técnicos" pues la primera se supone que se caracteriza por la trasmisión de conocimientos a terceros y la segunda comprende tan solo la aplicación directa de la técnica por un operario sin trasmisión de conocimientos.

Ahora bien, como de acuerdo con el inciso 2o.del artículo 152 del nuevo Código Contencioso Administrativo es procedente la suspensión provisional de los actos acusados si la violación de norma superior es manifiesta mediante una sencilla verificación de las normas "O de las pruebas aportadas"; en este caso la dudosa diferencia alegada por el demandante queda aclarada y confirmada con la presentación de los documentos expedidos por autoridad competente que asi la establecen y la determinan.

En esas condiciones, es evidente que el decreto reglamentario desbordó los alcances de la norma reglamentada incluyendo una noción diferente y adicional a las establecidas por la Ley; excediendo por lo tanto el ejecutivo su facultad reglamentaria, con violación del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Por las anteriores consideraciones deben suspenderse provisionalmente los efectos de las dos palabras cuya nulidad se pretende.

En consecuencia se dispone:

1.— Admítese la demanda de nulidad instaurada por el doctor James W. F. Raisbeck en su propio nombre, contra las palabras "TECNICOS Y" que aparecen en el artículo 2o. del literal c) del Decreto Reglamentario No. 2579 de 1983 expedido por el Gobierno Nacional.

2.— Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público;

3.— Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

4.— Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para que los demandados o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

5.— Suspéndese provisionalmente los efectos de las palabaras "TECNICOS Y" que aparecen en el inciso 1o., literal c) del artículo 2o. del Decreto 2579 de 1983.

Notifíquese y cúmplase.

Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO.— RENDIMIENTO DE TITULOS.— ¿Cuándo se causa? **(Decreto Legislativo 3803 de 1982. Artículo 62).**

Suspéndese provisionalmente el artículo 34 del Decreto Reglamentario 353 de febrero 14 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto diez y siete (17) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 0273.

El doctor Alberto Martínez Méndez, obrando en su propio nombre, solicita que previo el procedimiento de Ley se decrete la nulidad del artículo 34 del Decreto Reglamentario 353 de febrero 14 de 1984, por ser violatorio de los artículos 62 del Decreto Legislativo 3803 de 1982, 15 y 16 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 y Ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

La demanda reúne los requisitos legales, y, en consecuencia, al final de esta providencia se dispondrá su admisión, como además, el actor solicita la suspensión provisional, se procede a su estudio, mediante las siguientes consideraciones:

Las disposiciones cuya violación se acusa textualmente dispone:

Artículo 62 (inciso 2) del Decreto Legislativo 3803.

"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.

Artículo 15 del Decreto Legislativo 2053 de 1974:

"La renta liquida gravable se determina así: De la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean suceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción y que no haya 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 todo ingreso, con lo cual se obtiene la renta liquida. Salvo las excepciones legales, la renta liquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en el presente decreto".

Artículo 16 del Decreto Legislativo 2053 de 1974:

"Se entienden realizados: Los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago en el caso de las compensaciones o confusiones. Por consiguiente, los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas, sólo se gravan en el año o período gravable en que se causen".

Artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

3o. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y, resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

A su vez la disposición acusada dispone:

"Los contribuyentes que en el último día o período gravable posean títulos con descuento, o quienes durante el año o período gravable los hayan poseído, deberán declarar como ingreso en el respectivo período gravable por concepto de dichos títulos, la diferencia entre el valor patrimonial del título en el último día del período gravable respectivo o el valor de la enajenación si fue enajenado durante el período, y el valor patrimonial del título en el último día del período gravable inmediatamente anterior o su valor de adquisición cuando hubiere sido adquirido durante el respectivo período".

Alega el actor que entre el Decreto Legislativo 3003 de 1982 y la disposición reglamentaria — artículo 34 del Decreto 353 de 1984 existe una diferencia sustancial, en cuanto la norma superior expresa que el rendimiento se causa en el momento de la enajenación del respectivo título, al par que la norma reglamentaria establece lo contrario y obliga a declarar como ingreso la diferencia entre el valor patrimonial del título y el valor de adquisición, o sea la mera valorización, contrariando el principio de la realización de la renta.

Argumenta también el actor que el Gobierno no puede, en ejercicio de la facultad reglamentaria, modificar o abrogar para un caso determinado el principio fundamen-

tal como es el de la realización del ingreso ni modificar los hechos gravados por que excede la facultad reglamentaria.

Asiste razón al demandante porque la norma sustantiva o sea el artículo 62 del Decreto Legislativo 3803 de 1982 establece que el rendimiento se causa en el momento de la enajenación del respectivo título teniendo en cuenta la diferencia del valor nominal del título y el de colocación o la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación, y la norma reglamentaria, o sea el artículo 34 del Decreto 353 de 1984, varía el sistema al establecer como ingreso la diferencia entre el valor patrimonial del título en el último día del período gravable y el valor de adquisición, es decir, determina como ingreso la simple valorización del título como se anota en el libelo.

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.

3o. Fíjese en lista por el término de diez (10) días para que los demandados y los que deseen intervenir, puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

4o. Suspéndase provisionalmente el artículo 34 del Decreto Reglamentario 353 de febrero 14 de 1984.

Cópiese y notifíquese.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTOS.— CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS.— RENTA LIQUIDA.— DETERMINACION.— Evidentemente la exigencia contenida en el inciso 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de febrero 8 de 1975, contenido en el inciso 2o. al decir "cuando el contribuyente haga uso de las opciones consagradas en los numerales 1o. y 2o. del mismo artículo deberá acompañar a la declaración de renta y patrimonio copia auténtica del presupuesto del contrato etc., está en abierta contradicción con el inciso 2o. del numeral 2o. del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, norma que tiene el carácter de ley en sentido material".

Suspéndese provisionalmente la expresión "y 2o." del inciso 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de febrero 8 de 1975.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., octubre doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 0385.
Actor: **Héctor Julio Becerra Becerra.**

Acción de nulidad y suspensión provisional del inciso 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario No. 187 de 1975 proferido por el Gobierno Nacional.

El doctor Héctor Julio Becerra obrando en su propio nombre, instauró demanda ante esta Corporación a efecto de que declare la nulidad del inciso segundo del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de 1975, "en cuanto exige para la aceptación del sistema especial de determinación de la renta liquida autorizado por el numeral 2o. del artículo 69 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, que se acompañe a la declaración de renta y patrimonio copia auténtica del presupuesto del contrato".

La demanda reune los requisitos legales y por ello es procedente admitirla y ordenar el trámite correspondiente, y como se pide, además, la suspensión provisional se procede a su estudio mediante las siguientes consideraciones:

El tenor del artículo cuyo inciso 2o. del Decreto Reglamentario 187 de 1975 se acusa, expresa, bajo el epígrafe, "Contratos de Servicios Autónomos" artículo 88:

"Cuando en los contratos de servicios autónomos se den las condiciones previstas por el inciso primero del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, y el contribuyente se acoja al sistema contemplado en el numeral 1o. de dicho artículo, la parte de los ingresos recibidos no atribuible a los costos y deducciones efectivamente realizados en el ejercicio debe tratarse como ingreso diferido".

"Cuando el contribuyente haga uso de las operaciones consagradas en los numerales 1o. y 2o. del mismo artículo, deberá acompañar a la declaración de renta y patrimonio copia auténtica del presupuesto del contrato con las formalidades que en dicha norma se exigen y un cuadro contentivo de la contabilización de los ingresos, costos y deducciones durante el término de la ejecución".

La norma de mayor jerarquía a la cual se opone, según la demanda, es el artículo 69 del Decreto con fuerza de ley, 2053 de 1974 que a la letra dice:

"Cuando el pago de los servicios se haga por cuotas y estos correspondan a más de un año o período gravable, en la determinación de su renta líquida el contribuyente puede seguir las normas generales de contabilidad u optar por uno de los siguientes sistemas:

1o. Elaborar al comienzo de la ejecución del contrato un presupuesto de ingresos, costos y deducciones totales del contrato y atribuir en cada año o período gravable la parte proporcional de los ingresos del contrato que corresponda a los costos y deducciones efectivamente realizados durante el año. La diferencia entre la parte del ingreso así calculada y los costos y deducciones efectivamente realizados, constituye la renta líquida del respectivo año o período gravable. Al terminar la ejecución del contrato deben hacerse los ajustes que fueren necesarios".

2o. Diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos, hasta la realización de los ingresos a los cuales proporcionalmente corresponda".

"Cuando el contribuyente opte por el sistema a que se refiere el numeral 1o. de este artículo, el presupuesto del contrato debe estar suscrito por arquitecto, ingeniero u otro profesional especializado en la materia, con licencia para ejercer".

"Para que los contribuyentes puedan hacer uso de la opción consagrada en este artículo, deben llevar contabilidad".

PARAGRAFO.— "Los sistemas previstos en este artículo puedan aplicarse, en cuanto fueren compatibles, a de la industria de construcción".

El actor funda el cargo de ilegalidad de la norma reglamentaria, en cuanto exige a los contribuyentes que se acojan a la opción del numeral 2o. del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, acompañan a su declaración de renta y patrimonio copia auténtica del presupuesto del contrato cuando esa exigencia la hace la norma sustantiva solo para los contribuyentes que se acojan a la opción del numeral 1o. del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, y explica las dos situaciones diciendo que en el caso del numeral 1o. se trabaja con ingresos estimados, es decir, no reales ni realizados en el ejercicio y con costos y deducciones efectivamente realizados y en cambio en el sistema del numera' 2o. se trabaja con cifras reales de costos y deducciones efectivamente realizados y de ingresos realizados y efectivos; por ello en el primer evento, la necesidad de un presupuesto que debe elaborarse al comienzo de la ejecución del contrato de obra o de suministro, productor de la renta para presumir como ingreso de cada año o período gravable la parte proporcional de los ingresos presupuestados que corresponda a los costos y deducciones efectivamente realizado, por lo que es clara la razón de que exista un presupuesto.

SE CONSIDERA:

Evidentemente, la exigencia contenida en el inciso 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de febrero 8 de 1975, contenida en el inciso 2o., al decir "cuando el contribuyente haga uso de las opciones consagradas en los numerales 1o. y 2o. del mismo artículo, deberá acompañar a la declaración de renta y patrimonio copia auténtica del presupuesto del contrato etc., está en abierta contradicción con el inciso 2o. del numeral 2o. del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, norma que tiene el carácter de ley en sentido material, por cuanto en dicho inciso expresamente se dice:

"Cuando el contribuyente opte por el sistema a que se refiere el numeral 1o. de este artículo, el presupuesto de contrato debe estar suscrito por arquitecto, ingeniero u otro profesional especializado en la materia, con licencia para ejercer".

Tal exigencia es para los contribuyentes que se acojan a la opción del numeral 1o. del mismo artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, que precisamente comienza diciendo:

"1o. Elaborar al comienzo de la ejecución del contrato un presupuesto de ingresos, costos y deducciones totales del contrato" etc. y en cambio la opción del numeral 2o. a la que también pueden acogerse los contribuyentes, dice, "diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos, hasta la realización de los ingresos"— por lo cual cabe concluir que la exigencia del numeral 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de 1975, excede la competencia del Ejecutivo para reglamentar la ley con el solo fin de hacerla operante.— En consecuencia es el caso de suspender provisionalmente tal exigencia para los contribuyentes que se acojan a la 2o. opción del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974 en cuanto dice "y 2o." con fundamento en lo dispuesto en el artículo 152 inciso 2o. del Decreto 01 de 1984.

POR LO EXPUESTO SE RESUELVE:

1o. Admitir la demanda.

2o. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Directora de Impuestos Nacionales.

3o. Suspéndase provisionalmente la expresión "y 2o." del inciso 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de febrero 8 de 1975.

4o. Notifíquese al señor Fiscal ante esta Corporación.

5o. Fíjese en lista por el término legal.

Cópiese y notifíquese.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

PROTECCION DE LA INDUSTRIA Y DEL TRABAJO NACIONALES.— Decreto 1356 de 1984, es manifiestamente violatorio del artículo 5o. de la Ley 19 de 1982, del artículo 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983 y de los 14 artículos de la Ley 48 de 1983, en consecuencia, se suspende provisionalmente.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4819.

El demandante solicita que se declare la nulidad de todas las disposiciones del Decreto 1356 de 1984, dictado por el Gobierno Nacional "en desarrollo" de la "ley marco" 48 de 1983. Pide además que se decrete la suspensión provisional del mencionado decreto en su totalidad. La demanda es admisible, pero debe el ponente comenzar por el examen de esta última solicitud.

I. Síntesis del acto acusado y normas aledañas

Como se acaba de decir, el decreto en referencia fue dictado en desarrollo de la ley marco 48 de 1983, más concretamente en virtud del artículo 1o. de ésta (pues no se encuentra en ella norma otra alguna que pueda acercarse al tema del decreto), artículo que dice:

"Artículo 1o. *De las pautas generales que deberán orientar el comercio exterior.*

"Las normas que expida el Gobierno Nacional en materia de comercio exterior deberán consultar prioritariamente las siguientes pautas:

"1o. Promover las exportaciones de bienes y servicios, su diversificación y estimular la industria y los sectores productivos nacionales.

"2o. Facilitar el desarrollo y la aplicación de los tratados internacionales vigentes.

"3o. Adecuar en forma permanente la legislación nacional a los cambio del comercio internacional".

El decreto acusado, que contiene 27 artículos, versa sobre la protección de la industria y del trabajo nacionales. Según su artículo 1o. se aplica solo a "los contratos que

celebren las entidades departamentales, municipales, el Distrito Especial de Bogotá, y sus entidades descentralizadas".

El contenido del acto acusado es una reproducción literal (a veces con ligerísimas diferencias de mera forma) del título X (artículos 268 a 286) del Decreto-Ley 222 de 1983 sobre contratos administrativos del sector nacional más el Decreto 1355 de 1984, reglamentario de aquel título (también anexo a la demanda en copia). El actor hace en la demanda una lista de equivalencias de los artículos del acto acusado con los de los otros dos estatutos, que es exacta salvo en lo que sigue: 1) El literal g) debe comenzar diciendo "El artículo 7o....; 2) El literal i) debe decir "al artículo 4o. del Decreto 1355 de 1984"; 3) Los literales 1) y siguientes deben decir 1356 en vez de 1352; y 4) El literal t) debe mencionar el artículo 23 del Decreto 1356 de 1984, pero esto no coincide con el artículo 247 del Decreto-Ley 222 de 1983 (detalle que no tiene interés para el presente auto, dado el carácter muy secundario de esa norma). En conjunto la equivalencia de textos es verdadera, más existe una diferencia de campo de aplicación que se indica ahora.

El Decreto-Ley 222 de 1983 había sido expedido en virtud de facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por la Ley 19 de 1982, cuyo artículo 5o. dispuso "En el desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las inhabilidades e incompatibilidades"... Y en armonía con ello, el Decreto-Ley 222 de 1983 en el inciso 4o. de su artículo 1o. estableció: "Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios". Excluyó, pues para los contratos Departamentales y Municipales el Título X relativo a la protección de la industria y el trabajo nacionales.

La diferencia de fondo entre el Título X del Decreto-Ley 222 de 1983 y el Decreto Reglamentario 1355 de 1984, por una parte, y el Decreto "enmarcado" 1356 de 1984, por la otra, consiste en que los dos primeros rigen para los contratos nacionales al paso que el último dice gobernar los contratos departamentales y municipales. De modo que en suma lo que hizo el Decreto 1356 de 1984 fue unificar la protección de la industria y el trabajo nacionales en los contratos administrativos de todos los sectores de Colombia: el nacional, el departamental y el municipal (incluso el bogotáno).

El actor se ha abstenido de mencionar la conveniencia o inconveniencia del acto acusado, pero aunque se hubiera referido a ellas, en este proceso sería forzoso pasarlas por alto. Sobra, pues, describir en detalle el contenido de dicho acto.

II. IMPUGNACION

El actor distribuye los cargos en dos capítulos: uno extenso destinado a la sentencia, y otro relativamente breve que da como sustento de la petición de suspensión provisional. Dentro de este último formula cinco cargos que él tiene por violaciones manifiestas de normas diversas, y explica cuidadosamente su concepto sobre cada una de ellas.

El ponente cree que basta seleccionr tres, relativos en su orden a los 14 artículos de la Ley 48 de 1983, al artículo 5o. de la Ley 19 de 1982, y al artículo 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983. A continuación se resumen las explicaciones del actor que el suscrito comparte, no sin advertir que al resumirlas pierden algo de la índole de evidencia que revelan en la demanda.

III. CONSIDERACIONES DEL SUSTANCIADOR

A) El Decreto 1356 de 1984 tiene carácter de simple estatuto reglamentario, fundado en la ley marco 48 de 1983 y en los ordinales 22 de los artículos 76 y 120 de la Constitución Nacional; el mismo carácter tiene el Decreto 1955 de 1984, aunque se funda en otra norma reglamentaria, el Título X del Decreto-Ley 222 de 1983, y en otra norma constitucional, el ordinal 3o. del artículo 120. Ni uno ni otro decreto reglamentario pueden derogar leyes, según lo disponen claramente los artículos 118, ordinal 8o. y 214 de la Constitución Nacional, y ambos han de subordinarse a las leyes reglamentarias por ellos.

Carácter superior tiene, en cambio, el Decreto-Ley 222 de 1983. No puede derogar ni desbordar la Ley 19 de 1982 en virtud de la cual se expidió, pero tiene fuerza de ley y puede derogar otras leyes, según lo disponen las normas de la Constitución Nacional que se acaban de citar.

Y carácter superior a este decreto, en cuanto carecen de aquella limitación, tienen la Ley 19 de 1982 y las demás leyes ordinarias.

B) Dado ese orden jerárquico y la circunstancia de que el decreto acusado, el 1356 de 1984, diverge tanto del artículo 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983 (que limitó la aplicación de su Título X —protección a la industria y al trabajo nacionales a los contratos de carácter nacional) como del artículo 5o. de la Ley 19 de 1982 (que estableció la misma restricción), la demanda suscita tres sencillos interrogantes:

1o. La restricción contenida en los artículos 5o. de la Ley 19 de 1982 y 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983, ¿fue derogada por la ley marco 48 de 1983? En caso afirmativo y suponiendo que el decreto acusado hubiera observado correctamente la ley marco, aquel sería impecable. Pero la respuesta es forzosamente negativa, pues en ninguno de los 14 artículos de la ley marco se halla voluntad incompatible con la de aquellas normas anteriores. Sería absurdo pensar, por ejemplo, que en el artículo 1o. de esa ley apareciera dicha voluntad incompatible, porque entonces habría que afirmar, vr. gr., que ese artículo derogó también los Códigos Civil, Comercial y Laboral. Luego la Ley 19 de 1982 y el Decreto-Ley 222 de 1983 no fueron derogados por la Ley 48 de 1963.

2o. La restricción contenida en los artículos 5o. de la Ley 19 de 1982 y 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983, ¿fue derogada por el decreto acusado, el número 1356 de 1984? Tampoco podía serlo, porque este último es de menor jerarquía, simplemente reglamentaria. Luego el artículo 5o. de la Ley 19 de 1982 y el 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983 siguen vigentes.

3o. El Decreto acusado, 1356 de 1984 ¿respetó la ley marco 48 de 1983 como lo exigen el ordinal 22 del artículo 76 y el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional? No. Por el contrario, la violó, pues esta ley no derogó la restricción establecida por los artículos 5o. de la Ley 19 de 1982 y 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983. Luego la totalidad del decreto acusado infringió por entero la ley marco.

C) De lo dicho se concluye que todo el decreto acusado es manifiestamente violatorio del artículo 5o. de la Ley 19 de 1982, del artículo 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983 y de los 14 artículos de la Ley 48 de 1983: debe ser suspendido provisionalmente.

IV. DECISION

A) Admítese la demanda. En consecuencia:

1o. Notifíquese personalmente a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Fiscal del Consejo;

2o. Luego de ello, fíjese en lista por el término de diez días, durante el cual la parte demandada y los intervinientes podrán contestar la demanda, proponer excepciones y pedir la práctica de pruebas; y

3o. Solicítese al señor Ministro de Desarrollo Económico que se sirva enviar para este proceso los antecedentes administrativos del decreto acusado.

B) Suspéndese provisionalmente la vigencia del Decreto 1356 de 1984 expedido "en desarrollo" de la Ley Marco 48 de 1983. En firme este auto, comuníquese la suspensión al señor Ministro de Desarrollo Económico.

Notifíquese y cúmplase.

Miguel Betancourt Rey.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO DE COLOCACION DE AVISOS EN LA VIA PUBLICA.— Suspéndese provisionalmente la frase "Y Comunicación al Público" contenida en el artículo 10 del Decreto Reglamentario 3070 de 1983.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro.

Referencia: Expediente No. 0459.
Actor: **Lucy Cruz de Quiñones C.**
Gobierno Nacional. Autoridades Nacionales.

Nulidad y suspensión provisional del artículo 10, inciso 1o. del Decreto Reglamentario No. 3070 de noviembre 3 de 1983, proferido por el Gobierno Nacional.

La doctora Lucy Quiñones Nieto, obrando en su nombre personal instauro demanda ante el Consejo de Estado para que previo el trámite de ley, declare la nulidad de la frase "a toda modalidad de avisos, o vallas y comunicación al público" contenida en el artículo 10 del Decreto Reglamentario 3070 de 3 de noviembre de 1983 y se dictan otras disposiciones".— El libelo reúne los requisitos de la ley, y en tal virtud es procedente admitirla, como se dirá en la parte resolutiva de esta providencia; y como además, pide que se decrete la suspensión provisional de la parte del artículo 10 del Decreto Reglamentario 3070 de 3 de noviembre de 1983, ya transcrita, se procede a su estudio mediante las siguientes consideraciones:

El artículo 10 del Decreto Reglamentario 3070 de noviembre 3 de 1983 en su tenor literal expresa:

Artículo 10.— "El impuesto de avisos y tableros de que trata el artículo 37 de la Ley 14 de 1983 se aplica a toda modalidad de aviso, valla y comunicación al público."

"Este impuesto será el único gravamen municipal para los avisos del contribuyente; lo anterior sin perjuicio del Impuesto de Industria y Comercio que deban tributar las agencias de publicidad por su actividad. Las respectivas entidades territoriales determinarán a través de sus oficinas competentes, los lugares, dimensión, calidad, número y demás requisitos de los avisos".

El artículo 37 de la Ley 14 de 1983, al cual reglamenta el artículo 10 del Decreto 3070 de noviembre 3 de 1983 transcrito anteriormente dice:

Artículo 37.— "El impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915 se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del Impuesto de Industria y Comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste fijada por los Consejos Municipales".

La acusación de contrariedad con norma superior de derecho es la base fundamental para pedir la suspensión provisional, en la demanda el actor alega que, "el Decreto Reglamentario 3070 de 1983, viola la Ley 4 de 1983 que pretende reglamentar y la Ley 97 de 1913, ley creadora del tributo, por extralimitación de la potestad reglamentaria, y consecuencialmente, el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional por exceso de poder en el ejecutivo de la potestad reglamentaria, puesto que el inciso 1o. del artículo 10 norma acusada, extiende el hecho generador *a toda modalidad de aviso, valla y comunicación al público*, cuando la ley 97 lo limita a los avisos fijados en la vía pública, los cafés y establecimientos públicos y a los colocados en coches, tranvías y estaciones de ferrocarril".

El artículo acusado dice:

"El impuesto de Avisos y Tableros de que trata el artículo 37 de la Ley 14 de 1983, se aplica *a toda modalidad de aviso, valla y comunicación al público.*" (subrayada la frase violatoria)"

"La amplitud del hecho generador es materia reservada a la ley, por mandato constitucional (artículo 43 de la Constitución Nacional), ya que en tiempos de paz el Congreso puede establecer atributos en ejercicio de la potestad tributaria originaria y las Asambleas y Consejos subordinados sus mandatos a la Constitución y la Ley, en desarrollo de su potestad tributaria derivada. Pero no puede el Ejecutivo, por vía reglamentaria, sobrepasar el contenido de la ley, para fijar impuestos sobre hechos que no han sido considerados por el Legislador como vinculantes para el nacimiento de la obligación tributaria. El Ejecutivo al ordenar que el impuesto se aplique a *toda modalidad de aviso*, incluye nuevos hechos gravados así:"

"No solamente quedan gravados los avisos que exhiben los establecimientos mercantiles, sino los avisos del periódico, de la televisión, del directorio telefónico, de los almanaques, revistas, panfletos y otros que en Colombia no generan impuesto municipal, por no estar autorizados en Ley alguna".

"El extremo de la violación la constituye la frase contenida en el texto acusado; "y comunicación al público", puesto que ese tipo de contactos del empresario con el

público no fueron gravados por la Ley 97 ni por la Ley 14.— Cualquier carta o comunicado con el público generaría el impuesto si se acepta la legalidad del acto acusado, creando por vía de reglamento, impuestos no contemplados en la norma superior".

SE CONSIDERA:

La Ley 97 de 1913 en su artículo 1o. literal k) autorizó al Municipio de Bogotá para crear y recaudar el impuesto que denominó de colocación de avisos en la pública en los siguientes vía términos:

Artículo 1o.— "El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental:... k) Impuesto por colocación de avisos en la vía pública, interior y exterior de coches, de tranvías, estaciones de ferrocarriles, cafés y cualquier establecimiento público".

Posteriormente la Ley 84 de 1915 en el artículo 1o. dijo:

Artículo 1o.— "Los Concejos tendrán las siguientes atribuciones, además de las que le confiere el artículo 169 de la Ley 4o. de 1913:

a) Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1o. de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales hayan concedido o les conceda en lo sucesivo dichas atribuciones".

El artículo 37 de la Ley 14 de 1983, como surge de su texto, solo le fija una tarifa y lo hace complementario del impuesto de industria y comercio, por lo que su definición es la contenida en la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915; el hecho que genera el impuesto consiste en la colocación de avisos en la vía pública, interior y exterior de coches, tranvías y estaciones de ferrocarril, cafés y cualquier establecimiento público, 'según el literal k) del artículo 1o., de la Ley 97 de 1913. El decreto reglamentario, en el artículo 10, estima como hecho imponible, generador del gravamen", no solo a los avisos y vallas, sino a toda modalidad de "comunicación al público", lo que lógicamente comprende los avisos por radio y periódicos hablados y escritos, extendiendo el ámbito del impuesto más allá de lo prescrito en la norma sustantiva, que solo permite gravar los avisos y vallas que aparezcan en cualquier establecimiento público, que no es lo mismo que gravar toda modalidad de "comunicación al público", en lo que se ha excedido el Ejecutivo, se suspenderá provisionalmente los efectos de la expresión "Y COMUNICACION AL PUBLICO" conforme a lo expuesto.

Por lo expuesto, se decide:

1o. Admítase la demanda;

2o. Suspéndase provisionalmente la frase "Y Comunicación al Público."

3o. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, a la Directora de la Dirección General de Impuestos Nacionales y al Fiscal ante esta Corporación.

4o. Fíjese en lista por el término y para los efectos legales.

Notifíquese.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS.— EMPLEADOS DE LA POLICIA NACIONAL.— UNIFORMADOS Y CIVILES.— ENTIDAD SANCIONADA Y NORMAS APLICABLES.— Evolución legislativa. Decreto 1835 de 1979. Decreto Ley 2137 de 1983. ¿Cómo debe entenderse la Ley 25 de 1974 en cuanto a la vigilancia de la Procuraduría?

Consecuencia jurídica de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre los Decretos Ley Nos. 1835 de 1979 y 2137 de 1983.

Suspensión provisional de la vigencia de los artículos 1o., 5o. y 7o. del Decreto Reglamentario 2755 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., diez (10) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4866.

La demanda que antecede es admisible pero, antes de decidirlo así debe el ponente ocuparse en la petición de suspensión provisional del acto acusado.

Esta petición invoca los artículos 3o., 14 y 23 de la Ley 25 de 1974, el artículo 20 del Decreto-Ley 2137 de 1983, el artículo 4o. del Decreto-Ley 1835 de 1979 y los artículos 20, 51, 62, 76 (9o. y 10) y 120 (ordinales 2o y 3o.) de la Constitución Nacional.

Los textos acusados del Decreto 2755 de 1984, reglamentario del artículo 4o. del Decreto-Ley 1835 de 1979 dicen:

"ARTICULO 1o.— Al personal uniformado y civil de la Policía Nacional, solamente se le podrán aplicar las sanciones disciplinarias que establece el Reglamento de Disciplina y Honor de la Institución, contenido en el Decreto-Ley 1835 de 1979".

"ARTICULO 5o.— Si se adelantare simultáneamente investigaciones disciplinarias, por los mismo motivos, por la Policía Nacional y por la Procuraduría Delegada, la actuación de la Procuraduría Delegada se remitirá al investigador de la Policía Nacional, para que continúe el trámite respectivo. La Procuraduría Delegada ejercerá la vigilancia de los funcionarios investigadores de la Policía Nacional".

"ARTICULO 7o.— Cuando la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, encuentre mérito para sancionar dentro de una acción disciplinaria adelantada por los procedimientos de la Ley 25 de 1974, emitirá su providencia de fondo y en la misma solicitará a la Policía Nacional, la imposición de la sanción al inculpado, la cual será impuesta por el respectivo superior jerárquico de la Institución, sujetándose a la escala de sanciones señalada en el Reglamento de Disciplina y Honor de la Policía Nacional".

El concepto de la violación consiste en que el decreto acusado, por una parte, en su artículo 1o. impide al Procurador Delegado para la Policía Nacional imponer o solicitar las sanciones que establece el artículo 14 de la Ley 25 de 1974, pues limita éstas a las que contempla el Decreto-Ley 1835 de 1979; por otra parte, en su artículo 5o. impide a aquél ejercer esa potestad de sancionar y coloca a la Procuraduría en inferioridad de condiciones frente al investigador de la Policía Nacional, al contrario de lo que hacen los artículos 8o., 14 y 23 de la Ley 25 de 1974; y, por último, en su artículo 7o. termina la "potestad de sancionar o solicitar coactivamente la imposición de sanciones que tiene por ley la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional y dentro del escalafón que esta previsto en el artículo 14 citado de la Ley 25 de 1974".

Confrontadas las normas acusadas del decreto reglamentario con las de la Ley 25 de 1974, no cabría casi pensar en que aquellas sean violatorias, sino en que las de la ley fueron modificadas parcialmente en lo relativo a la Policía Nacional por el Decreto-Ley 1835 de 1979, máxime cuando el artículo 264 de este fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de junio de 1980 (con cierta desarmonía, es verdad, entre la parte motiva y la resolutiva).

Pero posteriormente se dictó el Decreto-Ley 2137 de 1983, del cual hicieron parte estas normas:

"ARTICULO 1o.— La Procuraduría General de la Nación designará un Procurador Delegado para que ejerza la vigilancia administrativa y demás funciones señaladas por la Ley, en relación con el personal de la Policía Nacional, de la Caja de Sueldos de Retiro y del Fondo Rotatorio de la misma".

"ARTICULO 2o.— En materia disciplinaria al personal de la Policía Nacional le serán aplicadas en forma exclusiva, las disposiciones del Reglamento de Disciplina y Honor de la Institución y únicamente por las autoridades en él señaladas como competentes".

Ambos artículos fueron acusados de inexequibilidad, y la Corte Suprema de Justicia, en fallo que como es bien sabido opera *erga omnes*, incluso ante el Consejo de Estado, tuvo por exequible el artículo 19. Pero en cuanto al 20, pese a ser casi idéntico al mencionado 264, encontró que sus expresiones "en forma exclusiva" y "únicamente" reñían con los artículos 143, 145 y 150 de la Constitución Nacional, de suerte que aquel artículo debía ser "podado".

En una de las páginas de esta sentencia que es la número 129 de 1984 dictada en el proceso No. 1229, se lee:

"En cambio, el resto del mismo artículo transcrito, o sea lo no subrayado, se declara exequible. Este quedará así:

"Artículo 20.— En materia disciplinaria al Personal de la Policía Nacional le serán aplicadas... las disposiciones del Reglamento de Disciplina y Honor de la Institución... por las autoridades en él señaladas como competentes".

"La Corte encuentra dicha parte ajustada a la Constitución en el obvio entendimiento de que su vigencia significa lo siguiente: 1o.) Que al personal de la Policía Nacional le serán aplicadas las disposiciones del Reglamento de Disciplina y Honor *tanto por las autoridades de la Institución que jerárquicamente en él se señalan como competentes, como a prevención aún por las autoridades competentes de la Procuraduría General de la Nación, y, 2o.) Que al referido personal de policía también le son aplicables las demás disposiciones disciplinarias que sobre faltas, deberes, prohibiciones y procedimientos rijan para los otros empleados oficiales de la Rama Administrativa del Poder Público en lo nacional, que no se hallen contempladas en aquel Reglamento, y por parte de los funcionarios de la Procuraduría General señalados en las leyes".*

Dada esta nueva circunstancia, resulta que los artículos 89, 130, 141 y 264 del Decreto-Ley 1835 de 1979 quedaron modificados o al menos interpretados por el "podado" artículo 20 del Decreto-Ley 2137 de 1983, así: al personal uniformado y civil de la Policía Nacional no "solamente" se le podrán aplicar las sanciones disciplinarias establecidas por el Decreto-Ley 1835 de 1979; ni se les podrá imponer "únicamente" la autoridad policiva señalada en éste, sino ella o la Procuraduría "a prevención", como lo dijo la Corte.

Ahora bien, ya que los artículos 1o., 5o. y 7o. del Decreto Reglamentario 2755 de 1984 pugnan con el contenido actual del artículo 20 del Decreto-Ley 2137 de 1983, y la incompatibilidad es ostensible, resulta forzoso para el ponente decretar la suspensión provisional de aquellos.

Por lo dicho, el sustanciador decide:

A) Admítese la demanda. En consecuencia:

1o. Notifíquese personalmente a los señores Ministro de Defensa Nacional, Director General de la Policía Nacional y Fiscal del Consejo de Estado.

2o. Fíjese en lista por el término de diez días, dentro del cual los demandados o intervenientes podrán contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas; y

3o. Solicítese al Ministerio de Defensa Nacional el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado.

B) Decrétase la suspensión provisional de la vigencia de los artículos 1o, 5o. y 7o. del Decreto Reglamentario 2755 de 1984. En firme este auto, comuníquese la suspensión a los señores Ministro de Defensa y Director General de la Policía Nacional.

Notifíquese.

Miguel Betancourt Rey.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

IMPUESTO A LAS VENTAS.— EXPORTADORES Y PRODUCTORES.— (Suspensión Provisional).

1.— La Ley (Decreto 3541 de 1983, artículo 19 a), impone la obligación de:

1. Presentar declaración bimestral para los exportadores y para los productores de bienes exentos. El reglamento (Decreto 1813 de 1984. Artículo 1o.) condiciona lo establecido por la ley a un hecho no requerido por ésta.

2. ¿Qué debe contener la declaración de renta?

3. Exención a exportaciones. Exención IN REM O IN PERSONAE. Punto de vista finalistico sobre la exención.

4. Solicitudes de devolución o compensación. Requisitos.

5. Abonar en la contabilidad de la cuenta "Impuesto a las ventas por pagar", de quienes presenten solicitudes de devolución o compensación.

6. Suscripción por el revisor fiscal de las relaciones que debe presentar el responsable para solicitar devolución o compensación.

7. Término para la realización de la exportación.

8. Devoluciones que resulten improcedentes.

9. Aceptación de costos y deducciones.

10. Exclusión del impuesto a las ventas para ventas de casas prefabricadas, cemento, concreto, ladrillos y tejas de barro o de asbesto cemento ¿Qué se requiere?

11. Café soluble, ¿Esta exento o está excluido?

12. Cálculo de descuento del impuesto.

13. Saldo a favor de los responsables.

Suspéndese provisionalmente los siguientes aspectos del Decreto 1813 de 1984.

a) Artículo 1o.

Inciso 1o., se suspende la expresión "Cuando del promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a favor por concepto de impuesto sobre las ventas".

Inciso 2o., se suspende todo.

En consecuencia el artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984 se leerá así: "Están obligados a presentar declaración bimestral del impuesto sobre las ventas los productores de bienes exentos y los exportadores".

b) Artículo 12. Se suspende todo.

c) Artículo 25. Se suspende la expresión "sea un consumidor final" y la expresión "En este caso el adquirente que sea consumidor final deberá informar por escrito tal circunstancia al vendedor, con el fin de que éste liquide el impuesto correspondiente aplicando la tarifa del 10%. En el inciso 1o. suspéndese también el inciso 2o.

Por tanto el artículo 25 del Decreto 1813 de 1984 se leerá así:

El artículo 25 del Decreto 570 de 1984 quedará así:

"La venta de casas prefabricadas cuyo valor unitario no exceda de 1.300 unidades de UPAC, así como la venta de cemento, concreto, ladrillos y tejas de barro y tejas de asbesto-cemento están excluídas del impuesto sobre las ventas, salvo cuando el adquirente destina las casas prefabricadas para fines diferentes a los de vivienda popular o cuando destine los demás bienes a que se refiere este artículo para fines diferentes de la construcción de vivienda.

d) Artículo 27. Se suspende todo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., diciembre seis (6) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Sustanciador: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 0380.

Nulidad y suspensión provisional de los artículos 1o., inciso 1o, 3o. literal a); 8o. literal c), e) parágrafo inciso 1o., 19 inciso 2o. de su parágrafo 2o, 10, inciso 5o.; 11, 12, 16, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 36 del Decreto Reglamentario 1813 de julio 23 de 1984.

Demandantes: **Celso V. Amaya Mantilla y Alberto Barco Vargas.**

Los ciudadanos Celso Vicente Amaya Mantilla y Alberto Barco Vargas han demandado la nulidad y suspensión provisional de numerosos artículos, incisos y párrafos de artículos del Decreto Reglamentario 1813 de 1984 por violación de normas jurídicas superiores principalmente del Decreto-Ley 3541 de 1983.

Por reunir los requisitos de ley procede admitir la demanda como efectivamente se hace en la parte resolutiva de este auto. Sobre la suspensión provisional solicitada es necesario analizar cada uno de los cargos separadamente.

1o.) *Artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984.*

a) Norma acusada:

Reza así la norma acusada:

"ARTICULO 1o.— Están obligados a presentar declaración bimestral del impuesto sobre las ventas, los productores de bienes exentos y los exportadores, cuando del promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a su favor por concepto de impuesto a las ventas.

Cuando no exista declaración de ventas por el año anterior, el productor de bienes exentos o el exportador, podrá optar por declarar bimestral o anualmente. En los demás casos la declaración de ventas se presentará anualmente".

b) Norma que se dice contrariada:

Considera el actor que la norma acusada viola el artículo 19-a) del Decreto 3541 de 1983. Reza así la norma que se dice contrariada.

"ARTICULO 19. El período fiscal del impuesto sobre las ventas será:

"a) Bimestral, para los productores y exportadores con derecho a devoluciones.

"b) Anual, para los demas responsables.

"PARAGRAFO.— En el caso de liquidación durante el ejercicio, el período fiscal se regirá por lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 52 de 1977.

"Cuando se inicien actividades durante el ejercicio, el período fiscal será comprendido entre la fecha de iniciación de actividades y la fecha de finalización del respectivo período".

Según el actor la violación es ostensible pues mientras el decreto-ley obliga la declaración bimestral a los exportadores y a los productores con derecho a devolucio-

nes las norma reglamentaria condiciona esta obligación a que el "promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a su favor por concepto de impuesto a las ventas".

Para el suscrito conductor del proceso la violación es ostensible: la ley impone la obligación de presentar declaración bimestral para los exportadores y para los productores de bienes exentos: el reglamento *condiciona* lo establecido por la ley a un hecho no requirido por ésta. Por esta razón se suspenderá la expresión "cuando del promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a su favor por concepto del impuesto a las ventas". Igualmente se hace necesario suspender el segundo inciso del artículo acusado pues su sentido *depende* de la vigencia de la norma suspendida.

Ciertamente el Gobierno quiere favorecer a algunos responsables del impuesto sobre las ventas aliviando su obligación de presentar su declaración tributaria con tanta frecuencia y al mismo tiempo simplificar problemas en la administración del tributo. Pero si ello quiere lograr debe hacerlo por los cauces institucionales y no contrariando en forma flagrante el texto de la ley. Razones de *iure condendo* no puede prevalecer en esta materia sobre los raciocinios de *iure condito*.

2o.) *Artículo 3o. del Decreto 1813 de 1984*

a) Norma acusada:

Reza así la norma acusada.

"ARTICULO 3o.— Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983, la declaración bimestral de ventas se tendrá por no presentada en los siguientes casos:

"a) Cuando no se presente en la Administración de Impuestos correspondiente al domicilio principal del responsable.

"b) Cuando no cumpla con alguna de las exigencias de los literales c), d), g) o h) del artículo anterior".

b) Normas que se dicen violadas:

b.1) Artículo 71 de la Ley 9a. de 1983.

"ARTICULO 71.— El contribuyente podrá corregir los errores o modificar los factores de su declaración tributaria, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar.

"No se entenderá cumplido el deber de presentar la declaración tributaria, cuando ésta se limite a consignar las bases que el contribuyente considere gravables. Para cumplirlo se requiere además, especificar los factores necesarios para determinar la renta, el patrimonio gravable, las ventas gravables y sus correspondientes impuestos de acuerdo con las exigencias de los formatos oficiales".

b.2) Artículo 20 del Decreto 3541 de 1983

"ARTICULO 20.— Los responsables del impuesto incluídos los exportadores, deben presentar declaración de ventas, la cual corresponderá al respectivo período fiscal, y deberá contener:

"a) El formulario debidamente diligenciado.

"b) El nombre o razón social y la identificación tributaria de los proveedores de bienes y servicios cuya adquisición dé lugar a descuento; valor global por proveedor e impuesto descontable.

"El nombre o razón social y la identificación tributaria de los adquirentes de bienes que hayan sido devueltos o cuyas adquisiciones de bienes y servicios hayan sido anulados, rescindidas o resueltas y den derecho a deducción, valor global por adquirente e impuesto deducible.

"Esta información sustituye, en lo pertinente, la que debe suministrarse con la declaración de renta.

"c) La firma del revisor fiscal, cuando de acuerdo con el Código de Comercio y demás normas vigentes sobre la materia, estén obligados a tener revisor fiscal. Para los responsables no obligados a tener revisor fiscal, la firma del contador público, vinculado o no laboralmente a la empresa, cuando el patrimonio bruto en el último día del año o período gravable sea superior a veinte millones de pesos ($ 20.000.000) o cuando las ventas brutas anuales a los ingresos brutos anuales por prestación de servicios gravados, sean superiores a diez millones de pesos ($ 10.000.000).

"Cuando la declaración de ventas presente saldos a favor, deberá ser firmada por el revisor fiscal o en su defecto por contador público, cuando la empresa no estuviere obligada a tener revisor fiscal.

"d) La liquidación privada del impuesto.

"e) La prueba del pago de la sanción por extemporaneidad, cuando ésta fuera procedente.

"f) La prueba del pago del impuesto correspondiente a la totalidad del período y de los intereses moratorios cuando haya lugar a ellos.

"g) La dirección del responsable.

"h) La firma del responsable o de su representante legal.

"PARAGRAFO.— La Administración Tributaria no podrá recibir la declaración de ventas, hasta tanto se acredite el pago total del tributo correspondiente al período materia de la misma, los intereses moratorios y la sanción por extemporaneidad a que hubiere lugar.

"PARAGRAFO 2o.— La declaración de ventas deberá presentarse en la Administración de Impuestos correspondiente al domicilio principal del responsable; cuando ello se haga en lugar diferente, se tendrá por no presentada.

"PARAGRAFO 3o.— Cuando la declaración de ventas no cumpla con las exigencias de los literales c), d), g) y h) de este artículo, se tendrá por no presentada.

"Lo dispuesto en los parágrafos de este artículo, se aplicará sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983".

De una simple y elemental lectura de las normas puede verse que no existe en el asunto contrariedad ostensible. En realidad el texto del reglamento está en armonía

con la ley: esto sin perjuicio de examinar nuevamente el tema en el momento del fallo. Considera el actor que el reglamento incluyó una causal no prevista en la ley para considerar que el responsable no cumplió con su deber de presentar declaración tributaria: la de no presentarlo en la Administración de su domicilio. Para el suscrito conductor del proceso esa situación también está contemplada en la ley: Parágrafo 2o. del artículo 20 del Decreto 3541 de 1983.

3o. *Literal c) artículo 8o. Decreto 1813 de 1984*

a) Norma acusada:

"ARTICULO 8o.— Se consideran exportadores:

"a) Quienes vendan al exterior bienes corporales muebles.

"b) Las sociedades de comercialización internacional que vendan a compradores en el exterior bienes corporales muebles producidos en Colombia por otras empresas.

"c) Los productores que vendan en el país bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional a condición de que tales bienes sean efectivamente exportados".

b) Norma violada. Decreto 3541 artículos 63 y 28:

"ARTICULO 63.— También se encuentran exentos del impuesto, los bienes corporales muebles que se exporten; el servicio de reencauche y los servicios de reparación a las embarcaciones marítimas y a los aerodinos, de bandera o matrícula extranjera, y la venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional siempre que hayan de ser efectivamente exportados".

"ARTICULO 28.— Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, únicamente tendrán derecho a devoluciones, o a compensaciones con el impuesto de renta del mismo contribuyente o responsable:

"a) Los productores de bienes de que trata el Capítulo XVI del presente Decreto.

"b) Los exportadores".

c) Argumento del demandante:

"3. Demandamos la nulidad y suspensión provisional del literal c) del artículo 8o. del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, pues dicha disposición considera "exportadores" a los "productores que vendan en el país bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional a condición de que tales bienes sean efectivamente exportados", por lo cual viola preceptos del Decreto-Ley 3541 de 1983, según la siguiente relación:

"a) El artículo 63 del Decreto-Ley 3541 citado, pues según éste se exenciona del impuesto "la venta de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional siempre que hayan de ser efectivamente exportados", cosa bien diferente a considerar como exportadores a los productores que hagan dicha venta, sentido que sin embargo pretende darse en la disposición reglamentaria acusada.

"b) En consecuencia, se transgrede el artículo 28 del citado Decreto 3541, so pretexto de reglamentarlo, pues resulta innecesario e ilegal calificar de exportadores a los

sujetos mencionados, para efectos de reconocer en su favor el derecho a devoluciones, toda vez que según el literal a) de la norma legal invocada, también los "productores de bienes de que trata el Capítulo XVI del presente Decreto", dentro de los cuales se contemplan los vendidos a las Compañías comercializadoras internacionales para ser exportados, gozan de tal privilegio.

"Aún más, resulta todo un contrasentido realmente que se convierta en "exportadores" a quienes no exportan, impropiedad que adicionalmente puede reportar a estos sujetos explicables dificultades cuando, habiéndose reportado bajo una calidad que realmente no poseen, no puedan cumplir con las informaciones y requisitos de una exportación no realizada para efectos de acceder al reconocimiento de las devoluciones de impuestos.

"c) De otra parte, la norma acusada pretende excluir de la exención las ventas realizadas por no productores a las comercializadoras internacionales, distinción que no se contiene en el artículo 63 del estatuto reglamentado, lo cual también resulta ilegal.

"Creemos que la norma legal es suficientemente clara, para que se le complique con definiciones reglamentarias ilegales e innecesarias.

"Por ello, consideramos procedente la anulación y suspensión solicitadas".

El tema tiene dos alcances: uno literal-gramatical y otro finalístico. Sobre la interpretación literal de la norma caben consideraciones acerca de si la exención se extiende básicamente al bien exportado o sólo a quien realiza una exportación, vale decir si se puede hablar de una exención *in rem o in personae*. El contexto normativo de la impresión de consignar dos elementos: uno que favorece la exención sobre el artículo y el otro sobre la persona. En efecto, dice el artículo 28 del Decreto 3541 de 1983 que el derecho a percibir devolución sobre los impuestos pagados en las compras es de "los exportadores" y el artículo 63 ibídem consagra una exención *in rem* cuando establece que *"se encuentran exentos* del impuesto los *bienes corporales muebles* que se exporte....." y "la renta de *bienes* de exportación..."

Desde el punto de vista finalístico la exención a las exportaciones tiene varios ángulos fundamentales: debe servir de estímulo a la obtención de divisas escasas, debe ser fundamento para organizar programas de armonización fiscal en el ámbito internacional (i.e. Grupo Andino), y busca permitir la devolución del impuesto en los artículos exportados para lograr lo que los teóricos denominan la "mentalidad" fiscal en el comercio exterior.

La mera enunciación de estos elementos muestra su complejidad y hace que sea necesario vacilar y no precipitar una decisión apresurada. Habrá que volver sobre el tema al momento del fallo.

4. *Literales c y e — artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984.*

a) Norma acusada:

"ARTICULO 9o.— Para efectos del artículo 28 del Decreto 3541 de 1983, las solicitudes de devolución o compensación, podrán presentarse en cualquier tiempo y deberán cumplir los siguientes requisitos....."

"c) Certificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio con una anterioridad máxima de cuatro (4) meses".

"....."

"e) Certificación del revisor fiscal o contador público, según el caso, en la cual conste que se ha efectuado el ajuste de la cuenta "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR" a cero".

Norma violadas: artículos 117 y 442 del Código de Comercio y 41 del Decreto 3541 de 1983. Arguyen así los actores:

"El literal c) viola el artículo 117 del Código de Comercio, en concordancia con el 442 de la misma obra, pues pese a que según estas disposiciones las comprobaciones sobre representación de las sociedades se demuestran con la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, la cual, "bastará" para dicho propósito (artículo 117 inciso 2o.), en tanto que los representantes de la Sociedad serán, para todos los efectos legales, quienes aparezcan registrados como gerentes principales o suplentes en el correspondiente registro mercantil, "mientras no se cancele su inscripción mediante registro de un nuevo nombramiento" (artículo 441 ibídem), en la disposición reglamentaria acusada se pretende establecer, ilegalmente a nuestro parecer, una suerte de prescripción de la prueba de dicha representación, cuando se exige en el certificado de constitución y gerencia, expedido por la Cámara de Comercio para ser acompañado a las solicitudes de devolución, debe tener "Una anterioridad máxima de cuatro (4) meses".

"Tal condicionamiento, tampoco contenido en el Decreto-Ley 3541 que se pretende reglamentar, contradice ilegalmente las normas del Código de Comercio que en ningún caso limitan la vigencia de las certificaciones de representación que emitan las Cámaras de Comercio, las cuales "bastan para acreditarla";

"El literal e) de la norma en comento demandada, crea reglamentariamente una condición, para el reconocimiento de la devolución del impuesto a las ventas, que no solamente no está exigida en el texto legal, sino que se halla en contradicción con el manejo de la cuenta corriente dispuesto por el artículo 41 del Decreto-Ley 3541 de 1983, pues al exigir que se certifique que dicha cuenta se ha ajustado "a cero", se está obligando a aplicar un registro en el Haber o Crédito diferente de los autorizados por el mencionado artículo 41, sin que de otra parte ello se justifique desde el punto de vista de la ciencia contable, pues constituye un movimiento innecesario y artificial que no obedece a la realidad financiera del contribuyente".

El suscrito conductor del proceso no encuentra contrariedad ostensible entre la norma acusada y las que se dicen contrariadas. El tema amerita más estudio y en tal sentido deberá decidirse en la sentencia pues a primera vista el reglamento trata de exigencias adjetivas que es necesario cumplir para el trámite de las devoluciones.

5. *Parágrafo 2o. artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984*

a) Norma acusada:

Reza así la norma acusada:

"PARAGRAFO 2o. Para efectos del literal e) de este artículo, quienes presenten solicitud de devolución o compensación deberán abonar en su contabilidad la cuenta "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR" por un valor igual al saldo débito que arroja la misma en el último día del bimestre o bimestres materia de la solicitud, y cargar por igual valor el rubro de cuentas por cobrar.

"El interesado puede solicitar devolución de una suma inferior a la que tenga derecho renunciando al remanente. Este remanente, así como las sumas que fueren objeto de rechazo, no podrán solicitarse como costo o deducción en el impuesto sobre la renta".

Explican los demandantes:

"En el mismo sentido denunciamos por ilegal el inciso primero del Parágrafo 2o. del artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, pues en él se desarrolla la contabilización indebida exigida por el literal c) del mismo artículo, toda vez que el abono, a la cuenta "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR" del valor del saldo débito y su correspondiente débito en una cuenta por cobrar, se halla en contradicción con el artículo 41 del Decreto-Ley 3541 de 1983, según el cual en el "haber" o "crédito" de la cuenta IMPUESTO A LAS VENTAS POR COBRAR" debe registrarse:

" 'a) El valor del impuesto generado por las operaciones gravadas.

"b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del artículo 16 del presente decreto".

"Los impuestos del artículo 16 corresponden al gravamen correspondiente a los bienes gravados devueltos por el responsable durante el período y las adquisiciones gravadas anuladas, rescindidas o resueltas en el mismo. No al impuesto cuya devolución se solicita según se pretende exigir en la disposición reglamentaria acusada, la cual por tanto debe declararse nula y suspenderse, como atentamente lo pedimos".

Tampoco encuentra el suscrito conductor del proceso que exista una ostensible contrariedad entre la norma acusada y el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983. En este caso, como en el anterior, mientras el reglamento especifica el tipo de requisitos puramente adjetivos que deben cumplirse para tramitar las devoluciones del impuesto de ventas en el caso de exportadores o de productores de bienes exentos, en la norma reglamentada se consagran sistemas generales de manejo de las cuentas "Impuestos por Pagar". Al respecto conviene transcribir el texto del artículo 41 del Decreto 3541 de 1983. Reza así:

"ARTICULO 41. Los responsables del impuesto sobre las ventas sometidos al régimen común, incluídos los exportadores, deberán llevar un registro auxiliar de ventas y compras, y una cuenta mayor o de balance cuya denominación será IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR, en la cual se harán los siguientes registros:

"En el Haber o Crédito

"a) El valor del impuesto generado por las operaciones gravadas.

"b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del artículo 16 del presente decreto.

"En el Debe o Débito

"a) El valor de los descuentos a que se refiere el artículo 15 del presente decreto.

"b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del artículo 14 del presente decreto, siempre que tales valores hubieren sido registrados previamente en el haber.

"Los responsables del impuesto sobre las ventas que se acojan al régimen simplificado deberán llevar un registro auxiliar de ventas y compras. Y una cuenta mayor o de balance cuya denominación será IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR, en la cual se harán los siguientess registros:

"En el Haber o Crédito

"a) El valor de la cuota fija anual que establece la tabla contenida en el artículo 37 del presente decreto.

"b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del artículo 16 del presente decreto.

"c) Los valores a que se refire el Parágrafo del artículo 36 del presente decreto.

"En el Debe o Débito

"El valor de los descuentos a que se refiere el artículo 15 y el numeral 2o. del artículo 36 del presente decreto".

6. *Inciso segundo del parágrafo segundo del artículo 19 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984.*

El suscrito conductor se abstiene de suspender la norma impugnada porque los actores, al parecer, se equivocaron en la cita de la disposición acusada. El artículo 19 del Decreto 1813 de 1984 no dice en ninguna parte que "las sumas objeto de rechazo no podrán solicitarse como costo o deducción en el impuesto de renta".

7. *Inciso 5o. del artículo 10 del Decreto 1813 de 1984.*

La norma acusada exige que ciertas relaciones que debe presentar el responsable para solicitar una devolución o una compensación deben estar suscritos por el revisor fiscal. Para los actores esta norma viola el artículo 20 del Decreto 3541 de 1983, violación que en criterio del suscrito conductor *no es ostensible* pues la norma acusada regula formalidades para el trámite de las devoluciones o compensaciones, al paso que la norma que se dice violada se refiere a formalidades en el campo de las declaraciones de ventas. Cabe estudiar más a fondo el punto al decidir en la sentencia.

8. *Artículo 11 del Decreto 1813 de 1984.*

Como este punto se liga estrechamente con las consideraciones incorporadas en el punto 3 de esta providencia es claro que es precipitado definir cualquier decisión prematura. Se hace necesario dejar el tema para el momento del fallo.

9. *Artículo 12 del Decreto 1813 de 1984.*

Dicen así los actores:

"Solicitamos la nulidad y suspensión provisional del artículo 12 del Decreto 1813 de 1984, pues en dicha norma se fija un término de seis meses no consagrado en norma legal alguna, dentro del cual debe realizarse la exportación de los bienes adquiridos sin impuestos por las sociedades comercializadoras internacionales, así como se establece ilegalmente una sanción tampoco consagrada en la ley.

"En efecto, se dispone dizque el "reintegro" del impuesto dejado de pagar por la adquisición de las mercancías, "más los intereses moratorios que corresponden, aumentados éstos últimos en un cincuenta por ciento (50%)".

"Esta suerte de multa no se halla consagrada en la disposición vigente y viola, por el contrario, el inciso 1o. del artículo 29 del Decreto-Ley 3541 de 1983, según el cual los intereses moratorios aumentados en un 50% se aplican cuando las devoluciones del impuesto sobre las ventas son constatadas improcedentes y deben "reintegrarse las sumas devueltas en exceso".

"En este caso nos hallamos ante unas circunstancias diferentes, pues se trata no del "reintegro" (aunque así se llame en la norma reglamentaria) de un impuesto devuelto al responsable, sino del no reconocimiento de una venta exenta realizada al mismo. Por consiguiente, la compañía comercializadora ha comprado sin impuesto pero no ha tenido devolución del gravamen.

"Como se trata de una disposición sancionadora, no puede por tanto acudirse a la analogía para aplicar la sanción, correspondiente para las devoluciones improcedentes, a un evento diferente; el desconocimiento de una exención sobre una compra cuya exportación no se hace dentro de un término también ilegal.

"Tal previsión ha debido tomarla el Gobierno cuando hacía uso de las facultades delegadas por el Congreso, pero no después cuando ya no las posee, pues la regulación procesal de estas circunstancias y el establecimiento de las sanciones aplicables a su inobservancia, son competencia del legislador y no pueden establecerse por decreto reglamentario.

"La violación de la norma legal es evidente, máxime si se tiene en cuenta que además se desconoce el principio constitucional del debido proceso, según el cual debe juzgarse al ciudadano según las leyes preexistentes al acto que se impugta (artículo 26 de la Constitución Nacional). Lo cierto es que en el estatuto legal del gravamen sobre las ventas, el legislador extraordinario se limitó a consagrar, en el artículo 63, la exención sobre "la venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional", bajo la condición de que "hayan de ser efectivamente exportados", pero no se fijó un término para que se cumpliera tal exportación y mucho menos castigó su inobservancia con la sanción que se pretende crear en la norma acusada, la cual además tampoco existe en la Ley 67 de 1979 y normas posteriores que regulan el régimen de comercialización internacional".

Los argumentos del libelo sobre este punto son válidos. No puede el Gobierno, por reglamento, establecer un plazo perentorio de seis meses cuando no tiene ley que lo autorice. Las normas sancionatorias son de interpretación restrictiva como bien es sabido en derecho primitivo. Procede la suspensión de la norma acusada.

10. *Artículo 16 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984.*

Al estudiar el Decreto 3541 de 1983 los demandantes consideran que el artículo 52 de ese estatuto se contrapone al artículo 29 ibídem, y que por esta razón la norma acusada es ilegal porque revive el artículo 29 que se entiende derogado por el 52. Ello no es así: el artículo 29 se refiere al fenómeno específico, especialísimo de las devoluciones que resulten improcedentes. El 52 es el caso general. Olvidan los actores que la norma especial prevalece sobre la general. No se puede por tanto atender la petición de suspensión provisional de la norma acusada.

11. *Artículo 24 del Decreto 1813 de 1984.*

Consideran los actores que el artículo 24 acusado contiene requisitos para la aceptación de costos o deducciones en el cómputo de la renta líquida (para efectos del impuesto de renta) no contemplado en el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974. No obstante, para el suscrito conductor del proceso esta apreciación amerita mayor estudio pues es claro que el Decreto Legislativo 3803 de 1982, la Ley 9a. de 1983 y el Decreto-Ley 3410 de 1983 han ampliado las exigencias formales para costos y deducciones. No cree el suscrito conductor que en esta etapa del proceso pueda suspenderse la disposición acusada.

12. *Artículo 25 del Decreto 1813 de 1984.*

Dicen así los actores:

"Demandamos por ilegal y solicitamos la nulidad y suspensión provisional del artículo 25 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, en cuanto dicha disposición exige, para que las ventas de casas prefabricadas, cemento, concreto, ladrillos y tejas de barro o de asbesto cemento, sean excluídas del impuesto a las ventas, que el adquiriente no sea un consumidor final, como se concluye a contrario sensu del texto de la disposición.

"Tal requisito nuevo no está contemplado en el Decreto-Ley 3541 de 1983, en cuyo artículo 60 se establece tal exclusión sin depender de dicha contingencia, como se infiere del texto de sus literales a) y b), los cuales respectivamente exigen que las dichas casas "esten destinadas a la vivienda popular" o que los otros materiales "se destinen a la construcción de vivienda", sin que en ningún momento se requiera o no que el adquirente sea o no el consumidor final.

"Es por tanto, según la norma legal, el destino de los bienes, es decir, el propósito tomado en cuenta por el comprador, el que determina el carácter de excluídos o de gravados de dichos bienes y no la calidad de ese comprador".

En tan claro el argumento de la demanda que debe accederse a su petición sin comentario adicional salvo que la suspensión solo procede en la frase "cuando el adquirente sea un consumidor final" y en la expresión "En este caso el adquirente que sea un consumidor final deberá informar por escrito tal circunstancia al vendedor, con el fin de que éste liquide el impuesto correspondiente aplicando la tarifa del 10%".

13. *Artículo 27 del Decreto 1813 de 1984.*

Dice así la norma acusada:

"ARTICULO 27.— La venta del café soluble granulado contenido en la posición 21.02 del artículo 59 del Decreto 3541 de 1983, está exenta del impuesto sobre las ventas cuando es efectuada por el productor.

"En los demás casos, el vendedor de tal bien no es responsable ante el fisco por su venta".

Arguye la demanda:

"13. Es ilegal y por ende debe declararse nulo, previa suspensión provisional, el artículo 27 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, pues establece una exención sobre el café soluble granulado, contenido en la posición 21.02 del artículo 59 del Decreto Legislativo 3541 de 1983, porque de una parte esa misma norma determina el carácter

de "excluído" de dicho bien y no de exento, y de la otra, en la enumeración de los bienes exentos no aparece la posición arancelaria mencionada".

Es claro el cargo y ostensible la ilegalidad. Se suspende la norma.

14. *Artículo 28 del Decreto 1813 de 1984.*

El actor alega que este artículo consagra un hecho generador no contemplado en el estatuto legal. El tema es complejo y no permite una definición en esta etapa procesal. Según la norma acusada el costo de instalación entra en la "base gravable", lo que hace pensar que no se trata de definir nuevos hechos imponibles sino de fijar los elementos cuánticos de la obligación que determinan otros artículos. Así las cosas no es del caso comparar el artículo 28 del Decreto 1813 de 1984 con el artículo 2o. del estatuto legal.

15. *Artículo 29 del Decreto 1813 de 1984.*

Dicen así los actores:

"15. Se violó también el artículo 7o. del Decreto-Ley 3451 de 1983, cuando se determinó en el artículo 29 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984 una base gravable, en el caso de hoteles de tres o más estrellas, diferente del "valor total de la operación" definido en el inciso 1o. de la norma legal, pues se excluyen de la misma factores diferentes del alojamiento y que también forman parte del servicio hotelero, tales como la alimentación, el servicio de bar, instalaciones deportivas, peluquería, parqueadero para los clientes, piscinas, baños turcos, cine y televisión, etc., que conforman lo que constituyen las "demás erogaciones complementarias" al alojamiento.

"Es evidente, en nuestro sentir, que el legislador extraordinario dictó en esta materia una disposición oscura e incompleta. Pero también lo es que su perfeccionamiento a través de un decreto reglamentario es ilegal y ello debe motivar la anulación y suspensión de la disposición demandada".

Como bien lo reconocen los propios actores el tema es oscuro. Por ello no es posible en esta etapa de la litis definir el asunto: conviene dejarlo para el momento del fallo.

16. *Artículo 30 del Decreto 1813 de 1984.*

Sostiene la demanda que este artículo se halla "en abierta contradicción con el inciso 3o. parágrafo 1o. del Decreto-Ley 3541 de 1983". Olvidaron los actores citar el número del artículo del cual se extrae el inciso y el parágrafo. Ello hace imposible obtener con claridad cuál era la idea de los actores y debería por ello dejarse la definición del tema al momento del fallo de fondo. Cabe anotar que para que proceda la suspensión provisional de una norma la contrariedad debe verse prima facie para que el juez la distinga sin duda como una "llamarada que ilumina".

17. *Artículo 31 del Decreto 1813 de 1984.*

Alegan los actores que este artículo viola el artículo 7 del Decreto 3541 de 1983. La norma acusada autoriza descontar de la base gravable los impuestos de consumo y deportes pagados sobre el bien vendido en el caso de cigarrillos, licores, vinos, etc... Para los actores, este descuento no está autorizado por la ley. El tema, sin embargo ofrece un elevado grado de complejidad pues en la definición del artículo 7o. del Decreto 3541 de 1983 no se precisó nada sobre los impuestos de consumo que pudieran ser incorporados al precio del artículo vendido. Así las cosas, siendo dudoso el tema, deberá aplicarse la regla de la favorabilidad al contribuyente (o al responsable).

Además es de la esencia de un sistema de impuestos sobre el valor agregado el de excluír de la base fiscal otros gravámenes que pudiesen generar una pequeña cascada final. De todos modos el tema amerita más estudio, lo que se hará al momento del fallo.

18. Lo dicho en el anterior numeral se aplica al asunto relacionado con el artículo 32 del Decreto 1813 de 1984.

19. *Artículo 33 del Decreto 1813 de 1984.*

Dice así el tenor del libelo de la demanda:

"Denunciamos el artículo 33 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, porque en él se establece una procedimiento de cálculo del impuesto de ventas descontable, por la adquisición de los bienes de que trata el artículo 3o. del Decreto Legislativo 2104 de 1974, que desconoce ordenamientos legales superiores, a saber:

"a) El artículo 45 del Decreto-Ley 3541 de 1983, norma que determina qué para dichos productos "el impuesto sobre las ventas, ..., continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes a la fecha de expedición del presente Decreto.....".

"b) El artículo 24 del Decreto Legislativo 1988 de 1974, norma vigente para los efectos de la disposición anterior, según el cual "..... cuando no se discrimine en las facturas el valor del impuesto, el comprador tendrá derecho a deducir como impuesto pagado, para efectos de los artículos 21 y 26 del presente decreto, el monto que resulte de aplicar la tarifa correspondiente al 75% del precio total de las respectivas facturas".

"Es por tanto, evidente, en nuestro parecer, que deberá anularse la norma reglamentaria, pues estableció un procedimiento de cálculo del descuento distinto del que fijan "las disposiciones vigentes a la fecha de expedición del "Decreto-Ley 3541 de 1983".

Para el suscrito conductor del proceso este argumento es bastante convincente. Por ello habrá que suspender la norma acusada.

20. *Artículo 34 del Decreto 1813 de 1984.*

Alegan así los demandantes:

"20. Consideramos que debe suspenderse provisionalmente y posteriormente anularse el artículo 34 del Decreto 1813 de 1984, pues en el mismo se viola, en forma flagrante y evidente, los artículos 27 y 28 del Decreto-Ley 3541 de 1983.

"Según las disposiciones legales, "los saldos a favor de los responsables, que se originen en un exceso de impuestos descontables sobre el impuesto generado por las operaciones gravadas, deberán imputarse al impuesto correspondiente al siguiente período fiscal. "(Artículo 27 ibídem) De otra parte, "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, únicamente tendrán derecho a devoluciones o a compensaciones con el impuesto de renta del mismo contribuyente o responsable:..... a) Los productores de bienes de que trata el Capítulo XVI del presente decreto; ..... b) Los Exportadores".

"Es claro que de acuerdo con la ley, el saldo a favor de los responsables o se imputa contra el impuesto a cargo del período gravable siguiente, o se devuelve o compensa con el impuesto de renta para los casos expresamente señalados.

"Sin embargo, el Decreto Reglamentario indica que, en relación con el saldo a favor resultante en la declaración de ventas del trimestre enero-febrero-marzo de 1984, no procede el traslado o la devolución anteriores, pues se imputará "en la declaración del período abril a diciembre de 1984 o en las certificaciones de pago de los bimestres julio-agosto, septiembre-octubre, o noviembre-diciembre de 1984, previa autorización de la Administración de Impuestos correspondiente, la cual se concederá una vez se formule la solicitud y se verifique la procedencia del saldo a favor. En consecuencia, el mencionado saldo no podrá solicitarse en la certificación del período abril a junio de 1984".

"Esto significa, que el saldo a favor que, según la disposición legal, debe trasladarse al período gravable siguiente, cual es el trimestre abril-mayo-junio de 1984 establecido por el inciso segundo del parágrafo del artículo 31 del Decreto 570 de 1984, ya no puede imputarse a éste y deducirse en el correspondiente certificado y además, la norma crea ilegalmente un requisito no establecido en los artículos 27 y 28 del decreto-ley, como lo es la autorización de la Administración de Impuestos previo examen de la procedencia del saldo a favor.

"En la práctica la norma anterior devino en la denegación del menor valor resultante por pagar a cargo de los responsables, como efecto del rechazo de la imputación indebidamente inadmitida, y la postergación indefinida de su reconocimiento, el cual, en contra de los textos, le quedó supeditado a los lentos y engorrosos trámites de las oficinas de impuestos que deben autorizarlo. Mientras tanto, el Fiscal se ha beneficiado, sin causa justa, de un mayor recaudo que puede conservar y utilizar a costa de los contribuyentes que en la anterior forma han visto burlado su derecho.

"Valga agregar además, que de conformidad con el artículo 27 y normas concordantes del decreto-ley, dichos contribuyentes habían adquirido el derecho a ese saldo a favor, resultante del período enero-febrero-marzo de 1984, por lo cual la norma reglamentaria al cercenarlo viola también el principio constitucional que garantiza "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.....", según lo preconiza el artículo 30 de la Carta, pues el traslado estaba además autorizado por el artículo 21 del Decreto 1494 de 1978.

"En tales condiciones, consideramos evidente la violación legal y por ende procedente la nulidad y la previa suspensión del texto demandado".

La simple lectura de la norma acusada demuestra que se trata de un ordenamiento para facilitar la transición normativa. El tema es de tal complejidad que hace imposible tomar una definición en este momento del proceso.

21. Algo análogo a lo dicho en el numeral anterior cabe aplicarse en relación con el último aspecto del libelo.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso

RESUELVE:

1. Admítese la anterior demanda.

2. Notifíquese personalmente al Ministro de Hacienda y Crédito Público en conformidad con los artículos 149 y 150 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

3. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y a los particulares que puedan tener interés directo en las resultas del proceso en los términos que señala el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

4. Se ordena la suspensión provisional de los siguientes aspectos del Decreto 1813 de 1984.

a) **Artículo 1o.**

Inciso 1o., se suspende la expresión "Cuando del promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a su favor por concepto de impuesto sobre las ventas".

Inciso 2o., se suspende todo.

En consecuencia el artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984 se leerá así: "Están obligados a presentar declaración bimestral del impuesto sobre las ventas los productores de bienes exentos y los exportadores".

b) **Artículo 12.**— Se suspende todo.

c) **Artículo 25.**— Se suspende la expresión "sea un consumidor final" y la expresión "En este caso el adquirente que sea consumidor final deberá informar por escrito tal circunstancia al vendedor, con el fin de que éste liquide el impuesto correspondiente aplicando la tarifa del 10%". En el inciso 1o. suspéndese también el inciso 2o.

Por tanto el artículo 25 del Decreto 1813 de 1984 se leerá así:

El artículo 25 del Decreto 570 de 1984 quedará así:

"La venta de casas prefabricadas cuyo valor unitario no exceda de 1.300 unidades de UPAC, así como la venta de cemento, concreto, ladrillos y tejas de barro y tejas de asbesto-cemento están excluídas del impuesto sobre las ventas, salvo cuando el adquirente destine las casas prefabricadas para fines diferentes a los de vivienda popular o cuando destine los demás bienes a que se refiere este artículo para fines diferentes de la construcción de vivienda.

d) **Artículo 27.** Se suspende todo.

5. No se suspenden los demás artículos del Decreto 1813 de 1984 cuya nulidad y suspensión provisional se solicita.

6. Fíjese en lista por el término de diez días para los efectos del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Notifíquese y cúmplase.

Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO III

SUSPENSIONES REVOCADAS

ACTOS DEL GOBIERNO

EXCEPCIONES EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.— En el antiguo Código Contencioso Administrativo (artículo 109).

En el nuevo Código Contencioso Administrativo (Artículo 164).

¿Cuándo pueden proponerse?

EXCEPCION PERENTORIA.— ¿Qué requiere en las acciones de nulidad?

COSA JUZGADA.—

Levántase la suspensión provisional del artículo 2o. del Decreto 2230 de octubre 21 de 1975, proferida por el Gobierno Nacional, decretada por auto de abril 30 de 1982, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre diez y seis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Víctor Corredor Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 10068.
Actor: **Rodrigo Noguera Laborde.**

Nulidad del artículo 2o. del Decreto 2230 de octubre 21 de 1975, proferido por el Gobierno Nacional.
Autoridades Nacionales.

El doctor RODRIGO NOGUERA LABORDE, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía No. 13 de Bogotá, en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 (antiguo Código Contencioso Administrativo), formula demanda de nulidad contra el artículo 2o. del Decreto 2230 de 1975 emanado del Gobierno Nacional, por medio del cual se sustituyó el artículo 28 del Decreto 2011 de 1973, dictado por la misma autoridad, por cuanto dicha norma quebranta las disposiciones jerárquicamente superiores que adelante señala, con citación y audiencia del señor Fiscal de la Corporación y comunicación al señor Ministro de Hacienda y al señor Director de Aduanas, previos los trámites legales correspondientes.

ANTECEDENTES:

El libelista consigna al respecto que en desarrollo del numeral 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional, el Congreso Nacional expidió la Ley 6a. de 1971, cuyo artículo 1o. lo transcribe textualmente. Afirma sobre el particular que con invocación de esta ley marco o cuadro, que delimita la órbita de competencia del Gobierno para expedir los correspondientes decretos, se expidió el No. 2230 de 1975, que después de establecer, mediante el artículo 1o., los gravámenes de las disposiciones del capítulo 69 del

arancel de aduanas, por su artículo 2o. sustituyó el artículo 28 del Decreto 2811 de 4 de octubre de 1973, disposición cuya nulidad se pide.

En el acápite que relaciona las disposiciones violadas y el concepto de la violación, señala como quebrantados los artículos 20, 55, 76 especialmente el numeral 22 y 135 de la Constitución Política, y los artículos 1o. a 5o. de la Ley 6a. de 1971, particularmente el artículo 1o., por los motivos o conceptos que a continuación se resumen:

Según el numeral 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso dictar las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno, entre otras materias, para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de Aduanas. Y mientras el Congreso no expida esa ley general o marco, el Gobierno carece de competencia para ejercitar la facultad de que trata la citada norma constitucional; y una vez expedida esa ley general, el Gobierno queda facultado, pero únicamente en las materias contempladas por esas normas legales. Ocurrió que el Congreso, mediante la Ley 6a. de 1971, expidió la ley general de que trata aquella disposición pero solamente para que el Gobierno pudiera decretar las modificaciones del arancel de Aduanas. La competencia gubernamental quedó expresamente limitada a esa materia.

Pero la norma acusada, invocando la referida Ley 6a. de 1971, se pronunció sobre materia muy distinta a la relacionada con el citado arancel, pues resultó facultando al Director General de Aduanas para fijar los precios oficiales mínimos para la liquidación de los gravámenes aduaneros. La norma cuya nulidad se pide desbordó la competencia fijada por el Legislador, de donde resultaron quebrantadas las disposiciones constitucionales y legales citadas, porque el Gobierno procedió sin competencia, asumió funciones legislativas, incluyendo los artículos 56 y 76 de la Carta, y porque estaría entonces delegando, en caso de que lo hubiera facultado para fijar los precios mínimos de las mercancías, tal atribución, sin haber recibido autorización legal para ello, desconociendo el artículo 135 de la Constitución.

La Ley 6a. de 1971 estuvo muy lejos de establecer la competencia gubernamental para fijar los precios mínimos de las mercancías, y mucho menos para delegar esa atribución.

En razón de que el libelista en el mismo escrito demandatorio solicitó la suspensión provisional del acto acusado, el señor Consejero sustanciador, por medio de auto calendado el 30 de abril de 1982, al admitir la demanda accedió a decretar la medida cautelar de la norma en cuestión.

Se constituyó como parte impugnadora de la acción la apoderada especial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público e interpuso el recurso de reposición contra el auto de fecha 30 de abril de 1982, por el cual se admitió la demanda y se suspendió provisionalmente el artículo acusado, con el objeto de que se revocara, toda vez que sobre la misma norma y con base en idénticos cargos, ya se había pronunciado esta Corporación sobre una demanda de nulidad interpuesta por el doctor César Castro Perdomo decidida en sentencia de fecha 1o. de junio de 1978, expediente 5004 de la Sección Cuarta, por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda.

Mediante providencia de junio 12 de 1982 el Consejero sustanciador de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, negó por extemporáneo el mencionado recurso interpuesto contra la providencia de abril 30 de 1982.

Corrido el traslado fue sustentado por las partes.

Surtido el traslado al Ministerio Público, el Fiscal Tercero de esta Corporación opinó que prospera la excepción de cosa juzgada que debe aplicarse a la inhibitoria para fallar sobre materia que ya fue decidida por la jurisdicción, con fundamento en los siguientes argumentos:

"El Ministerio Público, en el caso subjúdice considera que existe cosa juzgada por cuanto mediante fallo, proferido en el Negocio No. 5004, Actor doctor CESAR CASTRO PERDOMO, no se accedió a decretar la nulidad ni a suspender provisionalmente el Decreto 2230 de 1975, por el cual se modificaban los gravámenes del Capítulo 69 del arancel de Aduanas.

"Para mayor comprensión del anterior aserto se anexa en fotocopia autenticada el fallo precitado y el texto del auto que denegó la suspensión provisional.

"Y no se puede afirmar aquí que la materia contenida en el artículo 2o. del Decreto 2230 de 1975 no fue debatida. Por el contrario, ella fue debatida en forma muy precisa así:

"Sin embargo ya se vió que la ley-cuadro autoriza al Gobierno para establecer los mecanismos y reglamentaciones conducentes a la "percepción adecuada y regulación de los gravámenes arancelarios", y por la norma acusada el Presidente de la República ha ejercido ese poder de reglamentación para tratar de evitar la evasión del gravamen o para impedir que los importadores paguen un nuevo impuesto, cuando quiera que acudan al sistema de la subfacturación o a prácticas equivalentes.

"Para ello, ha facultado al Director General de Aduanas para que, mediante resolución y previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Aduanera, pueda establecer precios oficiales mínimos para la aplicación de los gravámenes advalórem de las mercancías importadas.

"Al ejercitar el poder de reglamentación en esa forma, *el Gobierno no ha delegado en el Director General de Aduanas ninguna de las atribuciones conferidas por la Ley 6a. de 1971* (se subraya) y menos la que dice relación con el poder de variación de la tarifa, como lo afirma el actor pues según ella tan solo puede fijar precios mínimos, pero sin salirse de los gravámenes advalórem de las mercancías fijadas por el Gobierno y que aparecen en el arancel.

"Y tampoco ha extralimitado el poder de reglamentación que le dió la ley, porque se ha respetado el espíritu y la letra de la facultad, que tiene por finalidad establecer mecanismos para la percepción adecuada y regular del impuesto de aduanas."

"Y el auto denegatorio de la suspensión provisional de aquél entonces (expediente 5004) se mantiene bajo la misma praxis al expresar:

"A primera vista, la disposición acusada no está facultando al referido funcionario para introducir variaciones en la tarifa de aduanas, sino tan solo para establecer *precios mínimos* para la aplicación de los gravámenes ad valórem de las mercancías importadas, cuando a su juicio sean objeto de subfacturación, esto es, que al Director de Aduanas se le señala un límite dentro del cual puede moverse para la aplicación de la tarifa".

"Si el tema jurídico del decreto y del artículo que se acusa fue debatido bajo los mismos cargos de nulidad de la delegación, como se observa de los petitums, de ambos actores en distintas épocas, no puede hoy la jurisdicción contencioso administrativa proceder contra el principio de "cosa juzgada", ínsito en el fallo que

sobre los mismos presupuestos procesales declaró la validez del Decreto 2230 de 1975 el 1o. de junio de 1978.

"La excepción de cosa juzgada, es opinión del Ministerio Público, debe aplicarse a la inhibitoria para fallar sobre materia que ya fue decidida por la jurisdicción." (folios 101 a 103, cuaderno principal).

SE CONSIDERA:

Según el artículo 109 del antiguo Código Contencioso Administrativo, en los juicios contencioso administrativos solo son procedentes "las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción", que pueden alegarse por las partes en cualquiera de las etapas e instancias de juicio, desde la fijación en lista hasta la citación para sentencia y aún declararse oficiosamente si se encuentran "justificados los hechos u omisiones que las constituyen" (artículos 109 y 111). Y el artículo 164 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), preceptúa que en todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista en los demás casos. Agrega que en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

La excepción perentoria de cosa juzgada requiere en las acciones de nulidad, como la del caso subjúdice, que exista identidad de objeto y de causa con otro juicio anteriormente decidido en el fondo mediante sentencia ejecutoriada, atendiendo las voces del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. Por objeto del litigio se entiende la pretensión, y por causa la razón de pedir, determinada por las normas invocadas y los conceptos de violación que constituyen requisitos indispensables de la demanda, en cuanto circunscriben el poder del juzgador a considerar y analizar los cargos formulados, contra el acto acusado.

Ahora bien, consultando lo resuelto por la sentencia del Consejo de Estado proferida en el proceso No. 5004, siendo actor el doctor César Castro Perdomo, mediante la cual no se accedió a decretar la nulidad ni a suspender provisionalmente el Decreto 2230 de 1975, por el cual se modificaban los gravámenes del capítulo 69 del arancel de aduanas, con la pretensión y la causa petendi de la acción que se decide, se trata de litigios similares sobre actos idénticos en su contenido, de la misma materia por ser la misma norma legal acusada, y de acciones fundadas en el mismo objeto o causa, razón por la cual es fundada la excepción de cosa juzgada predicada por la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, propuesta y sustentada por el Fiscal acertadamente en su concepto de fondo en los apartes atrás transcritos.

No sobra agregar que la doctrina considera, entre los requisitos de la cosa juzgada, que "ambas pretensiones se deduzcan en relación de un mismo acto de la Administración, o bien que la segunda se deduzca en relación de uno que es reproducción del anterior..." Y es obvio inferir que en el presentee caso se trata precisamente de un mismo acto de la Administración, cual es el artículo 2o. del Decreto 2230 de 1975, cuya nulidad ya había sido negada en sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, por lo que se configura plenamente, como ya se ha expresado, el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

Por lo anterior 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, declara probada la excepción perentoria de cosa juzgada en relación con la sentencia de esta Corporación proferida el 1o. de junio de 1978.

Consecuencialmente, LEVANTESE la suspensión provisional del acto acusado, decretada por auto de abril 30 de 1982, proferido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Archívese el expediente.

Notifíquese, cópiese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTOS.— RENTA PRESUNTIVA.— LEY 9a. DE 1983.— Reglamentación. Ingreso neto.

Revócase la 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., noviembre diez y seis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro 1984.

Consejero Ponente: **Doctor Víctor Corredor Rodríguez.**
Proyecto: **Víctor Manuel Estupiñan Calderón.**
Referencia: Expediente No. 0003.
Actor: **Alejandro Paéz Murillo.**
Recurso de súplica.— Auto.

El ciudadano PABLO ACUÑA FERGUSSON, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.192.442 de Bogotá, interpuso recurso de súplica contra el auto del 12 de abril de 1984 dictado por el Consejero sustanciador de este proceso doctor Carmelo Martínez Conn, en cuanto a la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto 353 de 1984.

El texto del literal en mención es el siguiente:

"Artículo 3o.—

.....

"PARAGRAFO 1o.— Se entiende por ingreso neto, el valor de los ingresos brutos realizados en el año, menos los descuentos, rebajas y devoluciones".

El actor señaló como violado el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, que en su parte pertinente dice:

"Título III

"DE LA RENTA

"Capítulo I

"DISPOSICIONES GENERALES

"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 el 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....(subrayo).

"El razonamiento para decretar la suspensión provisional lo concreta el Consejero ponente en el auto recurrido en la siguiente forma:

"El decreto al cual pertenece el anterior parágrafo, se dictó para reglamentar la Ley 9a. 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 patrimonio líquido, y que no definió este concepto porque 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 que la ley sustantiva contenida en el Decreto 2053 de 1974 que define lo que debe entenderse por ingreso neto.

"Evidentemente, asiste la razón al demandante, pues la Ley 9a. de 1983, en el artículo 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 (1.5%) de los ingresos netos obtenidos en el respectivo año 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 serán del ocho por ciento (8%) y dos por ciento (2%), respectivamente.

"En la base del cálculo de los ingresos netos, no se incluirán los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional.

"En el caso de las compañías 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 esta se ocupa de la renta presuntiva, modificó norma de superior jerarquía, con fuerza de ley, incurriendo en abuso de poder.

"En tal virtud es del caso 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." (Folios 12, 13 y 14).

El suplicante para pedir la revocatoria de la suspensión provisional hace las siguientes consideraciones:

"A través del presente memorial pretendo demostrar que el parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto 353 de 1984 por parte alguna es violatorio de normas de carácter superior, como es el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, tal y como lo resolvió el Consejero sustanciador en el auto objeto del presente recurso.

"De conformidad con la definición contenida en el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, el concepto INGRESO NETO es el resultante de restar del total de ingresos ordinarios y extraordinarios las devoluciones, rebajas y descuentos.

"Esta operación aritmética estaría representada así:

"Total Ingresos-devoluciones, rebajas y descuentos = Ingreso Neto.

"Estos ingresos tienen ciertas características, como son:

"a) Ordinarios y Extraordinarios;

"b) Realizados en el año o período gravable;

"c) Susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción; y

"d) Que no hayan sido exceptuados expresamente en este decreto."

"El actor fundamenta la acción de nulidad en la omisión que el parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto 353 de 1984 hizo de la característica del ingreso contenida en el literal c) antes mencionado, cual es que sea "Susceptible de producir un incremento del patrimonio en el momento de su percepción", afirmación esta que no comparto por las razones que expongo a continuación.

"Del estudio de todos y cada uno de los elementos que componen los artículos 15 de la Ley 9a. de 1983 y 3o. del Decreto 353 de 1984, podemos advertir que la definición contenida en el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 se encuentra totalmente reproducida en las normas antes citadas, como a continuación paso a demostrarlo:

"La norma acusada establece: "Se entiende por ingreso neto, el valor de los ingresos brutos realizados en el año, menos los descuentos, rebajas y devoluciones".

"Es decir, la operación aritmética estaría representada así:

"Total ingresos — descuentos, rebajas y devoluciones = INGRESOS NETOS.

"Estos ingresos a su vez tienen las siguientes características como son:

"a) Brutos (ordinarios y extraordinarios)

"b) Realizados en el año. El artículo 1o. del Decreto 187 de 1975 trata como sinónimos los términos "año, período o ejercicio impositivo".

"c) Susceptibles de constituír renta. Tal característica se encuentra contemplada en el artículo 3o. del Decreto 353 de 1984 cuando se establece: "La base de cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, se establecerá restando de los ingresos netos *susceptibles de constituír renta*, realizados en el año gravable, los que correspondan a los siguientes conceptos:..."

"d) No se incluirán los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional.

"Como se observa, las características propias del INGRESO NETO contenidas en la definición del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, se encuentran comprendidas, todas y cada una de ellas en el artículo 15 de la Ley 9a, de 1983 y en su reglamento, artículo 3o. del Decreto 353 de 1984.

"En cuanto al elemento en el cual fundamenta el actor la violación de la norma, cual es la susceptibilidad de que el ingreso reduzca un incremento neto del patrimonio en el momento de su petición, contenido en la definición del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, considero que el mismo se encuentra incluído dentro de la definición que del INGRESO NETO da el artículo 3o. del Decreto 353 de 1984, toda vez que en dicha norma se establece que cuando la base para determinar la renta presuntiva son los ingresos netos, estos serán aquellos que son susceptibles de constituír RENTA.

"Por RENTA, los diferentes tratadistas de la materia, han entendido aquél ingreso, en dinero o en un bien, material o inmaterial, cuantificable en dinero, ordinario o extraordinario, diferente de aquél constitutivo de ganancia ocasional, *que representa para quien lo recibe en el momento de su percepción un enriquecimiento o aumento patrimonial*, que previamente hayan sido restados de él los costos y deducciones en que se ha incurrido para la obtención del ingreso, que se hayan realizado en el año o período fiscal y que no estén expresamente exceptuados como constitutivos de renta.

"En consecuencia, para que un ingreso sea constitutivo de renta es necesario que produzca para quien la reciba un enriquecimiento, un incremento neto de patrimonio en el momento de su percepción. Como se observa, el presente elemento se encuentra tanto en la definición del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, como en la que se puede deducir del artículo 3o. del Decreto 353 de 1984.

"Si bien es cierto la definición del INGRESO NETO se encuentra en un Parágrafo, también es cierto que dicho parágrafo hace parte de un artículo, el cual a su vez es reglamentario de una norma superior. Es así como del artículo 15 de la Ley 9a. de 1983, podemos sustraer un elemento que compone la definición de INGRESO NETO, cual es: "En la base de cálculo de los ingresos netos, no se incluirán los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional".

"Del artículo 3o. del Decreto 353 de 1984 se extraen los siguientes elementos:

"La base del cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, se establecerá restando de los ingresos netos susceptibles de constituír renta" y "realizados en el año gravable .

"Por ser este parágrafo parte de un artículo se debe entender integralmente en su contenido. Es ese el mandato del artículo 43 del Código de Régimen Político Municipal". (folios 23 a 26).

Finalmente, el impugnador afirma que la Ley 9a. de 1983, específicamente en su artículo 15 por parte alguna desarrolla el concepto de ingreso neto.

Por su parte, el ciudadano Héctor Raúl Corchuelo Navarrete, en su escrito del 1o. de junio de 1984 manifiesta que se opone a las pretensiones contenidas en la demanda y coadyuva las del suplicante.

SE CONSIDERA:

El cargo fundamental en que se apoya el actor para solicitar la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984 por violación del artículo 15 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, lo hace consistir, como muy bien lo resume en el auto suplicado, en 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 patrimonio líquido, y que no se definió porque esa definición se había hecho en el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 por el cual, bajo el pretexto de reglamentar dicha Ley 9a., lo que en realidad se ha hecho en la norma enjuiciada es modificar una disposición de la ley sustantiva contenida en el mencionado decreto, que define lo que debe entenderse por "ingreso neto".

Sin embargo, tanto el delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales al interponer recurso de súplica contra el auto de abril 12 de 1984, como el impugnador Héctor Raúl Corchuelo, en extensos alegatos manifiestan su incoformidad con la medida cautelar suplicada, consignando prolijas consideraciones, para concluir que en su opinión no es procedente la suspensión provisional, por cuanto el aparte del artículo cuya suspensión se decretó se limita exclusivamente a definir un término contenido en una norma de superior jerarquía, sin salirse para nada de las limitantes en que todas las disposiciones de carácter reglamentario pueden moverse. Se agrega también que es apenas lógico que el Gobierno Nacional a través de la potestad reglamentaria quiera dar vida práctica y desarrollar la normatividad contenida en el artículo 15 de la Ley 9a. de 1983, toda vez que, como lo observa el actor, dicho estatuto legal por parte alguna desarrolla el concepto de "ingreso neto".

De lo anterior se deduce que del cotejo cuidadoso del texto reglamentario demandado con el de la norma superior (artículo 15 del Decreto 2053 de 1974), no surge a primera vista la violación de la norma positiva que se considera transgredida por la norma demandada. Y esto es tan evidente que para llegar a una clara definición sobre el punto cuestionado se requiere un análisis detenido en torno a los argumentos formulados por el suplicante y por el impugnador para deducir si es viable o no la medida cautelar recurrida, en relación con el concepto de "ingreso neto" para efectos tributarios, aspecto este que, como reiteradamente lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación, no es de recibo en esta etapa procesal, toda vez que para que prospere la suspensión provisional se exige que haya manifiesta violación de la norma, que se advierta a primera vista sin lugar a emprender un estudio de fondo y sin que para descubrirla sea necesario recurrir a razonamientos y disquisiciones profundas, situación esta que no se evidencia en el caso de estudio, por cuanto tanto los criterios formulados por el demandante como por los opositores conllevan un conjunto de conceptos jurídicos sobre el particular, que entrañaría adentrarse a anticipar consideraciones que puedan estimarse como base de las que han de desatar definitivamente la controversia.

Lo anterior es suficiente para concluír que la decisión recurrida debe revocarse en lo que dice relación a la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto 353 de 1984. En consecuencia.

La Sala de decisión de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, REVOCA el numeral 4o. de la parte resolutiva del auto admisorio de la demanda, que dice: "Suspéndase provisionalmente el parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto 353 de 1984.

Reconócese personería a los ciudadanos Pablo Acuña Fergusson y Héctor Raúl Corchuelo para actuar como impugnadores en este proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTOS.— RENDIMIENTO DE TITULOS.— Revócase el ordinal 4o. del auto de 17 de agosto de 1984, suplicado, y en su defecto niégase la suspensión provisional de los efectos del artículo 34 del Decreto Reglamentario 353 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 0273.
Actor: **Alberto Martínez Menendez.**
Autoridades Nacionales.

Nulidad y suspensión provisional del artículo 34, del Decreto Reglamentario No. 353 de febrero 14 de 1984, proferido por el Gobierno Nacional.— Recurso de súplica contra el auto de 17 de agosto de 1984 del Doctor Carmelo Martínez Conn. Auto.

El delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales interpuso recurso de súplica contra el auto de 17 de agosto de 1984 por medio del cual en sala unitaria se decretó la suspensión provisional del artículo 34 del Decreto Reglamentario 353 de 1984, el cual dispone:

"Artículo 34. Los contribuyentes que en el último día o período gravable posean título con descuento, o quienes durante el año o período gravable los hayan poseído, deberán declarar como ingreso en el respectivo período gravable por concepto de dichos títulos, la diferencia entre el valor patrimonial del título en el último día del período gravable respectivo o el valor de enajenación si fue enajenado durante el

período, y el valor patrimonial del título en el último día del período gravable inmediatamente anterior o su valor de adquisición cuando hubiere sido adquirido durante el respectivo período".

Considera el auto suplicado que la anterior norma es violatoria del artículo 62 del Decreto Legislativo No. 3803 de 1982, que dispone en su inciso 2o.:

"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 esté último fuere inferior al de adquisición".

Hecho el cotejo de las dos normas transcritas, el auto suplicado considera que la reglamentación es violatoria de la legal porque mientras el artículo 62 citado establece que el rendimiento se causa en el momento de la enajenación del respectivo título, teniendo en cuenta la diferencia del valor nominal del título y el de colocación, o la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación, la reglamentaria acusada varía el sistema al establecer como ingreso la diferencia entre el valor patrimonial del título en el último día del período gravable y el valor de adquisición, es decir, determina como ingreso la simple valorización del título.

Por su parte, el suplicante argumenta que el artículo 82 del Decreto Legislativo 3803 de 1982 introdujo en la legislación del impuesto sobre la renta una clara excepción al principio de realización de los ingresos que consagra el artículo 16 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, excepción consistente en que en el caso de títulos con descuento el ingreso no se realiza cuando se recibe efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlo se extingue por cualquier otro modo legal distinto a un pago, como lo establece el citado artículo 16, "sino que se entiende realizado al momento de adquirir el título".

Agrega que al determinar el artículo 62 que el ingreso proveniente de un título con descuento es la diferencia entre el valor nominal del título ($ 100) y el de colocación ($ 30), para un ejemplo, no está estableciendo cosa distinta que el gravamen a su valorización a lo largo del tiempo.

Añade que el artículo 34 acusado da vida práctica a la norma reglamentada, en forma tal que en el evento de que un título con descuento haya tenido o pueda tener varios poseedores, el ingreso se declara en cabeza de cada uno de ellos, y no exclusivamente en la del primer adquirente, quien no necesariamente obtendrá todo el ingreso generado por el título.

En tales condiciones, concluye, la norma acusada no fue la que estableció esta nueva forma de considerar el ingreso con —la simple valorización del título—, sino la reglamentada del artículo 62, "que tuvo en cuenta la valorización potencial que está implícita en cada título con descuento al momento de su colocación.

SE CONSIDERA:

De los diversos argumentos expuestos se concluye que no es ostensible la alegada contrariedad entre la norma que se estima violada y la reglamentaria acusada, apreciable a simple vista, sino que requiere análisis de fondo y de otras normas legales, los cuales solo es posible hacerlos en la sentencia.

En consecuencia, no procede la orden de suspensión provisional de los efectos del artículo 34 acusado, y en tal virtud se ordena:

Revócase el ordinal 4 del auto de 17 de agosto de 1984, suplicado, y en su defecto niégase la suspensión provisional de los efectos del artículo 34 del Decreto Reglamentario No. 353 de 1984.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAPITULO IV

RESOLUCIONES MINISTERIALES

TRANSPORTE MARITIMO.— RESERVA DE CARGA.— Procedimiento para otorgarla. Audiencia pública: finalidad. Se declara la nulidad de las Resoluciones números 080 de 6 de febrero de 1981 y 239 de 31 de marzo del mismo año, expedidas ambas por el Director General Marítimo y Portuario y la número 1449 de 21 de mayo de 1981, proferida por el señor Ministro de Defensa Nacional.

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

Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 3742. Autoridades Nacionales.
Actor: **Maritimas Eslait y Compañía.**

La Sociedad Marítima Eslait y Cía. en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó la nulidad de las resoluciones número 080 de 6 de febrero de 1981 y 139 de 31 de marzo del mismo año, dictadas por el Director General Marítimo y Portuario, y la número 1449 de 21 de mayo de 1981 emanada del Ministerio de Defensa Nacional. Como restablecimiento del derecho solicita que se vuelva "a la legalidad existente hasta el momento de la expedición de la resolución 1449 de 1981 del Ministerio de Defensa y por esta vía el restablecimiento automático de la situación jurídica subjetiva desconocida por este acto ilegal".

I

LOS ACTOS ACUSADOS.

1.— La resolución 080 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 1974, DIMAR-055 del 20 de febrero de 1974 y DIMAR-143 del 6 de mayo de 1976 a los puertos que se indican en el

artículo 1o. de la resolución. Por el artículo 2o. desestima 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 mencionados en el artículo 1o. y los puertos colombianos contemplados en las Resoluciones DIMAR antes mencionadas. Se impone en el artículo 4o. la obligación a LINEAS AGROMAR LTDA, de prestar los servicios en forma regular, eficaz y continua y con una frecuencia mensual y se dice que el incumplimiento de esta obligación acarreará las sanciones a que hubiere lugar incluso la cancelación inmediata de la autorización. Por último, se dispone la notificación de la resolución a las entidades indicadas en el artículo 5o. y se establece que su vigencia será de dos años a partir de la fecha de su ejecutoria.

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 la FLOTA MERCANTE oposición basada fundamentalmente en que con la autorización solicitada se conformaría una ruta paralela con perjuicio tanto para éllas como para la compañía solicitante, y que los servicios prestados por ellas hasta ese momento habían sido en forma regular, eficaz y continua.

2.— La Resolución 00239 de 31 de marzo de 1981. Esta resolución fue dictada también por el Director General Marítimo y Portuario para resolver el recurso de reposición interpuesto por la Flota Mercante contra la primera, la cual confirma en todas sus partes y se concede el recurso de apelación para ante el señor Ministro de Defensa Nacional. Rechaza los recursos interpuestos por Marítimas Eslait. 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 privilegios o exclusividad de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional y se enfatiza que los servicios autorizados hasta la fecha no son suficientes y las tarifas de precios son muy onerosas para los usuarios, lo cual facilita que las cargas sean tomadas por armadores extranjeros con perjuicio para el desarrollo de la Marina Mercantil Nacional, razón por la cual estima conveniente la participación de otras empresas navieras colombianas en el tráfico.

3.— 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, la cual confirma en todas sus partes afirmando 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

1.— El capítulo referente a los hechos de la acción los divide la demanda en la siguiente forma: a).— Consideraciones de orden legal, en donde alude a las disposiciones que tienen que ver con la Dirección General Marítima y Portuaria y sus funciones y con la Marina Mercante Colombiana. Se refiere al procedimiento que de acuerdo con esas disposiciones debe seguirse entre la solicitud para servir un tráfico y la resolución del Director General Marítimo y Portuario. b).— Situación jurídica concreta de Marítimas Eslait Cía. en donde trata lo relativo a su existencia legal y a las resoluciones que la autorizan a prestar el servicio de transporte marítimo de y hacia Puertos Colombia-

nos, a saber, las números 370 de 20 de abril de 1979 y 945 de 16 de diciembre de 1980. c).— El contenido de las resoluciones impugnadas, el cual reproduce y analiza.

2.— Como disposiciones violadas cita las siguientes: de la Constitución Nacional, los artículos 20, 26, 45 y 63; del Decreto 2733 de 1959 los artículos 1, 10, 11, 12, 13 y 16; de la Ley 167 de 1941 el artículo 282, en concordancia con los artículos 85 numeral 5o. y 351 del Código de Procedimiento Civil; del Decreto-Ley 2349 de 1971 los artículos 3, 4 numeral 5o., letra g), 76, 77, 83, 85 y 86.

3.— El concepto de violación general está centrado en la idea de que a raíz de las dos resoluciones ya citadas que le dieron a la demandante el derecho a servir el tráfico de y hacia puertos colombianos en los que en tales resoluciones se especifican, ella tenía derecho a movilizar, junto con la Flota Mercante Grancolombiana S.A., el primer 50% de toda la carga de importación y exportación que se transportara por las rutas marítimas descritas en las mismas. Por medio de las resoluciones impugnadas se le recortó la participación de la demandante en ese tráfico, ya que también se asignó el servicio de varios de sus puertos como, los de Miami y Panamá City de los E.E.U.U. de Norteamérica, al armador Líneas AGROMAR Ltda. Como la segunda de las resoluciones impugnadas (la número 239) rechazó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación presentados a nombre de Marítimas Eslait "por no ser adecuada su presentación", dice el demandante, que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional ya que se le condenó sin haberse seguido el debido proceso, y todo a pesar de que en la primera de las resoluciones acusadas se le había admitido la misma representación que posteriormente se le negó.

En cuanto a la violación de los artículos ya citados del Decreto-Ley 2349 de 1971 que crea la Dirección General Marítima y Portuaria, esta radica fundamentalmente en que "no se cumplió el procedimiento detallado en el artículo 85, que era necesario cumplir antes de proceder a dictar la primera resolución impugnada". Dice que no se acreditó el carácter de servicio público del transporte marítimo que AGROMAR se proponía prestar, que la Dirección General Marítima y Portuaria no estudió si los tráficos autorizados ya estaban suficientemente servidos por Marítimas Eslait y Cía. Y, fundamentalmente que la Dirección General "no convocó a la demandante y a Línea AGROMAR Ltda. a audiencia previamente a su decisión (artículo 85-8), lo que "constituye una de las más graves violaciones de este procedimiento", por cuanto la Dirección General Marítima y Portuaria dejó de oír a la demandante "que por ello no pudo expresar su posición frente a esa dependencia del Estado y tampoco le fue permitido hacerlo frente al armador solicitante, en especie de diálogo franco y amplio con posibilidad de interrogar y contrainterrogar a manera de careo ... y explicar los perjuicios que le causaba la intromisión de un nuevo armador en la ruta que venía sirviendo".

Con relación a las otras disposiciones del mismo decreto que cita como violadas, agrega que no se le exigió a Líneas AGROMAR un estudio con el contenido específico que exigen dichas normas considerándose de tal manera, sin mayor análisis, que la prestación del servicio por la demandante no estaba siendo eficaz, regular y continuo.

Como de acuerdo con lo anterior la autoridad administrativa omitió el cumplimiento de sus funciones, resultaron violados también los artículos 20 y 63 de la Constitución.

Finalmente, la violación del artículo 45 de la Constitución, de las normas del Decreto-Ley 2733 de 1959 y el artículo 282 de la Ley 167 de 1941 en concordancia con las normas mencionadas del Código Civil, estaría dada según la demanda por haberse rechazado un límite por inadecuada representación la intervención de la demandante,

cuando, de haber mediado tal circunstancia, solo hubiera debido inadmitirse la misma para dar lugar a que el interesado subsanara la deficiencia.

III

1. ALEGATO DE LAS PARTES

La apoderada de Líneas 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, complementadas por lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del mismo decreto.

Enfatiza 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, e 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, implica 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 esfuerzo por paralelismo y otro fenómeno.

Es el caso concreto de Líneas AGROMAR, dice la impugnadora, "que las pruebas aportadas permiten establecer fácil y claramente, la conveniencia para los intereses nacionales y de la marina mercante del país del otorgamiento de nuevas rutas a LINEAS AGROMAR LTDA. con protección de la ley sobre reserva de carga, pues las estadísticas remitidas por la DIMAR (folios 310 a 326) muestran que la bandera colombiana sólo transportó una mínima parte de la carga generada, con lo cual se reitera el estudio que acompañó la interesada en su petición, *donde además consta especialmente que Marítimas Eslait no prestó servicio alguno*".

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, "está demostrado sin lugar a dudas que Marítimas Eslait *no estaba en condiciones de ofrecer un servicio regular y eficaz* ni conveniente a los intereses del país, de la marina mercante colombiana ni de los usuarios, pues no había transportado lo que corresponde a la bandera colombiana en virtud de la ley de reserva de carga".

"Era, pues, clara la situación y válida la afirmación contenida en la resolución No. 80 demandada, en cuanto en ella se dijo que " ... los servidores de transporte marítimo de Centroamérica y Suramérica (Pacífico) se encuentran insuficientes, lo cual perjudica los intereses del comercio exterior del país".

Finalmente la apoderada de AGROMAR Limitada hace una larga exposición en torno 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 a su expedición, la referida audiencia.

III

2. ALEGATO DE LA DEMANDANTE

En su escrito de conclusión el apoderado de la demandante hace un resumen de cada uno de los cargos formulados en el texto de la demanda y resalta lo relativo a la obligación en que se encontraba la autoridad administrativa de observar el procedimiento previo a la expedición de los actos acusados. Dice lo siguiente: "sorprende que con testimonios y mediante una inspección judicial mi distinguida contraparte pretenda probar contra una regla de procedimiento y por ende de orden público para subsanar las irregularidades de un acto administrativo yo no atribuyo esta conducta a ingenuidad. Estoy seguro que mi distinguida contraparte conoce el artículo 8o. del Código Civil: "La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna por inveterada y general que sea". Pienso más bien que tan destacada jurista aplica muy bien el aforismo que enseña que "los días trabajan por el hombre": la demora aprovecha el armador que se lucra mientras explota la ruta".

IV

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 básicos: 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 LIMITADA 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 como 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 "en ninguna manera imputable ni ocasionado por actuación 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

En dos grupos se pueden ordenar los cargos que se formulan contra los actos impugnados: 1o.— El que hace relación a la inobservancia del procedimiento legal previo a la expedición de las resoluciones por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria, y 2o.— El que alude al desconocimiento del derecho de defensa y del debido proceso señalado constitucionalmente.

Se procede a analizar el primer aspecto: Dice el artículo 85 numeral 8o. del Decreto 2349 de 1971 "Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones" (orgánico de la Marina Mercante) lo siguiente: Para los efectos de

lo dispuesto en el artículo 2o. numeral 19 y 20 del presente decreto (que se refiere a las funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria, entre las cuales está la de recibir y tramitar las solicitudes presentadas por armadores colombianos para la aplicación de las normas legales sobre reserva de carga) se seguirá el siguiente procedimiento:

1o.— El armador colombiano interesado debe presentar a la Dirección General Marítima y Portuaria una solicitud formal.

2o.— Acreditar el carácter de servicio público del transporte marítimo que está prestando o se propone prestar.

3o.— Prestar a la Dirección General Marítima y Portuaria, sus itinerarios y continuar remitiéndolos mensualmente.

4o.— Cumplir, si es el caso, los requisitos relacionados con naves de bandera extranjera al servicio de los armadores colombianos.

5o.— Si el solicitante desea pedir aprobación para asociar armadores extranjeros, deberá acompañar copia auténtica de los acuerdos correspondientes y acreditar las condiciones señaladas en el presente decreto. Si se trata de asociar armadores latinoamericanos, deberán acreditarse también las condiciones exigidas en el artículo 81 del presente decreto.

6o.— Especificar para cuál o cuales de los tráficos solicita el armador colombiano la aplicación de la reserva de carga. 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.

7o.— Una vez que el peticionario allegue toda la documentación requerida, la Dirección General Marítima y Portuaria comunicará por medio de avisos públicos a costa del interesado, la índole de la solicitud que está sometida a estudio con el fin de que, si hubiere oposición, esta pueda presentarse por quien se sienta afectado en sus intereses.

8o.— La Dirección General Marítima y Portuaria decidirá previa audiencia con las partes y en consulta con los organismos de comercio exterior, la conveniencia de la aplicación de la reserva de carga en aquellos tráficos en los cuales se ha solicitado, o si esta se va a aplicar solo para beneficio de determinados armadores colombianos. En todo caso, la Dirección General Marítima y Portuaria buscará y procurará la racionalización de los tráficos para impedir la dispersión de esfuerzos a través de competencias entre armadores colombianos.

"PARAGRAFO.— Cuando se determine el incumplimiento de la ley sobre Reserva de Carga, se impondrá al beneficiario, importador o exportador, multas cuyo monto puede ser igual a una vez el importe pagado por fletes en el tráfico correspondiente, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno.

Como se dijo anteriormente, con relación a esta última obligación procedimental, la demanda hizo hincapie en su inobservancia, tanto en el texto de la misma como en el alegato de conclusión, y por lo mismo señaló entre las normas violadas la que acaba de transcribirse.

En el documento que obra a folio 332 del cuaderno 1 que contiene el acta de inspección judicial practicada en las dependencias de la Dirección General Marítima y Portuaria, se lee lo siguiente: "no existe constancia de la celebración de audiencias públicas o especiales en determinadas fechas tal como se expresa en la solicitud de la prueba, entre la vigencia del Decreto 2349 de 1971 (diciembre 3) hasta el mes de febrero de 1981, fecha de expedición de la resolución acusada".

Así mismo, tampoco obra dentro del proceso la constancia o la certificación que permita restarle validez al cargo formulado, el que, por lo que acaba de expresarse, aparece comprobado mediante el acta de inspección judicial.

Además, en los testimonios rendidos por el Almirante Gustavo Angel Mejía, Director General Marítimo y Portuario, Capitán Guillermo León Eslava, Secretario General de la DIMAR y Capitán de Corbeta Publio Alfonso Medina Bernal, Asesor en Transporte Marítimo, a petición de la parte impugnadora (folios 344 a 353) se reconoce la no realización de Audiencias Públicas formales desde el año de 1971, dentro de los trámites para la concesión de rutas y reserva de carga. Dice el primero de los nombrados, que esa costumbre obedeció a criterios de los antiguos directores y posiblemente a la interpretación que en ese entonces le dieron los asesores jurídicos a la norma legal, considerando posiblemente que con la publicación del edicto era suficiente para que se enteraran las partes interesadas. El segundo afirma que protocolariamente no estaba consagrada en el Decreto 2349 de 1971 la mencionada audiencia para efectos de la reserva de carga; pero que conocida una sentencia del Consejo de Estado en la cual se planteaba la dicotomía en el procedimiento en cuanto a ruta y reserva de carga, se iniciaron las audiencias. Y el tercero manifiesta que las audiencias se comenzaron a practicar a partir de mediados de 1981, después de un fallo del Consejo de Estado al respecto; que antes no se practicaban ya que la Dirección General Marítima y Portuaria consideraba que no era necesario, puesto que al ser publicada la solicitud no era necesario hacerla.

El Código de Procedimiento Civil es claro al señalar por medio del artículo 6o. que las normas procesales son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. De acuerdo con lo anterior, es claro que la audiencia de que se viene hablando, consagrada en el artículo 85 numeral 8o. del Decreto 2340 de 1971, debió haberse celebrado pues está contemplada expresamente en dicha norma. Por ello, no puede argumentarse como lo hace la apoderada de Líneas AGROMAR Ltda., que solo se trata de un principio y no propiamente de "un procedimiento en el sentido estricto y judicial de la palabra". Tal principio consistiría en la simple obligación que tiene la Dirección General de oír oportunamente a los representantes de la Empresa y a los armadores colombianos. Pero es claro que en el presente caso ese principio se cumple cuando en el procedimiento para el otorgamiento de tráficos se establece ya la posibilidad de presentar oposiciones a las solicitudes formuladas. (artículo 85-87). Si la audiencia consagrada, significara solamente la invocación de un principio, es lógico que al haberse cumplido este por medio del derecho a la oposición (artículo 85-87), la ley no se habría ocupado de establecer en la misma norma y con posterioridad, la obligación de celebrar la audiencia referida.

En tal sentido, en un caso similar (expediente 3410, sentencia de 15 de julio de 1982, con ponencia de quien redacta la presente providencia esta Corporación dijo: "Se podrá argüir que habiendo existido la oposición y habiéndose presentado en ella los razonamientos del actor, resultaba ya inútil la audiencia señalada por el numeral 8o. Sin embargo, como se sabe, las normas procesales son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento (artículo 6o. del Código de Procedimiento Civil) y no es permitido a ninguna persona desestimarlas so pretexto de su aparente inutilidad. En ellas radica la seguridad jurídica; se puede decir que el procedimiento es sinónimo de

seguridad y su inobservancia es causal de nulidad de lo actuado ..." no escapa al impugnador que una cosa es la publicación de la solicitud y la autorización a que se refiere el numeral 7o. del artículo 85 del decreto 2349, y otra la audiencia con las partes y la consulta con los organismos de comercio exterior ordenados por el numeral 8o. del mismo artículo. Lo uno no exime lo otro, porque son momentos diferentes del procedimiento ordenado por el decreto extraordinario 2349, que como se dijo es de obligatorio cumplimiento".

La prosperidad del cargo anterior es suficiente para que en esta ocasión se declare la nulidad de las resoluciones acusadas, sin necesidad de entrar a considerar cada uno de los demás cargos formulados en la extensa demanda.

En cuanto al restablecimiento del derecho, como éste se produce de modo automático, considera la Sala que no es necesario hacer un especial pronunciamiento sobre el particular.

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, y en desacuerdo con el precepto del señor Fiscal Primero de la Corporación,

FALLA:

1.— Se declara la nulidad de las resoluciones números 080 de 6 de febrero de 1981 y 239 de 31 de marzo del mismo año, expedidas ambas por el Director General Marítimo y Portuario y la número 1449 de 21 de mayo de 1981 proferida por el señor Ministro de Defensa Nacional.

2.— En cuanto al restablecimiento del derecho, estése a lo expresado en la parte motiva de esta providencia sobre el mismo.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 6 de julio de 1984.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— ELEMENTOS ESENCIALES.— MOTIVACION.— Obligación de la Administración de expresar los motivos del Acto Administrativo. Esta obligación no existe como regla general. Excepciones. RADIODIFUSION, ESTACIONES.— LICENCIAS.— Expedición. Declárase la nulidad de la Resolución No. 2593 de 30 de febrero de 1982 expedida por el Ministro de Comunicaciones.

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

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**
Expediente No. 4261.
Actor: **Nemesio Camacho R.**

El doctor Nemesio Camacho R. en ejercicio de la acción contencioso administrativo consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha demandado de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 2593 de 30 de julio de 1982 expedida por el Ministro de Comunicaciones, por medio de la cual se concede licencia a la sociedad "Super Radio" para construir y montar la Estación de Radio difusión Sonora en amplitud modulada (A. M.) denominada Radio Super de la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá, con frecuencia de operación, distintivo de llamada, potencia efectiva radiada, clases de estación debidamente especificadas en dicha resolución; además concede plazo para la instalación y montaje de los equipos y prevé una visita de inspección con el objeto de comprobar la satisfactoria conclusión de los trabajos de construcción y montaje de la emisora ya mencionada.

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A. LOS HECHOS

Sirven de fundamento a la demanda los siguientes hechos, que se resumen así:

1. Por solicitud formulada por el señor Alvaro Pava Camelo como representante legal de "Super Radio", el Ministerio de Comunicaciones, después de darle el trámite correspondiente, le otorgó la licencia solicitada mediante la Resolución No. 2593 de 30 de julio de 1982.

2. Dentro de los documentos presentados con la solicitud figura un certificado expedido el 25 de agosto de 1981 por el Director del Banco Nacional de Datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE, según el cual "si se aplica la tasa de crecimiento calculada con base en las cifras definitivas con ajuste de cobertura del XIV Censo Nacional de Población y III de Vivienda efectuado el 24 de octubre de 1973 y en los resultados definitivos del XIII Censo Nacional de Población realizado el 15 de julio de 1964, se obtiene una proyección de la población total del Municipio de Tunja (Boyacá), a 31 de agosto de 1981, de 118.696 habitantes".

Sin embargo, la misma Dirección del Banco Nacional de Datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE, mediante oficio 008856 de 27 de octubre de 1982 informa que "si se aplica la tasa de crecimiento calculada con base en las cifras definitivas con ajuste de cobertura del XIV Censo Nacional de Población y III de Vivienda efectuado el 24 de octubre de 1973 y en los resultados definitivos del XIII Censo Nacional de Población realizado el 15 de julio de 1964, se obtiene una proyección de la población total del Municipio de Tunja (Boyacá), a 24 de octubre de 1982, de 74.580 habitantes". Es decir, que 14 meses después la población de Tunja había disminuído en 46.116 habitantes, según la misma agencia gubernamental que dio las certificaciones.

3. En la ciudad de Tunja en la actualidad funcionan las siguientes emisoras: una de carácter cultural, que es la Radio Transmisora de la Independencia; tres emisoras en subcanal regional o emisoras clase 2, que son Radio Tunja, Radio Boyacá y Radio Unica, y una emisora local o clase 3, que es Radio Triunfo.

4. Sobre la materia de telecomunicaciones en general existe el Decreto Legislativo No. 3418 de 1954, cuyo Decreto reglamentario es el No. 2427 de 1956, en el cual se consideró como fundamento para la asignación de frecuencias para radiodifusión comercial el número de habitantes de la localidad en donde va a funcionar una nueva emisora, pero este decreto fue modificado totalmente en lo atinente al servicio público de radiodifusión por el Decreto No. 2085 de 1975, al cual se refiere el punto 7o. de la resolución acusada.

El artículo 363 del Decreto reglamentario 2427 de 1956 se refiere a los factores que deben ser tomados en cuenta para la concesión de frecuencias y establece el factor del número de habitantes según que las estaciones sean de clase 1, clase 2 o clase 3. El artículo 89 del Decreto reglamentario 2085 de 1975 hace referencia a la expedición de licencias para estaciones privadas de radiodifusión sonora en amplitud modulada (A. M.) y mención al número de habitantes de los Municipios, explicando, por ejemplo, que las estaciones de 2a. clase podrán funcionar en un Municipio a razón de 1 por cada 100.000 habitantes, y que las estaciones de tercera clase podrán funcionar en el mismo sitio a razón de 1 por cada 30.000 habitantes.

Mediante el Decreto 1111 de 1980 se modificó el artículo 99 y se derogó el 95 del Decreto 2085 de 1975. En el parágrafo 4o. del artículo se establece que "no obstante las anteriores limitaciones, el Ministerio de Comunicaciones, por razones de carácter cultural, geográficas o de soberanía, podrá autorizar el funcionamiento de estaciones de radiodifusión sin tener en cuenta el número de habitantes del Municipio donde funcionará la emisora".

Para efectos de determinar el número de estaciones privadas de radiodifusión sonora en amplitud modulada que pueden funcionar en un mismo Municipio, se establece que se calculará el número de habitantes independientemente para cada una de las modalidades establecidas para este servicio en el artículo 87 del Decreto 2085 de 1975. Se establece por otra parte que para los efectos del artículo 99 del mencionado decreto, reformado por el No. 1111 de 1980, que "únicamente se tendrán en cuenta los datos de población certificados por la oficina central del Departamento Administrativo Nacional de Estadística".

5. La solicitud de licencia que dio lugar a la resolución acusada no explica cuáles son las razones de carácter cultural, geográfico o de soberanía que justificarán el otorgamiento de una licencia de funcionamiento sin tomar en cuenta el número de habitantes. La resolución acusada tampoco expresa cuáles son esas razones que hubieran podido justificar la aplicación de la norma de excepción, que es de estricta interpretación y aplicación.

"El caso de Tunja es el menos afortunado al invocar las razones de orden cultural, geográfico o de soberanía como justificación para un régimen excepcional. Obsérvese que en la ciudad de Tunja se reciben sin dificultad las transmisiones de televisión y las emisoras de la capital de la República".

B. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Sostiene el actor que el acto administrativo acusado viola claramente los artículos 37, 69, 92, 93 y 99, modificado por el Decreto 1111 de 1980, del Decreto 2085 de 1975.

En cuanto al concepto de violación de las normas antes señaladas, expresa que el artículo 87 establece las modalidades del servicio de radiodifusión sonora en amplitud modulada, en tanto que el artículo 99 hace la clasificación de las estaciones de radiodifusión sonora en ondas heptométricas en estaciones de 1a. clase, en estaciones de 2a. clase y en estaciones de 3a. clase, como lo es ésta cuya licencia de construcción y montaje se otorgó mediante la resolución impugnada.

El artículo 92 del citado decreto consagra precauciones para garantizar que las frecuencias centrales permanezcan separadas unas de otras 10 kilohertz. El artículo 93 se refiere a las áreas primarias y segundarias de protección contra interferencias, y el 99, modificado por el artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980, establece el cómputo de población certificado por la Oficina Central del Departamento Administrativo Nacio-

nal de Estadística y señala en su parágrafo 2o. cuál es la manera de determinar el número de estaciones privadas de radiodifusión sonora en amplitud modulada que pueden funcionar en un Municipio, de acuerdo con la modalidad de la estación según el artículo 87.

Sostiene el demandante que el Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con la petición del solicitante, dio aplicación en forma indebida al parágrafo 4o. del artículo 99 del Decreto 2085 de 1975, modificado por el artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980, por cuanto ni en la solicitud ni en la motivación de la resolución acusada se explica cuáles son las razones de carácter cultural, geográfico o de soberanía que hicieron aconsejable otorgar una licencia sin tomar en cuenta el número de habitantes del Municipio de Tunja. Por consiguiente, hubo desviación de poder, ya que el Ministerio de Comunicaciones, obrando con competencia se apartó del fin previsto en la norma. Además la motivación no es real en cuanto al dato de población suministrado.

En su alegato de conclusión el actor reitera lo expresado en el libelo demandatorio y agrega necesarias para comprobar los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones.

II. PARTE IMPUGNADORA

Durante el proceso se hizo presente el señor Nelson Bedoya y fue admitido como parte impugnadora de la acción. Toda su actuación se limitó a expresar que el interés que le asiste "para concurrir al proceso para impugnar la demanda, es el de que considero que la resolución atacada es legal, y por lo tanto debe mantenerse" (folio 33).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Llegado el momento procesal para fallar y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente juicio, la Sala procede a decidir previas las siguientes consideraciones:

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.— Como antes se expresó, el demandante ha solicitado la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 2593 de 30 de julio de 1982 expedida por el Ministerio de Comunicaciones, en virtud de la cual se concedió "licencia a la sociedad 'Super Radio' para construir y montar la Estación de Radiodifusión Sonora en amplitud modulada (A. M.) denominada 'Radio Super' de la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá", con las características señaladas en el artículo 1o.

En los considerandos de la resolución citada se expresa, después de reseñar el trámite seguido por la solicitud hecha por el señor Alvaro Pava Camelo en su condición de representante legal de Super Radio, que éste "cumplió con los requisitos exigidos por el Decreto 2085 de 1975 y su Resolución reglamentaria 0341 de 1975", sin hacer mención alguna de los factores de excepción de que trata el parágrafo 4o. del artículo 99 del citado Decreto 2085 de 1975, modificado por el artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980.

2. LOS CARGOS DE ILEGALIDAD CONTRA EL ACTO ACUSADO.— En resumen el demandante le hace a la resolución impugnada los siguientes cargos:

a) De desviación de poder por cuanto ni en la solicitud ni en la motivación de la resolución acusada se explica cuáles son las razones de carácter cultural, geográfico o de soberanía que hicieron aconsejable otorgar una licencia sin tener en cuenta el número de habitantes del Municipio de Tunja, esto es, por ninguna o insuficiente motivación.

b) También acusa la resolución cuestionada en el presente proceso por violación del parágrafo 4o. del artículo 99 del Decreto 2085 de 1975, modificado por el artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980, porque en el Municipio de Tunja no hay razones de carácter cultural, geográfico o de soberanía que hagan aplicable la norma de excepción antes mencionada.

En relación con los cargos anteriores la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

PRIMER CARGO: DESVIACION DE PODER.— Ha sostenido el Consejo de Estado que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son el órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. En lo que se refiere a los motivos ha expresado la Corporación que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determine a tomar una decisión. "En las actividades fundamentalmente regladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo" (auto de marzo 9 de 1971 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo).

Pero también se tiene como un axioma jurídico en nuestro derecho que no basta la existencia de un motivo para justificar el acto administrativo sino que éste debe ser real y serio, adecuado o suficiente e íntimamente relacionado con la decisión, es decir, tener capacidad para justificarlo dentro de la idea de satisfacer el interés general o público, para lo cual se han dado las competencias administrativas.

Por otra parte se debe distinguir la necesidad de la existencia o suficiencia de motivos para la expedición de un acto y la obligación de la administración de expresarlos. Esta obligación no existe como regla general, por cuanto se presume legalmente la existencia de motivos, por lo que ella sólo surge cuando la Constitución o la ley así lo exija o cuando dicha necesidad se imponga por ciertas circunstancias especiales que la exija para hacer posible el control de legalidad del acto administrativo. La doctrina y la jurisprudencia sostienen que la expresión de los motivos debe hacerse, además de los casos exigidos por la Constitución y la ley, en los siguientes: cuando por el acto se extinga o modifique una situación jurídica ya creada; cuando se cambie una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento jurídico; cuando el acto esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; cuando el acto se expide cumpliendo ciertos factores establecidos como presupuestos del mismo en la ley; cuando el acto se expide aplicando normas de excepción o de restrictiva interpretación; cuando el acto cree situaciones perjudiciales para el administrado. Estos casos son apenas pautas señaladas por la jurisprudencia, ya que es difícil determinar con precisión cuándo en un acto deben expresarse los motivos que lo justifican o sirven de sustento a la decisión en él contenida. La insuficiencia de los motivos es causal de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, en tanto que la no expresión de los motivos cuando a ello hubiere lugar es causal también de anulación del acto pero por vicio de forma, es decir, por expedición irregular del mismo. Hoy se contempla como causal autónoma de nulidad del acto administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo la falsa motivación (artículo 84).

Se ha dicho igualmente que cuando se motive un acto administrativo, la motivación debe ser seria, adecuada o suficiente y además íntimamente relacionada con la decisión que por él se tome, por lo que no cumplen este requisito las fórmulas de comodín o sean aquellas susceptibles de ser aplicadas a todos los casos a pesar de sus peculiaridades. Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 30 de agosto de 1977 Anales 2o., diciembre 7, pág. 122, lo siguiente:

"La administración, por regla general, no tiene por qué expresar los motivos que le sirven de apoyo a su medida, ya que el deber de motivar constituye la excepción. Pero de esta observación no se concluye que los actos administrativos puedan carecer de motivo legal porque es bien sabido que éstos tienen que corresponder a la existencia de una situación fáctica o legal anterior de carácter determinante, máxime cuando con dichos actos se efectuen ciertas situaciones jurídicas ya creadas.

"De allí que la carencia de motivos justificativos deje ver que la administración obró por razones ocultas, por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios.

"Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de las razones justificativas se convierte en un elemento formal, cuya omisión lo hace anulable por expedición en forma irregular.

"La doctrina y la jurisprudencia, además de la exigencia legal, estiman que la motivación se impone en ciertos casos por el principio de la legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el juez, al ejercer su control, constatar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma.

"Aunque no es fácil definir cuándo un acto debe ser motivado, la doctrina ha sentado ciertas pautas a ese respecto. Así ha sostenido que deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada; el que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento; el que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; el que se expide siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la ley; en fin, todo el que cree situaciones perjudiciales para el administrado.

"Visto lo anterior, se agrega:

"Si los motivos del acto administrativo se refieren a la constatación de la situación fáctica, a su calificación jurídica o a la interpretación de la ley que lo fundamenta, el control es de legalidad y puede ir hasta la confrontación de la exactitud de los motivos expuestos.

"Si la ley obliga a motivar o la naturaleza del acto impone la expresión de los motivos, la no manifestación de éstos constituye expedición en forma irregular.

"Si la administración motiva sin estar obligada a ello, los motivos expresados serán susceptibles de control jurisdiccional y su inexactitud podrá producir la anulación del acto.

"Finalmente, la motivación, ante todo, debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, rechazándose así la que se limita a expresar fórmulas de comodín o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos. Estas fórmulas se estiman insuficientes y el acto que las presentó como justificación, carente de motivación.

"En opinión de la Sala, la resolución en estudio adolece de esta última falla, tal como se aplica luego a la transcripción del siguiente párrafo de la motivación: 'Que hecho el estudio del expediente se observa que las reformas introducidas a los estatutos vigentes se ajustan a las prescripciones del artículo 369 del Código Sustantivo del Trabajo, y no son contrarias a la Constitución Nacional y leyes de la República, ni a las buenas costumbres del país'.

"La obligación de motivar no se cumplió con la formulación del párrafo transcrito, ya que las frases allí empleadas servirían o son susceptibles de ser aplicadas a todos los casos de reformas estatutarias y son las clásicas fórmulas de comodín que nada dicen ni indican. Tampoco se aprecia allí mismo los fundamentos enunciados por el artículo 387 del Código Sustantivo del Trabajo. Y la referencia que se hace del artículo 369 del mismo Código no es pertinente, puesto que esta norma determina los procedimientos y la competencia pero no los motivos o las circunstancias de hecho para variar la composición de la Asamblea General del Sindicato".

Haciendo aplicación de la doctrina que se acaba de exponer al caso *sub-júdice*, encuentra la Sala que en éste la motivacion dada para no considerar la población del Municipio de Tunja conforme a la regla establecida en el literal c) del artículo 99 del Decreto 2085 de 1975, tal como quedó modificado por el artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980, es insuficiente porque se usó una fórmula de comodín, lo cual hace que se considere que realmente no hubo motivación para tomar la decisión en el sentido en que se hizo conceder la licencia solicitada por el señor Alvaro Pava Camelo como representante de la sociedad "Super Radio". En efecto, al respecto se tiene lo siguiente:

El señor Alvaro Pava Camelo mediante escrito presentado el 19 de agosto de 1981 solicitó al Ministerio de Comunicaciones "licencia para construir, montar y poner en funcionamiento una estación de radiodifusión comercial en Ondas Heptométricas de Tercera Clase, con potencia de cinco (5) kilovatios en antena, que se demoninará 'Radio Super', para el servicio de radiodifusión en Amplitud Modulada (A. M.) de carácter recreativo, en la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá" (folio 125 Cuaderno de antecedentes Administrativos).

Después de reseñar el memorialista los documentos que acompañaba para dar cumplimiento a las disposiciones que sobre el particular traen el Decreto 2085 de 1975 y la Resolución 0341 de 1978, modificada por el Decreto 1111 de 1980, expresa lo siguiente:

"11. Sobre aspectos de población téngase en cuenta lo establecido en el parágrafo 4o. del artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980" (folio 125 etc, del expediente administrativo).

El artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980 modifica el artículo 99 del Decreto 2085 de 1975 y en el parágrafo 4o. establece lo siguiente:

No obstante las anteriores limitaciones, el Ministerio de Comunicaciones, por razones de carácter cultural, geográficas o de soberanía, podrá autorizar el funcionamiento de estaciones de radiodifusión sin tener en cuenta el número de habitantes del Municipio donde funcionará la estación".

Luego de habérsele dado a la solicitud anterior el trámite correspondiente y hechos los estudios exigidos para el caso, según aparece en el cuaderno que contiene los antecedentes administrativos, se expide la Resolución 2593 de 1982 por el Ministro de Comunicaciones concediendo la licencia antes solicitada y dando para ello como fundamento, según el considerando 7o. el hecho de que "el solicitante cumplió con los requisitos exigidos por el Decreto 2085 de 1975 y su Resolución reglamentaria 0341 de 1978".

De acuerdo con lo anterior se tiene que el Ministerio de Comunicaciones al conceder la licencia solicitada por el señor Alvaro Pava Camelo no tuvo en cuenta para nada el número de habitantes del Municipio donde funcionaría la estación de radiodifusión, esto es, de Tunja. Ello quiere decir que le dió el tratamiento de excepción contemplado en el parágrafo 4o. del artículo 99 del Decreto 2085 de 1975. Pero de acuerdo con la doctrina sobre la necesidad de suficiente motivación antes expuesta, para la expedición del acto acusado era indispensable que se dieran las razones de carácter cultural, o geográfico o de soberanía que lo justifiquen. Pues prevé el citado parágrafo 4o. que para no tener en cuenta el número de habitantes del Municipio donde funcionará la estación de radiodifusión cuya licencia se solicita debe haber "razones de carácter cultural, geográficas o de soberanía". Ya hemos visto cómo tanto en la solicitud del señor Pava Camelo como en la resolución acusada no se dice nada en concreto acerca de cuál o cuáles de las razones antes señaladas fueron las determinantes para autorizar el funcionamiento de la estación de radiodifusión denominada "Radio Super". Solo se afirma que los requisitos exigidos por el Decreto 2085 de 1975 y la Resolución 341 de 1978 fueron satisfechos. Lo anterior comprueba la insuficiencia o falta de motivo, ya que se empleó una fórmula de comodín, que nada dice sobre las razones que hicieran aplicable la norma exceptiva del parágrafo 4o. del artículo 1o. del Decreto 1111 de 1980.

Las razones expuestas llevan a la Sala a concluir que el acto administrativo acusado se halla afectado de nulidad por desviación de poder (artículo 66 Ley 167 de 1941). Pero en el supuesto de que realmente hubiese un motivo valedero para hacer aplicación de la norma antes mencionada, habría habido entonces la obligación de expresar con claridad y precisión las razones ya culturales, ya geográficas o ya de soberanía que lo justificasen, las que por no aparecer en el acto impugnado o en el expediente administrativo lo harían también viciado de nulidad pero en este caso por expedición irregular del mismo o vicio de forma, debido a que se estaría enfrente de una norma exceptiva cuya aplicación hacía obligatoria la expresión precisa de los motivos.

SEGUNDO CARGO: VIOLACION POR APLICACION INDEBIDA DEL PARAGRAFO 4o. DEL ARTICULO 1o. DEL DECRETO 1111 DE 1980.— Habiendo prosperado el primer cargo contra la resolución impugnada, la Sala estima innecesario hacer el examen de este cargo y entrarse al estudio de las pruebas que él requiere.

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:

Declárase nula la Resolución No. 2593 de 30 de julio de 1982 expedida por el señor Ministro de Comunicaciones.

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.

PENSION DE JUBILACION.— MILITARES.— TIEMPOS DOBLES DE SERVICIO.— ¿Los servicios militares pueden sumarse a los civiles para conseguir la pensión? Normas excepcionales sobre tiempos dobles.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., tres (3) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor José Gabriel Salom.** Abogado asistente.
Referencia: Expediente No. 7391. Autoridades Departamentales.
Actor: **Carlos Ariel Gómez Rico.**

En demanda presentada ante esta Corporación, el señor CARLOS ARIEL GOMEZ RICO, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1188 de 4 de junio de 1980, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de la cual no se ordenó el reconocimiento y pago de pensión de jubilación por servicios prestados a las Fuerzas Militares.

Como HECHOS constitutivos de la acción ejercitada se indican en el libelo el tiempo de servicio prestado por el actor en el Ministerio de Defensa Nacional y la circunstancia que la Entidad demandada reconoció dicho tiempo para el pago de su cesantía, pero omitió hacerlo en lo que respecta a su pretendida pensión de jubilación.

Se indican como disposiciones infringidas por la vigencia de la resolución impugnada los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional; 269 del Código Sustantivo de Trabajo, 80 y 81 del Decreto 2339 de 1971; 140 del Decreto 612 de 1977; 181 del Decreto 2337 de 1971 y 24 del Decreto 2733 de 1959. Sobre las normas precedentes el apoderado del actor realiza el respectivo análisis jurídico, en efecto a demostrar la violación de que fueron objeto.

El Ministerio de Defensa Nacional designó apoderado para que representara a la Institución dentro del juicio, lo que hizo en efecto al oponerse a las súplicas de la demanda.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se acceda a las súplicas del libelo, por considerar en síntesis, que el demandante es acreedor a la prestación pretendida en este juicio.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El problema jurídico sometido a consideración del Honorable Consejo de Estado radica en determinar, si el actor, tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación por servicios prestados a las Fuerzas Militares, teniendo en cuenta para ello la acumulación de los servicios militares a los civiles.

La Entidad demandada deniega el derecho pretendido por considerar que el actor solamente acreditó 19 años, 5 meses y 26 días de servicio al Estado, arguyendo para ello el tiempo doble, computado, no pude tener aplicación en este caso, por cuanto este no rige sino para el régimen prestacional de los militares.

A juicio de la Sala la interpretación que sobre el particular adopta el Ministerio de Defensa Nacional es equivocada, pues las normas excepcionales sobre tiempo doble de servicio benefician a los militares para todos los efectos de suerte que el documento público que obra a folio 9 del expediente, y 1 de los antecedentes administrativos, indica que el demandante prestó sus servicios a las Fuerzas Militares durante un lapso de 20 años, 4 meses y 22 días. Y como quiera que dicho documento no ha sido tachado de falso, es de presumirse que su contenido es real y demuestre en forma clara los servicios prestados por el actor a la Institución Castrense.

De conformidad con lo anterior, es incuestionable que en el asunto sub-judice aparece legalmente acreditado que el actor prestó sus servicios al Estado Colombiano por un lapso superior a los 20 años y adquirió por tal circunstancia el derecho a percibir una pensión vitalicia de jubilación, de acuerdo con las leyes que regulan el reconocimiento y pago de esta clase de prestaciones.

Consecuente con lo anterior es lo expresado por la distinguida Fiscal Quinta de la Corporación, cuando en uno de los apartes de su vista reglamentaria manifiesta:

"... Es claro para la Fiscalía, que para efectos de pensión de jubilación la ley permite acumular todos los tiempos servidos al Estado. Con mayor razón cuando, como en este caso, el patrono es uno solo, el Ministerio de Defensa.

"El problema radica entonces en establecer, si los servicios militares pueden sumarse a los civiles para conseguir la pensión.

"En principio, no existe ninguna norma que se oponga a ello, y si la pensión de jubilación ha sido establecida como una compensación por servicios prestados, ellos pueden ser de diversa índole. Distinto es el caso de la asignación de retiro, consagrada únicamente para los militares y por servicios militares.

"Es un hecho que el actor estuvo sirviendo un tiempo como Suboficial y en tal calidad le fueron liquidados tiempos dobles.

"Ese reconocimiento es inmodificable y por tanto, tal como fue hecho inicialmente, debe sumarse al de servicios civiles para efectos de la pensión de jubilación. No existe norma alguna que lo prohiba o que indique una forma de acumulación diferente. Sencillamente ese es el tiempo de servicios militares.

"En este orden de ideas es preciso concluír, que de conformidad con la liquidación de servicios hecha por el mismo Ministerio de Defensa, la cual arroja un tiempo total de 20 años, 4 meses y 22 días, el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión, sin consideración a la edad, por haber desempeñado funciones de radio-operador". (Folios 51 y 52).

Y en tal virtud, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal colaboradora,

FALLA:

Primero.— DECRETASE la nulidad de la Resolución No. 1188 de 4 de junio de 1980, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de la cual se negó al señor CARLOS ARIEL GOMEZ RICO el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación.

Segundo.— Como consecuencia de la declaración anterior, el Ministerio de Defensa Nacional, reconocerá y pagará al señor CARLOS ARIEL GOMEZ RICO una pensión vitalicia de jubilación, liquidada conforme a los haberes devengados.

Tercero.— La Entidad obligada dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del decreto 01 de 1984.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente, previa devolución de los antecedentes administrativos.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada en sesión celebrada el quince (15) de junio 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.

FUNCIONARIOS PUBLICOS.— INTERVENCION.— EN POLITICA.— Las normas que establecen la prohibición de participar en controversias políticas o intervenir en actividades partidarias no se refieren exclusivamente a los empleados públicos que estén en ejercicio de sus cargos sino a quienes tengan tal calidad, que no se pierde por el hecho de no estar desempeñando las respectivas funciones.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 6601. Resoluciones Ministeriales.
Actor: **Carlos Arturo Andrade Fajardo.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Arturo Andrade Fajardo contra la sentencia del 29 de octubre de 1981, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las súplicas de la demanda que había presentado con el objeto de obtener de dicha Corporación las declaraciones que solicitó así su apoderado:

"**Primera.**— Que son nulos los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Resolución No. 03267 de julio 16 de 1980, proferida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cuanto por ellos se resuelve destituir al señor Carlos Arturo Andrade Fajardo, del cargo de Ayudante de Oficina 5155-07 de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja de la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta — Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público e inhabilitarlo para el ejercicio de cargos públicos por el término de un (1) año.

"**Segunda.**— Que, conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 18 del Decreto-Ley 2733 de 1959, se ha operado el fenómeno jurídico de agotamiento de la vía gubernativa por el no pronunciamiento de la administración —Ministerio de Hacienda

y Crédito Público— en relación con el recurso de reposición interpuesto contra la precitada resolución por el actor, el día seis (6) de agosto de mil novecientos ochenta (1980), que lo faculta para promover el presente juicio.

"**Tercera.**— Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho quebrantado, se ordene al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público reintegrar a mi poderdante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

"**Cuarta.**— Que, igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— a reconocer y pagar al señor Carlos Arturo Andrade Fajardo, los sueldos, primas, subsidios, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta (1980), hasta el día en que efectivamente sea reintegrado al servicio oficial.

"**Quinta.**— Que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación por el actor, para todos los efectos legales y en especial para lo relacionado con prestaciones sociales" (folio 11).

Según los hechos de la demanda, el actor, quien estaba inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, había sido sancionado con la suspensión en el ejercicio de su cargo, durante doce meses, por decisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Sobre el motivo de la destitución del actor, dice su apoderado:

"4o. A raíz de la realización de los comisios electorales de comienzos del presente año de 1980, para integrar los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales para el período de 1980 a 1982, se adelantó contra mi representado un proceso administrativo de carácter disciplinario por supuesta intervención en política partidista, dentro del cual se formuló el cargo y se le dio oportunidad de presentar sus descargos.

"5o. Como consecuencia de dicha investigación, previo el consiguiente concepto de la Comisión de Personal del organismo, el actor fue destituído del cargo que desempeñaba en la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta e inhabilitado para desempeñar cargos públicos por el término de un (1) año, mediante la resolución acusada de nulidad.

"6o. Notificada personalmente la resolución de destitución, mi poderdante interpuso el recurso de reposición contra ella, mediante memorial presentado en la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, el día 6 de agosto de 1980.

"7o. Como ha transcurrido el término de treinta días que tiene la Administración para pronunciarse sobre el recurso, sin que hasta la fecha se haya decidido la reposición impetrada, mi representado da por agotada la vía gubernativa, entendiendo por denegada su petición de reconsideración de la decisión y procede a iniciar el presente juicio" (folio 12).

Como disposiciones infringidas se señalan los artículos 2o., 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional, 10, 11, 12, 13, 14, 40 y 46 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, "concordantes con las disposiciones del Decreto reglamentario 1950 de 1973", y el inciso segundo del artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

Al exponer el concepto de la violación, dice el apoderado del actor:

"El problema jurídico controvertido se reduce a establecer si el actor, al aceptar la inclusión de su nombre en el primer renglón de suplentes en la lista de candidatos para el Concejo de Cúcuta encabezada por Elías Jaimes Castillo, para el período constitucional de 1980 a 1982, quebrantó la prohibición impuesta a los funcionarios públicos de "desarrollar actividades partidistas" (artículo 10 del Decreto-Ley 2400 de 1968), no obstante que se encontraba suspendido en el ejercicio del cargo de Ayudante de Oficinas de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja de la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, por el término de doce meses, comprendidos entre el 11 de septiembre de 1979 a la misma fecha de 1980.

"Es indudable que existen claras normas de carácter legal que impiden a los funcionarios del órgano jurisdiccional, del ministerio público y, en general, a los de la rama administrativa, tanto en lo nacional, como en lo departamental o municipal intervenir en política, y que, como lo ha expresado el Honorable Consejo de Estado "al establecer el legislador estas sanas disposiciones buscó con ello *sustraer a las personas que están prestando un servicio a la administración pública* de la agitación de las luchas partidistas porque una conducta distinta siempre inspira a los ciudadanos el temor a la sospecha de *que los actos del funcionario puedan resultar tachados, en un momento dado, de parcialidad política"* (Sentencia del 3 de octubre de 1973 de la sala plena de lo contencioso administrativo, ponencia del Honorable Consejero Dr. Oswaldo Abello Noguera, actor: Carlos Cobo Bejarano, expediente No. 67, Anales del Consejo, Tomo LXXXV, número 439 y 440, págs. 424 y siguientes).

Espero, no es menos cierto que para que la conducta sancionada disciplinariamente se de, es necesario, como se deduce de la sentencia atrás citada, que la persona este ejerciendo la función pública, vale decir, que no esté separado del cargo en virtud de decisión de la propia administración pública, pues si lo está —como en el caso subjudice— pues es lógico que no está produciendo actos jurídicos que puedan ser tachados en un momento de parcialidad política, no está ejerciendo o tratando de ejercer presión con ellos sobre un sector del electorado, ni buscando con su conducta administrativa el apoyo popular.

"Las normas jurídicas —absolutamente todas— tienen una razón de ser y para su aplicación a un determinado caso, deben tenerse en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, para ver si estas encuadran dentro de las razones filosóficas y presupuestos que tuvo en cuenta el legislador al expedirlas. Siendo, entonces claro que la intención del legislador ha sido la de alejar a los funcionarios públicos de la lucha partidista, para evitar que haya el temor o la sospecha de que sus actos están guiados por la parcialidad política, o que, en un momento dado, se pueda utilizar la función pública como un medio para guiar al electorado hacia determinado candidato, colocando a los otros que no ejercen funciones públicas en situación de inferioridad —como también ha tenido oportunidad de expresarlo el Honorable Consejo de Estado en otras sentencias—, no se ve cómo se puede llegar a la conclusión de que el actor, en este evento, estando suspendido del ejercicio de funciones públicas desde el 11 de septiembre de 1979 hasta la misma fecha de 1980, haya violado la prohibición de intervenir en política.

"La situación sería muy diferente si el empleado hubiera solicitado una licencia no remunerada para que, aceptada, se pudiera dedicar a la política; empero, estando suspendido desde el mes de septiembre de 1979, sin obligación de prestar el servicio, sin remuneración alguna, no se ve cómo podía el empleado dedicarse a realizar las actividades que le provocaran: trabajar en otra parte dentro del sector privado, pues no podía dejar de velar por la subsistencia propia y la de su familia; dedicarse a escribir versos; dedicarse a la política, etc.

"En síntesis, el régimen disciplinario previsto por los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, es para las personas que estén ejerciendo funciones públicas, no para quienes estén por fuera del servicio o para quienes por determinado lapso excepcionalmente largo —un año— han dejado de serlo por encontrarse sancionados disciplinariamente y que, como es apenas lógico, tienen que dedicarse a otras actividades como medio de subsistir o como forma de hacer algo útil y no desesperarse por falta de algo a qué dedicarse.

"Y si llegara a aceptarse la apreciación jurídica de la administración pública, expuesta en los actos acusados, con igual razón podría sostenerse que no podrían dedicarse a la realización de otras actividades laborales remuneradas o no, lo cual sería un completo absurdo desde todo punto de vista.

"Debe pues, llegarse a la conclusión de que, por una aplicación indebida del artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, concordante con el artículo 132 del Decreto 1950 de 1973, se violó esta norma y se desconocieron legítimos derechos del actor protegidos y garantizados por todas y cada una de las normas invocadas como quebrantadas en este libelo, pues se trataba de un funcionario inscrito a la carrera administrativa y amparado por la estabilidad relativa que ese hecho le da.

"Finalmente, no quiero dejar de anotar que mi representado fue suspendido en el ejercicio de sus funciones públicas desde el 11 de septiembre de 1979, y que la intervención en actividades partidistas solo se efectuó en los meses de febrero y marzo de 1980, con la aceptación de la inclusión de su nombre en la lista de candidatos a concejales por el municipio de Cúcuta, y las elecciones posteriores, es decir, seis meses antes de que cesara la suspensión en el ejercicio de cargo decretada por la Administración y tuviera que reintegrarse al servicio oficial nuevamente, renunciado o no a su elección como concejal, lo cual podía hacer sin problema alguno. De manera que, insisto, en que no hubo la pretendida intervención en política de un funcionario público, ya que se carecía de esa calidad o al menos no se ejercía en el momento en que supuestamente hubo la intervención en política, no operando en consecuencia el régimen disciplinario" (folios 13-14).

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander denegó las súplicas de la demanda por considerar que si bien el actor estaba suspendido en el ejercicio de su empleo cuando intervino en política, conservaba en ese lapso el status de empleado público y por consiguiente estaba sujeto a la correspondiente prohibición constitucional y legal.

En la segunda instancia a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto, la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado emitió concepto de fondo, en el cual comparte las consideraciones del Tribunal y solicita, en consecuencia, que la decisión de éste sea confirmada.

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Tiene razón el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, pues ciertamente la suspensión en el ejercicio de las correspondientes funciones no implica que quien se encuentra en esa situación transitoria haya dejado de ser empleado público. Las normas que establecen la prohibición de participar en controversias políticas o intervenir en actividades partidarias no se refieren exclusivamente a los empleados públicos que estén en ejercicio de sus cargos sino a quienes tengan tal calidad, que no se pierde por el hecho de no estar desempeñando las respectivas funciones.

Mientras cumplía la sanción, el actor siguió siendo empleado de la carrera administrativa, pues la resolución que lo suspendió en el ejercicio del cargo no le quitó, como no podía hacerlo, dicho carácter.

El artículo 62 de la Constitución Nacional, modificado por el artículo 6o. del Plebiscito de 1957, no se refiere a quienes están en ejercicio del cargo, sino que cobija con la prohibición a todo empleado público que pertenezca a la carrera administrativa, al decir: "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".

Por eso la Sala acoge las consideraciones de la señora Fiscal, cuyo texto es el siguiente:

"El asunto sub-judice consiste en dilucidar si el acto por medio del cual fue destituído el actor del cargo que ocupaba en la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta se ajusta o no a derecho.

"La sanción fue impuesta por intervenir en actividades partidistas tales como la de aceptar la inclusión de su nombre en una de las listas inscritas para elección de Concejales Municipales por el período constitucional 1980-1982.

"El señor apoderado del actor sostiene en la demanda que "no hubo la pretendida intervención en política de un funcionario público, ya que se carecía de esa calidad o al menos no se ejercía en el momento en que supuestamente hubo la intervención política, no operando en consecuencia el régimen disciplinario".

"El Tribunal haciendo consideraciones que este Despacho comparte, negó las súplicas de la demanda.

"En relación con los argumentos expuestos por el señor apoderado del demandante la Fiscalía anota:

"En principio, quien ha sido nombrado para ejercer un cargo en el sector público y toma posesión del mismo, es empleado público y conserva tal calidad, mientras esa relación laboral no se termine por la ocurrencia de una de las causales que la ley indica para ello.

"Los artículos 6o. a 10. del Decreto 2400 de 1968 contemplan los deberes, derechos y prohibiciones de los empleados públicos y obviamente quien falta a esos deberes o infrinja las prohibiciones puede ser sancionado según la gravedad de la falta cometida, con amonestaciones, multas, suspensiones y por último, con la destitución.

"Un empleado sancionado con suspensión en el ejercicio de sus funciones y privado por tanto de la remuneración propia del cargo por determinado tiempo, continúa siendo empleado pues la suspensión, temporal por su naturaleza misma, no es medio idóneo para terminación de la relación laboral. Tanto es ello así, que una vez cumplida la punición, puede resumir el ejercicio de sus funciones sin necesidad de nuevo nombramiento.

"En este orden de ideas, si la calidad del empleado público se conserva aún durante el término de vigencia de la sanción, concluye la Fiscalía que continúa sometido a las prohibiciones legales. Naturalmente se encuentra privado de remuneración y no puede ejercer las funciones que le son propias, precisamente a consecuencia de la sanción y por tanto no puede exigírsele nada al respecto, pero no por eso puede considerarse

relevado de toda obligación frente a la Administración, y actuar como podría hacerlo un particular que no tiene vínculos con ella. De no ser así, habría que admitir por ejemplo, que un funcionario suspendido podría contratar con el Estado.

"Ahora bien: puede un empleado público suspendido desarrollar actividades partidarias, o lo que es lo mismo intervenir en política? no lo cree así la Fiscalía, pues las razones de esa prohibición se mantienen mientras dure la vinculación laboral, mientras se tenga la calidad de empleado público.

"Estando comprobado en autos que el actor formó parte de una lista inscrita para el Concejo Municipal de Cúcuta, por el período 1980-1982, es claro que incurrió en la prohibición legal de desarrollar actividades partidistas, pese a estar suspendido por esa época en el ejercicio de sus funciones.

"Por tanto la Fiscalía estima que fue correctamente aplicada la sanción de destitución cuya nulidad se solicita, aplicada por lo demás, con el lleno de las formalidades establecidas". (folios 90 a 92).

Habrá de ser confirmada entonces la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con su Fiscal colaboradora, 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 Norte de Santander, el 28 de octubre 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 29 de junio de 1984.

Los Consejeros,

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PROCESO DISCIPLINARIO.— Cuando tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, la Administración resuelve investigar sus actuaciones y adelantar proceso disciplinario, éste debe culminar absolviéndose o sancionándolo según los resultados, más no declarándolo insubsistente.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 7344.
Actor: **William Darío Alzate Rendón.** Resoluciones Ministeriales.

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el señor WILLIAM DARIO ALZATE RENDON, procedió demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en la cual solicitó que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"Que es nula la Resolución 01405 de marzo 2 de 1981 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de William Darío Alzate Rendón en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales 1035-4 en la Recaudación de Impuestos Nacionales de Itaguí (Antioquia).

"El señor William Darío Alzate Rendón tiene derecho a permanecer en el cargo indicado antes, desde el día 2 de marzo de 1981 hasta cuando sea reemplazado por un acto válidamente expedido, y a que se decrete su restablecimiento como Auxiliar de Servicios Generales de la Recaudación de Impuestos Nacionales de Itaguí (Antioquia).

"La Nación Colombiana pagará al demandante, o a su representante, en el término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, la totalidad de los sueldos que éste haya dejado de percibir mientras permanezca ilegalmente separado de su cargo, y que serán equivalentes a las sumas de dinero en moneda legal colombiana que haya devengado y devengaren quienes ocupen aquel empleo.

"El demandante tiene derecho a todas las primas, salarios, bonificaciones y cualquier otra asignación ordinaria o extraordinaria correspondiente al cargo de Auxiliar de Servicios Generales en la Recaudación de Impuestos Nacionales de Itaguí, durante el tiempo que haya durado o durare el desempleo ocasionado por el acto acusado.

"Que no hay solución de continuidad, para todos los efectos legales, y para el régimen de pretaciones sociales, en relación con todo el período en que el demandante haya permanecido o permaneciere fuera del servicio".

Fundamentó el actor sus anteriores pedimentos en los HECHOS que a continuación se transcriben:

"El demandante fue nombrado para ocupar el cargo de Auxiliar de Servicios Generales 8036-4 de la Recaudación de Impuestos Nacionales de Itaguí —Antioquia—, mediante Resolución 9830 de octubre 25 de 1978 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"El demandante tomó posesión de dicho cargo el día 7 de noviembre de 1978. Acta número 853.

"El demandante, por razón de sus funciones en el cargo, fue suspendido en el mismo, por el término de diez (10) días, mediante Resolución 0135 de febrero 24 de 1981, del Administrador de Impuestos Nacionales de Medellín.

Antes de que hubiera tenido lugar el cumplimiento cabal de dicho término de sanción, el demandante fue declarado insubsistente en el cargo, mediante Resolución 01405 de marzo 2 de 1981, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, misma que fue notificada el 5 del mes de marzo de 1981.

"De esta forma, se impidió al demandante cumplir la sanción que le había sido impuesta, al declararse insubsistente su nombramiento con 6 días de antelación al vencimiento de la sanción impuesta.

"La declaración de la insubsitencia del nombramiento del demandante para el cargo que ocupaba, envuelve una sanción, por haber sido adoptada en tales circunstancias, y teniendo en cuenta el ánimo de la Administración para con el demandante, por la fecha de la resolución acusada.

"Lo que lleva a afirmar que se está en presencia de una desvinculación de poder, al disfrazar una destitución con una declaración de insubsistencia".

En el libelo se citan como disposiciones infringidas por la expedición del acto impugnado, los artículos 10, 16, 20 y ?? de la Constitución Nacional; ?? de la Ley 187 de 1941 y los Decretos 2400 de 1978 y 1980 de 1978. El apoderado del actor en un breve estudio explica los motivos de la violación de las normas antes invocadas, como también aduce las razones en que basa la reclamación formulada.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público deignó apoderado para que representara a la Entidad en el juicio, lo que hizo, en efecto, al intervenir en las dos instancias del mismo, para solicitar que fueran denegadas las súplicas de la demanda.

Por medio del fallo dado el 5 de mayo de 1982, el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, accedió a las pretensiones del accionante, siendo recurrida esta decisión por la apoderada del citado Ministerio.

Habiéndole surtido el trámite del litigio dentro de las prescripciones de ley, sin que se observe causal de nulidad algunas, la Sala procede a dictar la correspondiente sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En la providencia recurrida el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia realizando acertado estudio sobre las peticiones y los hechos que sustentan la demanda, como analiza, de igual modo, los medios promisorios aportados al juicio en el caso controvertido, para deducir de ellos, que el actor tiene razón al solicitar el restablecimiento de sus derechos conculcados mediante el acto materia de la impugnación.

La Sala comparte, en un todo, las conclusiones a que llegó el acto, pues las encuentra ajustadas a los ordenamientos legales que regulan juicios de esta naturaleza, y por esta circunstancia se permite transcribir los principales apartes del fallo mencionado como fundamento del presente.

Al efecto, el Tribunal sostuvo:

"Señale con claridad meridiana lo traido a la controversia que el señor William Darío Velez Rendón, desde agosto de 1980 fue investigada administrativamente mediante un proceso impulsivo por una queja formulada por el Personero Municipal de Itagui y previas las averiguaciones de rigor, todas testimoniales, se desembocó en una suspensión por el término de diez (10) días sin remuneración, conforme providencia distinguida con el número 00135 del 24 de enero de 1981 (folio 10) y esto hará ver que el superior encontró razones fundamentales para llegar a la destitución, máxima pena prevista por la ley, sino a una intermediaria también contemplada por la misma pero menos rigurosa, concluyéndose dentro una tónica, que así se quería corregir hacia el futuro al Alzate Rendón, a quien se le culpaba de malos tratos a los contribuyentes, pues con ellos era descortés.

"El procedimiento disciplinario fue claramente estipulado tanto en el Decreto 2400 de 1968, artículos 11 y siguientes como en el 1950 de 1973 artículos 139 y siguientes y estos mecanismos auspician tanto al Administrador como al administrado un ajustamiento en donde garantizándose el derecho a la defensa, se puede llegar a configurar desde una amonestación verbal o escrita hasta una multa, suspensión o final desvinculación, pero esta regulación impide que simultáneamente se desvincule, porque si ello fuera así, todo lo que impulsa una investigación se haría irrisoria y bajo el imperio de la libre remoción, sus afanes serían inoperantes cambiándose las reglas de juego.

"Luego la simultaneidad que resalta en el juicio, indica, como lo advierte la demanda, lo patrocina la Procuraduría, que fue la Resolución Ministerial una verdadera destitución del señor Alzate Rendón, cuando éste previas unas diligencias había sido encontrado responsable de asperezas con los contribuyentes en el desempeño de sus funciones, en la Municipalidad de Itaguí, pero sólo le acarreaba una suspensión que iniciada el 24 de febrero de 1981 lo habilitaba diez días después para reintegrarse a su puesto, suficientes argumentaciones que servirán para acoger las pretensiones del actor y admitir que está viciada de nulidad la Resolución del Ministerio de Hacienda dentro de las ideas jurisprudenciales que se han desenvuelto sobre la desviación de poder".

Corroborando lo anteriormente dicho por el a-quo, la Fiscalía Quinta del Consejo, en su vista reglamentaria, expreso:

"Consta en el informativo que en razón de la queja formulada por el señor Personero Municipal de Itaguí (folio 11), el Administrador de Impuestos Nacionales de Medellín, inició la investigación de carácter administrativo y disciplinario contra el actor por actos relacionados con el mal trato al público e incumplimiento del horario de trabajo.

"Con base en los resultados de la investigación, el Jefe de la Sección de Visitaduría solicitó al Administrador de Impuestos Nacionales de Medellín, aplicar la sanción correspondiente, y dicho funcionario por medio de la Resolución 0135 de febrero 24 de 1981, sancionó al señor William Darío Alzate Rendón, con la suspensión en el ejercicio de sus funciones por el término de diez (10) días sin remuneración (folio 11).

"No vencido aún el término de la suspensión se declaró la insubsistencia del actor mediante Resolución número 01405 de marzo 2 de 1981 (folio 13). Puede entenderse que tal acto se produjo como consecuencia de las faltas investigadas y sancionadas con anterioridad.

"En efecto, es innegable que se impuso una sanción y que se ignoró ésta para decretar por los mismos hechos una nueva, tal como se hizo con la insubsistencia, que por la oportunidad y con los antecedentes que existían, aparece como un acto que expresa voluntad sancionatoria.

"En su alegato de conclusión ante el Consejo de Estado, la apoderada del Ministerio hace referencia a que la facultad de libre nombramiento y remoción de que disponen las autoridades administrativas es discrecional en el sentido de que la ley les otorga la posibilidad de apreciar libremente los motivos y tomar por razones del servicio la decisión de declarar insubsistente un nombramiento. Esto es cierto ante el carácter provisional del nombramiento del actor.

"Lo que no comparte la Fiscalía es la simultaneidad con que la Administración tomó la determinación que a todas luces demuestra que los motivos o razones para declarar la insubsistencia son exactamente aquellos por los cuales el funcionario fue sancionado con suspensión, luego de una investigación cuyos resultados no ameritan la desvinculación.

"Por último, y para responder el interrogante formulado por la apoderada del Ministerio (folio 95), en cuanto al tiempo que debe esperar el nominador para ejercer su facultad discrecional de libre remoción, cuando uno de sus administrados cuyo nombramiento es provisional, se encuentra investigado, dirá la Fiscalía:

"Tal como lo ha resuelto en muchas ocasiones el Consejo de Estado, cuando tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, la Administración resuelve investigar sus actuaciones y adelantar proceso disciplinario, éste debe culminar absolviéndolo o sancionándolo según los resultados, más no declarándolo insubsistente.

"Y si este proceso culmina como en el presente caso, con una sanción de suspensión, es esa la medida que debe aplicarse.

"Si posteriormente se observa que el rendimiento del empleado o su comportamiento, a pesar de la sanción impuesta, no es satisfactorio y por ende perjudica el buen servicio, la Administración estará en libertad de retirarlo del servicio.

"Pero lo que no puede hacerse, en opinión de este Despacho, es desconocer la propia decisión administrativa de castigar con una determinada sanción, y optar por la desvinculación del servicio, pues ello equivale a modificar la sanción disfrazándola de insubsistencia, sin cumplir para ello los requisitos legales".

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 Antioquia, con fecha cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veintinueve (29) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

MILITARES.— CURSO DE INFORMACION MILITAR Y CURSO PARA ESTADO MAYOR.— Concepto. Diferencias y consecuencias.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**
Proyectó: Doctor José Gabriel Salom, Abogado asistente.
Referencia: Expediente No. 7176. Resoluciones Ministeriales.
Actor: **Rodrigo Martelo Villarreal.**

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor RODRIGO MARTELO VILLAREAL, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa Corporación, que previa declaratoria del silencio administrativo negativo en que incurrió el Ministerio de Defensa Nacional al no dar respuesta oportuna a su solicitud de 8 de junio de 1978 (folio 2), se ordene al Ministerio de Defensa Nacional conferirle el título de Oficial Diplomado en Estado Mayor a partir del 8 de mayo de 1970, expedirle el diploma correspondiente y tener en cuenta dicho título para todos los efectos legales.

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de la violación aparecen relacionados a folios 15 a 27 del expediente, sin que la Sala estime necesario reproducirlos, por cuanto se tendrán en cuenta al adoptar la decisión que ponga término al proceso.

Una vez practicadas las pruebas solicitadas y emitido el concepto Fiscal, el Tribunal del conocimiento accedió a la totalidad de las súplicas de la demanda por lo que la decisión fue apelada por el apoderado judicial del Ministerio de Defensa Nacional.

La Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa en su vista reglamentaria que debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, denegarse las súplicas del libelo.

Rituado el juicio dentro de las prescripciones de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Verificada la revisión del expediente, se encuentra debidamente establecido que el actor fue dado de baja de la Armada Nacional, con el grado de Capitán de Fragata y a solicitud propia, con fecha 1o. de octubre de 1976, según Decreto 1791 de 28 de agosto del mismo año (folio 8).

Durante el servicio activo y mediante Resolución No. 001161 de 23 de febrero de 1970 del señor Ministro de Defensa Nacional (folio 3), el actor fue llamado a adelantar el curso de información militar para oficiales de los Servicios, durante el lapso comprendido entre enero y abril del mismo año (folios 3-4).

Según certificación del Jefe del Departamento de Evaluación y Apoyo Académico de la Escuela Superior de Guerra, el Capitán de Fragata RODRIGO MARTELO VILLARREAL, adelantó el citado curso, obteniendo en sus notas un promedio general de 90.55% (folios 4-5).

Considerando tener derecho al título de Oficial Diplomado del Estado Mayor, solicitó el reconocimiento de tal condición (folio 2) el día 8 de junio de 1978, sin que la Administración, dentro del plazo previsto en las disposiciones legales, se hubiera pronunciado sobre tal solicitud, configurándose en consecuencia el silencio administrativo a que se refiere el libelo.

Por consiguiente, el punto central del debate litigioso consiste en definir si el demandante tiene derecho a que el curso de información Militar por él realizado le

debe ser reconocido como equivalente al denominado de Estado Mayor y, en tal virtud, concedérsele el respectivo diploma, con las consecuencias económicas que implica tal reconocimiento.

Lo primero que debe hacerse notar sobre el particular es que esta Corporación en forma reiterada ha venido sosteniendo que el adelantamiento del curso de Información Militar, no otorga a los que lo realizan el título de "Oficial Diplomado del Estado Mayor".

Así, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1982, con ponencia del Consejero Doctor Joaquín Vanín Tello, al decidir el juicio promovido por el Capitán de Fragata Alejandro Enrique Vides Salgado, expreso la Corporación:

La Sala está de acuerdo con el concepto de la señora Fiscal en cuanto sostiene que aún en la época en que el demandante realizó el curso de Información Militar, éste no daba derecho, de acuerdo con las normas entonces vigentes, al título de Oficial de Estado Mayor.

"Según el artículo 45 del Decreto 3071 de 1968, para ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata, se requiere hacer y aprobar el curso de Estado Mayor, el cual debe tener una duración mínima de diez meses. En cambio, para ascender a los mismos grados, "los Oficiales de los Servicios con título universitario de Universidad Mayor que no efectúen el curso de Estado Mayor", deben hacer y aprobar un curso de "Información Militar", con duración mínima de doce semanas.

Hasta ahí se encuentran equiparadas las dos situaciones, pues se llega al grado de Teniente Coronel o de Capitán de Fragata por la vía del curso de Estado Mayor o del de Información Militar, según el caso".

"Pero la situación cambia cuando ya se trata del título de Oficial de Estado Mayor. De conformidad con el artículo 47 del mismo decreto, "quienes en el 'curso de Estado Mayor' obtengan un cómputo general mínimo de ochenta sobre cien (80/100) y nota no inferior de setenta sobre cien (70/100) en cada una de las materias que conforman el programa de instrucción, optarán al título de Oficiales de Estado Mayor". Obsérvese que esta disposición se refiere exclusivamente a quienes realicen el curso de Estado Mayor y en ningún caso a quienes hagan el de Información Militar".

Las anteriores consideraciones son suficientes para llegar a la conclusión de que el acto acusado se dictó conforme a derecho y que la sentencia apelada no interpreta ni en su letra ni en su espíritu lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto 3071 de 1968, aplicable al caso, por lo cual habrá de revocarse".

Con fundamento en la jurisprudencia que se cita y en la documental traída al proceso, debe concluirse que el demandante no tiene derecho a la prestación pretendida en este juicio, pues, se repite, el adelantamiento del curso de Información Militar no puede equiparar al de Estado Mayor.

La Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa en idéntico sentido, como se desprende de los siguientes planteamientos:

"Ha sostenido este Despacho en reiteradas oportunidades semejantes y ahora vuelve a repetirlo, que son distintas las consecuencias de adelantar, el Curso de Estado Mayor o el Curso de Información Militar".

"Teniendo en cuenta la situación antes de la vigencia del Decreto 2337 de 1971 y su Reglamentario el 654 de 1975, como con posterioridad a estas normas, la Fiscalía se piensa que no pueden equipararse las resultas de adelantar indistintamente uno u otro curso porque si ello se hiciera no tendría sentido alguno la opción que la propia ley estableció para adelantar tales cursos. Se trata de dos cursos distintos, luego las consecuencias de llevar a cabo el uno tienen que ser distintas de las de llevar a cabo el otro".

"Es cierto que sólo hasta el Decreto 654 de 1975 se dijo *expresamente* en el artículo 41 que el curso de Información Militar no da derecho a optar el título de Oficial de Estado Mayor, pero es igualmente cierto que ese dictado en nada contradice lo dispuesto por los artículos 44 y 48 del Decreto 2337 de 1971 ni lo señalado en el decreto que regía con anterioridad, cuando el demandante adelantó el Curso de Información Militar".

"Ese Decreto es el 3071 de 1968, en cuyo artículo 45 se lee: "... Los Oficiales de los Servicios con título universitario de Facultad Mayor que no efectúen el curso de Estado Mayor a que se refiere este artículo, para ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata deberán hacer y aprobar un curso de "Información Militar" en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, con una duración mínima de doce (12) semanas, de acuerdo con reglamentación que expida el Gobierno".

"Al haber adelantado el curso de Información Militar, porque optó por adelantar ese y no el otro, el actor tenía derecho a ser ascendido, como lo fue. Pero ese ascenso no le confiere derecho al título de Oficial de Estado Mayor, aúncuando hubiera aprobado el curso con excelentes calificaciones".

"Se repite que sólo hasta 1975 se dijo expresamente que el curso de Información Militar no habilita para la inscripción como Oficial de Estado Mayor. Pues es natural que si antes de ese año hubieran sido equiparables los dos cursos no se habría dicho claramente que NO tenían idéntica consecuencia".

"Más bien lo que se hizo fue llevar definitiva claridad sobre una situación que no estaba literalmente escrita pero cuyo espíritu era ese, sin duda: que quien no hiciera el Curso de Estado Mayor, en la época en que fuese, no podía, ni puede, ni podría pretender ser inscrito como Oficial de Estado Mayor".

La sentencia apelada deberá ser revocada, para disponer, en sustitución, la desestimación de las pretensiones.

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

FALLA:

1o.— REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha 12 de marzo de 1982.

2o.— NIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 3 de agosto de 1984.

Los Consejeros,

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INSUBSISTENCIA EN EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION Y DE CARRERA.— 1.— El acto qu declara insubsistente el nombramiento de un EMPLEADO PUBLICO no es susceptible de recurso alguno. Término de caducidad. 2.— La ley no ha investido a la autoridad nominadora de facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado escalafonado en CARRERA alguna. Régimen de notificación y de los recursos por vía gubernativa (artículo 26 del Decreto 2400 de 1968). 3. El mismo principio contrario al régimen de la discrecionalidad orienta las disposiciones especiales que regulan las actuaciones de los educadores inscritos en el escalafón docente, como se desprende de lo dispuesto en los Decretos 2621 y 2277 de 1979 y 2372 de 1981. PERSONAL DOCENTE INSCRITO EN EL ESCALAFON.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 10480. Apelación Interlocutorios.
Actor: **Severo Mulato.**

Se decide el recurso de apelación que interpuso el señor Severo Mulato contra el auto del 28 de septiembre de 1983, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Risaralda rechazó in limine, por caducidad de la acción, la demanda que aquél había presentado, por conducto de apoderado con *el fin de que se anule la Resolución No. 2945 del 3 de marzo de 1983, en la que el Ministro de Educación Nacional* declaró insubsistente su nombramiento, y, en consecuencia, se ordene el restablecimiento del derecho lesionado, según el actor, con la expedición de ese acto administrativo.

LA TESIS DEL TRIBUNAL ES LA SIGUIENTE:

"Acciones como la propuesta tienen un término de caducidad de cuatro (4) meses (artículo 83 Código Contencioso Administrativo, tercer inciso). Como el acto cuya declaratoria de nulidad se pretende en estos autos es de aquellos que "causa estado" con su sola notificación, lo que ocurrió, según lo admite el actor y lo acredita el documento visible al folio 2., el 15 de marzo de 1983, y la demanda fue presentada el 18 de agosto de 1983, tenemos que entre uno y otro episodio transcurrió un término superior al de cuatro (4) meses. Es cierto que este Tribunal, con apoyo en doctrina del Honorable Consejo de Estado, en algunos casos aceptó prorrogar el término de ejercicio válido de la acción en un mes contado a partir de la interposición de recurso de reposición, así este recurso no fuera de legal recibo, como en efecto no lo es con respecto a los actos —

condición. Pero dicha doctrina fue desechada por aquella corporación, y lo será ahora por esta Sala, con apoyo en las condiciones que consigné en el acta de discusión, así: ..."

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Está la Sala de acuerdo con el Tribunal en que el acto que declara insubsistente el nombramiento de un empleado público no es susceptible de recurso alguno y, por consiguiente, el término de caducidad corre aunque se haya interpuesto el de reposición o el de apelación, pues, por lo dicho, no son procedentes. Pero esa afirmación se puede hacer, en términos generales, respecto de actos de declaración de insubsistencia de nombramientos sujetos al régimen de la facultad discrecional otorgada por la ley a las autoridades nominadoras, pues se refiere, a empleados que no están amparados por ningún fuero de estabilidad; es decir, a los de libre nombramiento y remoción.

Esa tesis no es válida cuando se trata de la declaración de insubsistencia del nombramiento de un empleado escalafonado en alguna carrera, para lo cual la ley no ha investido a la autoridad nominadora de facultad discrecional, puesto que esa medida no procede sino en los casos autorizados por las respectivas disposiciones y mediante la aplicación del correspondiente procedimiento.

La providencia que declara insubsistente el nombramiento de un empleado de carrera no puede menos que estar sujeta al régimen de las notificaciones y de los recursos por la vía gubernativa.

Así el artículo 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968 establece en su inciso segundo, una regla de *carácter general:* "Los nombramientos de *empleados de carrera* solo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regula *la respectiva carrera* ..." (Subraya lá Sala).

El mismo principio contrario al régimen de la discrecionalidad orienta las disposiciones especiales que regulan la situación de los educadores inscritos en el escalafón docente, como se desprende de lo dispuesto en los decretos 2621 y 2277 de 1979 y 2372 de 1981.

De suerte que si el demandante era un educador inscrito en el escalafón de la carrera docente, como él afirma, procedía la notificación, en legal forma, del acto que lo desvinculó del servicio, lo mismo que el recurso de reposición interpuesto.

Dentro de este orden de ideas cabe considerar que la apreciación en el sentido de que cuando el actor presentó su demanda había, o no, caducado la acción, depende de si procedía, o no, el recurso de reposición que interpuso contra el acto que declaró insubsistente su nombramiento; esto último, a su vez, depende de si el demandante era empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción, condición que él niega en su demanda, lo cual es materia del proceso y habrá de serlo del debate probatorio que se realizará dentro de él y de la sentencia que le pondrá fin.

Decir, en estas condiciones, que no procedía el recurso de reposición equivale a decir que el actor, contra su afirmación y el principio de prueba presentado por él, no estaba inscrito en el escalafón docente, que era empleado de libre de nombramiento y remoción.

Se afirma lo anterior porque el documento con que el actor pretende demostrar que estaba inscrito en dicho escalafón y que figura a folio 8 del expediente, carece de

autenticidad. Además, sería una prueba sujeta a controversia, pues un educador puede ser excluído del escalafón u ocupar, con posterioridad a su inclusión en la carrera, un cargo que no pertenezca a ella por no ser de carácter docente.

Téngase en cuenta, por otra parte, que la Ley 167 de 1941, aplicable en este negocio, no exigía que se pidieran las pruebas en la demanda, ni que se anexaran a ella, salvo dos casos especiales previstos en el inciso quinto del artículo 86, documentos distintos de la copia auténtica del acto acusado y el "que acredita el carácter con que el actor se presenta en juicio, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier otro título".

Por lo tanto, no se puede declarar antes del debate probatorio que era improcedente el recurso de reposición que interpuso el demandante contra el acto que lo retiró del servicio, dada su posible situación de educador escalafonado. Esa es una cuestión que no podrá dilucidarse sino dentro del proceso.

Por lo demás, estima la Sala que la caducidad no se puede declarar en el auto que decide sobre la admisión de la demanda sino cuando haya plena seguridad de que se produjo ese fenómeno, pues ello podría conducir a que sin fórmula de juicio se negara un derecho.

Cree la Sala que habiendo duda sobre la ocurrencia del fenómeno de la caducidad, la definición de este punto debe hacerse cuando culmine el proceso. No cabe en este caso ninguna consideración de "economía procesal", que no es un principio que deba supeditar, sin razones válidas, el derecho de postulación por la vía jurisdiccional.

En síntesis, considera la Sala que cuando una decisión, que puede ser previa, depende de la calificación de lo que ha de probarse en juicio, aquella tiene que se diferida hasta el final del proceso.

Lo anterior no implica un juicio de la Sala, que no le corresponde, sobre la legalidad o ilegalidad de la providencia que separó al actor del servicio, ni sobre su condición de educador escalafonado o de libre nombramiento y remoción; pero considera que en el auto que resuelve sobre la admisión de la demanda no se puede dar un paso que cierre la vía de la jurisdicción contencioso administrativa a quien probablemente tenga derecho a encontrarla abierta.

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

RESUELVE:

1o.— Revócase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 28 de septiembre de 1983.

2o.— El mencionado Tribunal admitirá la demanda si por otros aspectos reune los requisitos legales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 27 de julio de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SALAS CINEMATOGRAFICAS.— CLASIFICACION.— FIJACION DE PRECIOS Y SOBREPRECIOS PARA LAS PRODUCCIONES.— CINEMATOGRAFICAS.— COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES.— Excepciones para el cobro del Sobreprecio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 4251.
Actor: **Aster González Rodas.**

En ejercicio de la acción que establecía el artículo 32 de la Ley 197 de 1941 y que actualmente se encuentra contemplada en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano y abogado Aster González Rodas solicitó ante el Consejo de Estado la declaración de nulidad de varios artículos y apartes de las disposiciones que contiene la Resolución No. 4125 de 13 de diciembre de 1962, expedida por el Ministerio de Comunicaciones, "Por la cual se establece la clasificación de las salas de exhibición cinematográficas y se fijan las tarifas de admisión correspondientes", artículos y apartes que la demanda precisa así:

"Artículo 1o.
"1a. Categoría: en la parte que dice: programación sencilla, a razón de una película por función.

"Artículo 2o.

"Literal a) numeral 2o.
"Numeral 3o. en la parte que dice: 3 funciones diarias.
"Numeral 4o.
"Literal b)
"Literal c) numeral 2o.
"Literal d)
"Literal e) numerales 2o. y 3o.

"Artículo 3o.
"Literal a) numeral 3o. en cuanto dice: tres funciones diarias.
"Numeral 4o. en cuanto dice: tres funciones diarias, matinée, vespertina y nocturna.
"Literal b)
"Literal c) numeral 2o.
"Literal d)
"Literal e) numerales 2o. y 3o.

"Artículo 4o.
"Literal a)
"Literal b)
"Literal c) numeral 2o.
"Literal d)
"Literal e) numeral 2o.

"Artículo 5o.
"Literal a)
"Literal d)

"Artículo 7o.

"Artículo 10.

"Literal b) en la parte que dice: a excepción de los matinales que efectúan los días festivos, en las cuales no se autoriza el cobro del sobreprecio para cortometrajes".

Los fundamentos de hecho en los que se apoya el libelo se resumen a continuación:

El Ministro de Comunicaciones, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el Decreto-Ley 129 de 1970 y la Ley 9a. de 1942, expidió la resolución acusada.

Aunque la Ley 9a. de 1942 autoriza al Gobierno Nacional para fomentar la industria cinematográfica nacional se refiere también a la producción de películas y en su artículo 5o. lo faculta para eximir a los teatros que exhiban producciones nacionales del pago de los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos.

El Decreto-Ley 129 de 1976 faculta al Ministerio de Comunicaciones para clasificar las salas de proyección cinematográficas que operan en el país, sin fijar los criterios dentro de los cuales se deba efectuar la clasificación.

Como normas violadas se señalan los artículos 20, 32 y 57 de la Constitución Nacional, 1o. a 5o. de la Ley 9a. de 1942; 2o. del Decreto-Ley 129 de 1976 y 6o. del Decreto No. 3594 de 1982. El concepto de la violación aparece expresado, en síntesis, de la siguiente manera:

El artículo 20 de la Carta Política establece el principio de que los funcionarios públicos pueden ejecutar los actos para los cuales están expresamente autorizados por la ley, al contrario de los particulares que pueden ejecutar los actos no prohibidos. Por esto las normas acusadas infringieron ostensiblemente dicho precepto, pues el Ministerio está ejecutando actos para los cuales no está facultado por la Ley 9a. de 1942 sino el "Gobierno Nacional" como tal, expresión que define con claridad el artículo 87 de la Constitución.

Sostiene el actor que el Ministerio violó la Ley 9a. de 1942 al invocarla como soporte para dictar las normas impugnadas, porque si evidentemente el artículo 1o. de la citada ley autoriza al Gobierno Nacional para adoptar las medidas conducentes para el fomento de la industria cinematográfica colombiana, ello no se produce por medio de las normas demandadas, dado que no se logra ese fomento mediante las medidas tomadas por la resolución acusada, esto es, limitando al exhibidor a tres funciones diarias en los teatros de primera categoría, exigiendo pasillos tapizados, porteros uniformados y vigilancia en los baños.

Lo mismo dice con respecto al artículo 2o. de la indicada ley, que establece los requisitos que debe llenar una empresa para que se la considera como nacional; el artículo 3o., que ordena una clasificación de las empresas existentes cuando se expidió dicha ley; el artículo 4o., que dispone que el Gobierno debe determinar cuáles empresas cinematográficas podrán gozar de exenciones de derechos de aduana, y el artículo 5o., único que se refiere a la producción cinematográfica y que faculta al Gobierno para exonerar de impuestos nacionales a los teatros que exhiban producciones nacionales.

En relación con el Decreto-Ley 129 de 1976 expresa que el literal m) de su artículo 2o. enumera como función del Ministerio del ramo la clasificación de las salas de exhibición cinematográfica, sin indicar los parámetros dentro de los cuales ella se haga, aspecto que debe reglamentar el Presidente de la República y no el Ministerio, de acuerdo con el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución.

En cuanto al artículo 32 de la Carta, dice:

"Si bien es cierto que la misma norma consagra la intervención del Estado en la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, también es cierto, que la intervención se hará por MANDATO DE LA LEY, y la única ley que autoriza la intervención es la Ley 9a. de 1942, pero para la industria de la producción y solo para fomentarla. Por lo demás, la intervención la hará el Gobierno y no el Ministerio".

Termina así el concepto de la violación.

"Finalmente, el literal b) del artículo 10 de la citada resolución 4125, al establecer que las tarifas máximas establecidas en el artículo anterior (9o.) incluyen:

"El sobreprecio por la exhibición de producciones nacionales de corto metraje para todas las funciones, a excepción de las matinales que se efectúen los días festivos, en las cuales no se autoriza el cobro del sobreprecio para cortometraje; viola ostensiblemente el artículo 8o. del Decreto 3594 de 1982 norma superior que dispone:

"La presentación de todo cortometraje de producción nacional dará derecho a los siguientes porcentajes de sobreprecio:

"50% al productor

"25% al Exhibidor

"25% al Fondo de Fomento Cinematográfico — FOCINE.

"No se entiende, como el Ministerio de Comunicaciones pretende modificar a través de una resolución, un decreto del Presidente de la República dictado tres (3) días antes".

EL CONCEPTO FISCAL

En su vista de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación considera que no deben prosperar las pretensiones del actor, por las razones que en seguida se sintetizan:

Con excepción del artículo 10. de la resolución acusada, que está incluído en el capítulo II de la misma, que versa sobre las Tarifas de Admisión, todos los demás artículos están comprendidos en el capítulo I, relacionado con la clasificación de las salas cinematográficas, tienen que ver con el estímulo al cine nacional. Por lo mismo, no puede infringir la Ley 9a. de 1942, sobre fomento a la industria de este ramo.

Como el literal m) del artículo 2o. del Decreto-Ley 129 de 1976 le asigna al Ministerio de Comunicaciones la atribución especial de "clasificar las distintas salas de exhibición cinematográficas que operan en el país, y fijar los precios y sobreprecios para las producciones cinematográficas", la disposición parcialmente acusada no contraría el artículo 20 de la Constitución, en atención a que desarrolla una función propia, así como tampoco infringe el artículo 27 de la Carta.

Igualmente, como el Decreto-Ley 128 le otorga al citado Ministerio la atribución de clasificar las salas de cine y clasificar es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "ordenar o disponer por clases", la resolución cuyas disposiciones se atacan parcialmente están dentro del ejercicio normal de la referida atribución.

Expresa que la clasificación le permite al propietario de la sala de exhibición escoger, según sus posibilidades y necesidades, el tipo de categoría que desee que su sala tenga y conforme a ella percibir el ingreso, de acuerdo con las tarifas fijadas al efecto: "es que —afirma— la tarifa va en proporción directa con el servicio que presta; a mejor servicio (seguridad, comodidad, sanidad, ambiente y ubicación), obvio es suponer que deba contraponerse una más alta tarifa o pago del servicio".

FINALMENTE, DICE EL CONCEPTO FISCAL:

"Por último, en relación con el literal b) del artículo 10. de la Resolución 4125 de 1982, que dispone que 'las tarifas máximas de admisión que se establecen en el artículo anterior, incluyen los siguientes conceptos', en dicho literal se exceptúan del cobro del sobreprecio por concepto de cortometrajes para las funciones o exhibiciones matinales, por la sencilla razón de que el tiempo no permite dicha exhibición, por una parte y, porque la tarifa autorizada para esas exhibiciones es menor, y sería inequitativo incluir en él dicho sobreprecio además, porque, en el evento del literal d) no podría gravarse o aplicarse doblemente el mismo sobreprecio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No es completa ni técnica la demanda, pues a pesar de acusar muchas disposiciones, la mayoría de manera parcial, no sustenta pormenorizadamente cargo por cargo, como era lo indicado, el porqué de la infracción sino en algunos cargos, acudiendo a comentarios globales y poco claros. No obstante la Sala, obrando con amplitud, procede a hacer el análisis individual de los cargos formulados.

1. El artículo 1o. de la resolución cuestionada clasifica en varias categorías las salas de exhibición cinematográfica que proyecten películas en 35 mms. y funciones en municipios de 30.000 habitantes o más.

La primera categoría esta asignada a las "Salas que presenten producciones cinematográficas de estreno o re-estreno de copias nuevas, *en programación sencilla, a razón de una película por función*, siendo la frase subrayada la acusada.

No se ve cómo la clasificación que establece la anterior norma puede transgredir las disposiciones citadas como violadas, especialmente las de estirpe constitucional, pues no se observa niguna relación entre ellas y la clasificación. Sobre la limitación de la programación, se puede inferir que la medida persigue evitar congestión de público y apresuramiento en la proyección de los filmes, lo que se traduce en comodidad para los espectadores. Y en cuanto a la exigencia de que se utilicen copias nuevas, también busca comodidad para los usuarios, pues obviamente tales copias poseen mayor nitidez.

2. El artículo 2o. señala las características que deben reunir las salas de cine de primera categoría.

El literal a) —denominado programación— exige en su ordinal 2o. que ésta sea *sencilla*, palabra única que se encuentra censurada. Por las mismas razones aducidas con respecto al artículo 1o., es decir, por no mediar relación entre las disposiciones indicadas como violadas y la palabra acusada y, además, por la finalidad perseguida, no se acogerá el cargo.

El ordinal 3o. del mismo literal habla de *"Tres funciones diarias* en días ordinarios, matinée, vespertina y nocturna" y se ha pedido la nulidad de la frase subrayada. No se accederá a declarar la nulidad por los motivos antes expuestos.

El numeral 4o. ibídem dice: "Tres funciones diarias en días festivos, matinée, vespertina y nocturna". No se ve cómo esta programación se oponga a lo que es fomento del cine nacional y a las disposiciones indicadas como violadas, inspirada como está en las razones antes comentadas. Tampoco prosperará el cargo.

El literal b) ibídem, titulado "Instalaciones Técnicas", integrado por 6 numerales, exige que las salas de primera categoría posean los proyectores, los lentes, las pantallas, los equipos de sonido y óptimas condiciones de proyección y sonido, lo que es apenas elemental que tengan esta clase de salas. De análoga manera, no se entiende cómo lo anterior pueda contener la violación alegada. No se le dará prosperidad al cargo.

El literal c) ibídem, —Seguridad— reclama en su numeral 2 un "Portero uniformado permanente durante todas las funciones". Se trata de un requisito mínimo y, a la vez, necesarísimo por razones de seguridad. Y el uniforme se justifica por elemental motivo de presentación. No se concibe cómo esto pueda no ser fomento cinematográfico y cómo pueda quebrantar las normas invocadas como tales.

El literal d) ibídem, —Comodidad y Ambientación— exige un buen sistema de ventilación para los diferentes climas; una silletería tapizada, unos pasillos longitudinales y frontales alfombrados para clima frio y recubiertos de material decorativo para clima caliente, que den acceso a la silletería, paredes decoradas revestidas de material acústico; servicio de confitería en el vestíbulo, entradas por medio de puertas o cortinas y luces indicadoras. Estas son las comodidades elementales que no constituyen lujo y que garantizan también la estética de las salas que, por lo mismo, contribuyen a la atracción de espectadores, lo que se traduce en fomento cinematográfico porque estimula a los usuarios. Por tanto, tampoco se acogerá el cargo.

El literal e) ibídem, —Instalaciones Sanitarias— alude en sus numerales 2 y 3 a los implementos de aseo y a la vigilancia de los baños. Sobran comentarios sobre el particular y motivos para desestimar el cargo.

3. El artículo 3o. fija las características de las salas cinematográficas de segunda categoría en cuanto a programación, instalaciones técnicas, seguridad, comodidad y ambientación e instalaciones sanitarias. El actor solicita con respecto a estas salas la nulidad de las mismas frases, literales y numerales de las salas de primera categoría. Por ende, los mismos comentarios y razones para negar las nulidades pedidas, referidas a las condiciones de las salas de segunda categoría.

4. Sobre las peticiones de nulidad de los literales a), b), c) —numeral 2o.—, d) y e) —numeral 2o.— del artículo 4o. que se ocupa de las características de las salas de cine de tercera categoría, son procedentes los comentarios hechos para las anteriores categorías, desde luego referidas a las modalidades de las de tercera categoría.

5. Por el artículo 5o. de la resolución impugnada señalan los requisitos que se deben cumplir para obtener la clasificación por parte del Ministerio de Comunicaciones, entre los cuales figuran el paz y salvo de la sala, expedido por la Compañía de Fomento Cinematográfico para los teatros que se encuentren funcionando y la fecha de la última revisión de los equipos de proyección y sonido. Tampoco violan estas exigencias las normas indicadas como quebrantadas y no se opone al fomento cinematográfico de que tratan la Ley 9a. de 1942 y los Decretos-Leyes 129 de 1976 y 3594 de 1982.

6. El cargo de nulidad del artículo 7o. de la resolución acusada es inepto, pues no se puede concebir que resulten violadas las normas indicadas como tales por el hecho de que el Ministerio del ramo comisione visitadores especiales para que inspeccionen los teatros y diligencien los formularios que para dicho efecto se elaboren. Se trata

simplemente del ejercicio de la función de control y vigilancia que tiene dicho Ministerio sobre las salas de exhibición cinematográfica, expresamente otorgada por el artículo 1o. del Decreto No. 3593 de 1962.

7. El artículo 10. de la Resolución No. 4125 de 1982 dice: "Las tarifas máximas de admisión que se establecen en el artículo anterior, incluyen los siguientes conceptos: ... b) El sobreprecio por la exhibición de producciones nacionales de cortometraje para todas las funciones, *a excepción de las matinales que efectúen los días festivos, en las cuales se autoriza el cobro de sobreprecios para cortometrajes*". La parte subrayada es la acusada.

En opinión del actor el literal antes transcrito es ostensiblemente violatorio del artículo 8o. del Decreto 3594 de 1982, según el cual la presentación de todo cortometraje de producción nacional da derecho a cobrar un sobreprecio, que se distribuirá en los siguientes porcentajes: el 50% para el productor, el 25% para el exhibidor y el restante 25% para el Fondo de Fomento Cinematográfico. A continuación se ocupa la Sala de este cargo:

Por medio del Decreto-Ley 129 de 1976 fue reorganizado el Ministerio de Comunicaciones. Conforme al literal h) del artículo 2o. de este decreto el aludido Ministerio tiene la función de "Hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la explotación y prestación de los servicios postales, de telecomunicaciones, de publicidad y de cinematografía ...". Y el literal m) del mismo artículo le confiere atribuciones para "Clasificar las distintas salas de exhibición cinematográficas, que operan en el país y fijar los precios y sobreprecios para las producciones cinematográficas, según su naturaleza de nacionales o extranjeras y la clasificación dada a las salas cinematográficas".

Los indicados literales contienen unas autorizaciones bastante amplias, conferidas específicamente al Ministerio de Comunicaciones y no al Gobierno Nacional, a través de un estatuto que tiene la categoría de la ley. Por manera que no está en lo cierto el actor cuando afirma que por medio de la resolución impugnada (folio 23-26) el Ministerio asumió una competencia asignada al Gobierno Nacional, esto es, al Presidente de la República y en este caso particular al Ministerio del ramo, toda vez que el mencionado decreto-ley faculta directamente al Ministerio de Comunicaciones para ejercer esas funciones. He ahí que no se puede aceptar que la resolución en referencia infrinja el artículo 57 de la Carta.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, no se le puede negar competencia al Ministerio en comento para hacer la clasificación de las salas cinematográficas, ni tampoco para señalar los precios y sobreprecios para las producciones cinematográficas, atendidas las especificaciones previstas en el literal m) en análisis.

Ahora bien, partiendo de la competencia que le asiste al referido Ministerio para fijar los precios y sobreprecios, no es ajeno a la misma competencia que dicha cartera pueda establecer excepciones para el cobro del sobreprecio, por cuanto la atribución ministerial es, hasta cierto grado, discrecional y porque así lo determinan las modalidades de la cinematografía.

De otra parte, al excluír al literal b) del artículo 10. en análisis el cobro del sobreprecio para los cortometrajes que se proyecten en las funciones matinales de los días festivos, el mismo artículo en su literal d), al decir que las tarifas máximas de entrada a las salas cinematográficas incluyen "El sobreprecio por la exhibición de producciones nacionales de largometraje en reemplazo de los sobreprecios indicados en los literales b) y c)", esto es "El sobreprecio por la exhibición de producciones

nacionales para todas las funciones", con la excepción comentada, y "El sobreprecio destinado al Fondo de Fomento Cinematográfico", está instituyendo que el sobreprecio para los largometrajes nacionales excluye para esta clase de funciones el de los cortometrajes.

Lo anterior significa que no es fundado el argumento del actor, presentado como sustento del cargo porque si bien el artículo 10.-literal b) acusado, exceptuó del cobro del sobreprecio a las exhibiciones de cortometrajes nacionales en las funciones matinales de los días festivos, también lo es que el literal d) lo sustituyó o compensó con el cobro de sobreprecio para las exhibiciones de largometrajes.

Independientemente de lo dicho hasta aquí, pueden adicionarse los comentarios que anteceden aseverando que todo parece indicar que la excepción al cobro del sobreprecio en las funciones matinales de los días festivos se debe al propósito de evitar que se tenga que pagar sobreprecio por uno y otro concepto, o sea, por el largometraje y por el cortometraje.

La Sala se ha referido a cada cargo en particular, esforzándose en interpretar la demanda, pieza ésta que está afectada de oscuridad e imprecisión, y después de realizar esta tarea llega a la conclusión de que no puede darle prosperidad a ninguno de los cargos.

En mérito de 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 el señor Agente del Ministerio Público,

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 su sesión de fecha veintiseis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Los Consejeros,

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Mario Enrique Pérez, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PRIMA DE ACTIVIDAD.— (Ramo de Defensa). 1.— Tuvo el carácter de salario. (Decreto Extraordinario 188 de 1968). Para empleados civiles. 2.— Ley 131 de 1961, la creó en beneficio del "personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo" y "del personal civil al servicio de las Fuerzas Militares" con exclusión del "personal de la Justicia Penal Militar". (Decreto 188 de 1968). 3.— Evolución para efectos de cómputo. ¿A

quiénes excluyó esta norma? ¿A qué será equivalente? 4.— Expedición del Decreto Extraordinario 2339 de 1971. Consecuencias. En su artículo 82 enumeró los partidos computables al liquidar prestaciones sociales, sin mencionar entre ellas la prima de actividad.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., noviembre veintidós (22) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 10720. Resoluciones Ministeriales.
Actor: **Livio de la Espriella.**

Consulta el Tribunal Administrativo de Bolívar su sentencia de fecha 24 de octubre de 1983, proferida dentro del proceso iniciado con base en la demanda que presentó el señor LIVIO DE LA ESPRIELLA, a fin de obtener las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.— *Declárase la NULIDAD de la Resolución No. 1812 de fecha 8 de agosto de 1980, originaria del Ministerio de Defensa Nacional,* por cuanto en ella se negó la inclusión del 15% de la Prima de Actividad dentro de la liquidación de las prestaciones sociales del señor LIVIO DE LA ESPRIELLA.

"SEGUNDA.— En consecuencia, el Ministerio de Defensa Nacional deberá REAJUSTAR la Pensión de Jubilación reconocida al señor LIVIO DE LA ESPRIELLA por la Resolución No. 004865 del 27 de julio de 1970 en el sentido de incluir dentro de los haberes sobre los cuales se liquidó, la Prima de Actividad equivalente al quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su categoría".

Los hechos de la demanda son los siguientes:

"1.— El señor LIVIO DE LA ESPRIELLA, prestó servicios al Ministerio de Defensa Nacional por más de treinta y dos años hasta el treinta y uno (31) de enero de mil novecientos setenta (1970), fecha en la cual fue retirado por SUPRESION DEL CARGO.

"2.— El Ministerio de Defensa Nacional por Resolución No. 004865 del 27 de julio de 1970 reconoció a mi poderdante pensión mensual de jubilación a partir del 1o. de mayo de 1970, fecha en la cual vencieron los tres (3) meses de alta.

"3.— Entre los factores salariales que el Ministerio tuvo en cuenta para liquidarle dicha prestación, se omitió incluir la Prima de Actividad equivalente al 15% del sueldo básico que el señor LIVIO DE LA ESPRIELLA devengó hasta el momento de su retiro.

"4.— Con fecha 1o. de diciembre de 1978 se solicitó del Ministerio de Defensa Nacional, el reajuste de la Pensión de Jubilación con la inclusión de la Prima de Actividad, solicitud que fue negada mediante el acto acusado argumentando para ello "que el Decreto 188 no modificó lo dispuesto por la Ley 131 de 1961, así mismo el artículo 82 del Decreto 2339 de 1971, vigente a partir del 1o. de enero de 1972, no contempla la inclusión de la Prima de Actividad. Para efecto de liquidación y pago de prestaciones sociales, en consecuencia no procede el reconocimiento de Prima de Actividad".

Según la demanda, el acto acusado infringe los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional y 7o. del Decreto 188 de 1968.

El concepto de la violación está expresado, en lo pertinente, en los siguientes términos:

"El artículo 7o. del Decreto-Ley 188 de 1968, preceptúa:

"El personal civil al servicio del ramo de Defensa Nacional tendrá derecho a una Prima de Actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente".

"Es cierto que la Ley 131 de 1961 que creó la Prima de Actividad para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, la excluyó en forma expresa como factor salarial para el cómputo de las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados civiles de dicho Ministerio, pero luego vino el Decreto 188 de 1968 que ratificó su creación, pero guardó silencio en relación con la prohibición contenida en la Ley 131 de 1961.

"El Decreto 188 de 1968, comenzó a regir a partir del 1o. de febrero de dicho año y conservó su vigencia hasta el 1o. de enero de 1972, en que empezó a regir el Decreto 2339 de 1971, estatuto que en su artículo 82 excluyó la Prima de Actividad para el cómputo de las prestaciones sociales.

"En relación con la aplicabilidad del Decreto 188 de 1968 en la liquidación de prestaciones sociales de los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional, retirados durante su vigencia, el Honorable Consejo de Estado ha tenido oportunidad de sentar su criterio jurídico en varios e importantes fallos, entre los cuales merece citarse el dictado por el Honorable Consejero doctor EDUARDO AGUILAR VELEZ (q.e.p.d.) con fecha 5 de diciembre de 1975, dentro del juicio de MANUEL HIGUERA ALARCON, en el cual se expresó:

"d) *Inclusión de la Prima de Actividad en las Prestaciones.*— La Sala ha sostenido que esta prima es factor de salario y debe computarse para el pago de las prestaciones sociales. Si bien es cierto que en virtud de la Ley 131 de 1961, se excluyó expresamente como factor salarial, luego el Decreto 188 de 1968 que la hizo extensiva a los empleados civiles del ramo de Defensa, nada dijo al respecto. Solamente a partir de la vigencia del Decreto 2339 de 1971, que empezó a regir el 1o. de enero de 1972, volvió a excluirse como factor salarial. El demandante se retiró del servicio en el mes de noviembre de 1971. Luego tiene derecho a que se le incluya la mencionada prima en el pago de sus prestaciones sociales".

El Tribunal Administrativo de Bolívar, por considerar que durante la vigencia del Decreto 188 de 1968 la Prima de Actividad era computable para efectos de liquidar las prestaciones sociales del personal civil al servicio del Ramo de la Defensa Nacional, accedió a las súplicas de la demanda, previos los siguientes razonamientos:

"Es clara y reiterada la doctrina del Honorable Consejo de Estado sobre la índole de la Prima de Actividad, equivalente al 15% del sueldo básico, de que disfrutan los trabajadores civiles al servicio del Ministerio de Defensa, de que trata esta demanda que nos ocupa.

Realmente, la mencionada prima fue creada por la Ley 131 de 1961 pero excluye de manera expresa en el cómputo de las prestaciones sociales; pero el Decreto-Ley 188 de 1968, al reglamentar la materia, no la excluyó, luego al tenor de los principios generales debía considerarse salario para todos los efectos. Posteriormente se expidió el Decreto 2339 de 1971 que excluyó nuevamente esta prima para el cómputo de las prestaciones sociales, norma que se encuentra actualmente vigente.

"De lo anterior se desprende que durante la vigencia del Decreto-Ley 188 de 1968 y hasta que entró a regir el Decreto 2339 de 1971, o sea el 29 de enero de 1972, la Prima de Actividad en estudio fue computable para la estimación de las prestaciones sociales.

"En el caso *sub-júdice* el retiro del acto tuvo lugar el día '31 de enero de 1970, fecha en que previa alta por tres (3) meses fue retirado del servicio activo por SUPRESION DEL CARGO', (folio 7), fecha en la cual estaba vigente el Decreto-Ley 188 de 1968, por lo que se considera que sí tiene derecho a que se le incluya el 15% del sueldo básico de Prima de Actividad dentro de la liquidación de sus prestaciones sociales.

"De manera que la Resolución No. 1812 de 8 de agosto de 1980, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, al negar la inclusión de la Prima de Actividad en un porcentaje equivalente al 15% del sueldo básico dentro de la liquidación de las prestaciones sociales, transgredió las referidas disposiciones, por lo cual debe anularse y ordenarse el restablecimiento del derecho del actor".

En esta forma decidió el Tribunal la controversia:

"Primero.— Declárase la Nulidad de la Resolución Número 1812 de agosto de 1980, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional.

"Segundo.— Como consecuencia de la anterior Nulidad, el Ministerio de Defensa Nacional reajustará las prestaciones sociales reconocidas al señor LIVIO DE LA ESPRIELLA, por medio de la Resolución No. 004865 de 27 de julio de 1970, en el sentido de incluir dentro de los haberes sobre los cuales se liquiden tales prestaciones la Prima de Actividad, correspondiente al 15% de su sueldo básico.

"Tercero.— A lo ordenado en esta sentencia se le dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala está de acuerdo con el criterio del Tribunal en el sentido de que la Prima de Actividad establecida en beneficio del personal civil al servicio del Ramo de la Defensa Nacional tuvo el carácter de salario mientras rigió el Decreto Extraordinario 188 de 1968 y, por consiguiente, debió tenerse en cuenta para efectos de liquidar las correspondientes prestaciones sociales.

Ciertamente, la Ley 131 de 1961 que creó Primas de Actividad en beneficio del "personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo" y del "personal civil al servicio de las Fuerzas Militares", con exclusión del "personal de la Justicia Penal Militar", estableció: "las primas de que trata esta ley no son computables para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales".

Pero posteriormente se dictó el Decreto Extraordinario 188 de 1968, el cual con base en las facultades otorgadas por la Ley 65 de 1967, consagró de nuevo la Prima de Actividad, conforme a reglas diferentes, pues la extendió a los agentes de la Policía Nacional, excluyó de ella no solo al personal de la Justicia Penal Militar sino también al de la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la hizo uniforme para el personal civil, sin tener en cuenta el valor del sueldo, aumentó su cuantía y la sometió a un sistema de reajuste para oficiales y suboficiales y de incrementos para ellos y los agentes de la Policía Nacional.

En el caso del personal civil el Decreto 188 de 1968 estableció la Prima de Actividad en los siguientes términos: "El personal civil al servicio del Ramo de Defensa Nacional tendrá derecho a una Prima de Actividad del quince por ciento (15%) de su sueldo básico correspondiente.— Parágrafo. Exclúyese del pago de esta prima al personal de la Justicia Penal Militar y de la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

Este decreto, de igual jerarquía a la Ley 131 de 1961, la derogó tácitamente, de conformidad con el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887, según el cual "estímase insubsistente una disposición legal . . . . . por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería". Y lo cierto es que el Decreto Extraordinario 188 de 1968 reguló íntegramente lo relativo a la Prima de Actividad; sin que su silencio en lo que concierne a la naturaleza de ella pueda implicar subsistencia de la norma de la Ley 131 de 1961 que negaba el carácter de salario a la Prima de Actividad *que dicha ley estableció*, sino tácita remisión a las reglas generales sobre la materia.

Después se expidió el Decreto Extraordinario 2339 de 1971, que derogó expresamente, en forma total o parcial, leyes y decretos, entre ellos el Decreto 188 de 1968, sin mencionar la Ley 131 de 1961, seguramente por considerar que ya había sido derogada.

Este decreto no contiene una disposición como la del artículo 3o. de la Ley 131 de 1961, que expresamente estableció que las primas de que trataba esa ley no eran computables para efectos de prestaciones sociales. Lo que hizo fue enumerar, en su artículo 82, partidas computables al liquidar prestaciones sociales, sin mencionar entre ellas la prima de actividad.

Equivocadamente el Tribunal ordena que se reajusten las prestaciones sociales reconocidas al demandante por medio de la Resolución No. 004865 del 27 de julio de 1970, cuando esta providencia, lo mismo que la No. 1812 de 1980 y la petición del demandante no se refieren sino a la pensión de jubilación. En ese sentido habrá de ser reformado el fallo del Tribunal.

Igualmente habrá de ser adicionado para disponer que se excluyan de la orden de pago los reajustes pensionales prescritos, es decir, los que se causaron con una anterioridad mayor de tres años con relación al 1o. de diciembre de 1978, fecha en la cual el actor hizo la correspondiente reclamación administrativa (folio 10 del expediente).

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o.— Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 24 de octubre de 1983, pero modificando su ordinal segundo en el sentido de que el Ministerio de Defensa Nacional reliquidará la pensión de jubilación del señor LIVIO DE LA ESPRIELLA, reconocida mediante Resolución No. 004865 de 1970, para incluir, *proporcionalmente*, lo devengado por el actor, por concepto de la Prima de Actividad.

2o.— Adiciónase la misma sentencia para declarar prescritos los incrementos de las mesadas pensionales correspondientes al período anterior al 1o. de diciembre de 1978.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de octubre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

MINAS POR ACCESION.— SUELO.— PROPIEDAD.— ALCANCE DE LA ACCESION DE MINAS AL PROPIETARIO DE LA SUPERFICIE.— No basta ser dueño del suelo para señalar que también lo es sobre las minas, por la aplicación del principio accesorium sequitur principale. ACCESION A LA LUZ DE LA LEY 20 DE 1969.— DERECHO DE ACCESION.— No es absoluto.— DERECHO SOBRE UNA MINA POR ACCESION.— PODER SOBRE ELLA.—

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

Consejero ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente No. 2872 Minas.
Actor: **Cementos del Nare S. A.**

Cumplido el trámite legal correspondiente en forma normal, se procede al estudio para decisión dentro del proceso de la referencia:

I

A— En demanda presentada oportunamente y con las formalidades legales, el apoderado de la Sociedad Cementos del Nare S. A., pidió se hicieran la siguientes declaraciones:

"1.— *Que son nulas, por ser contrarias a la ley, las resoluciones números 000664 de 2 de abril de 1979 y 001447 de 3 de septiembre de 1979* del Ministerio de Minas y Energía, parcialmente así: a) *Resolución No. 000664 de 2 de abril de 1979:* Inciso Segundo del artículo primero, artículo segundo y artículo tercero; y b) *Resolución No. 001447 de 3 de septiembre de 1979:* Artículo primero que confirma la 000664 y artículo tercero.

"2.— Que, consecuencialmente, el Ministerio de Minas y Energía debe cancelar las inscripciones de que hablan los numerales 3o. de las resoluciones acusadas.

"3.— Que es de propiedad de CEMENTOS DEL NARE S. A. el subsuelo comprendido dentro de los linderos que se determinan en el hecho siete (7) de esta demanda, en cuanto a las Calizas existentes dentro de la zona así alinderada y por consiguiente la compañía puede seguir realizando la explotación económica de las Calizas de esta zona sin que deba celebrar contrato de concesión con la Nación colombiana.

"En subsidio de la petición 3a. anterior, que la sentencia declare que CEMENTOS DEL NARE, S. A. puede continuar, como ha demostrado haberlo hecho, la explotación económica de los minerales de Calizas de la zona determinada en la declaración tercera anterior, en los términos del artículo 453 del Código de Minas vigente.

"4.— Que se ordene el registro de la sentencia en el libro especial que para este efecto se lleva en la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía".

B— Los hechos aparecen en el libelo así:

"1.— CEMENTOS DEL NARE, S. A. y CEMENTO BLANCO DE COLOMBIA S. A., obedeciendo lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1275 de 1970, procedió a presentar ante el Ministerio de Minas y Energía, antes del 22 de junio de 1972, su pretensión de que se le reconocieran sus derechos de dominio sobre el subsuelo en cuanto a las Calizas que desde antes venía explotando económicamente.

"2.— En cuanto a CEMENTOS DEL NARE, S. A. cuya representación ostento para esta acción, fundamentó su derecho en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que había declarado que los terrenos denominados "Islitas" y "Jabonales" salieron legalmente del patrimonio nacional desde antes del 28 de octubre de 1873; y por tanto, era de CEMENTOS DEL NARE, S. A. el dominio sobre el subsuelo petrolífero.

"3.— El ser propietario del subsuelo petrolífero, consecuencialmente lo era de las Calizas hasta la expedición de la Ley 20 de 1969 y, con mayor razón, a partir de la vigencia de este estatuto que exige "situaciones jurídicas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

"4.— Pero como la compañía a la que represento no presentó una sentencia declaratoria de dominio sobre el subsuelo calizo —sino apenas sobre petróleo— la resolución apenas reconoció a favor de mi poderdante el hecho de la explotación económica y declaró que CEMENTOS DEL NARE, S. A. tenía derecho preferencial para obtener un contrato de concesión, para lo cual dio a esta sociedad un término perentorio de un mes para presentar la propuesta correspondiente.

"5.— Esta propuesta se hizo oportunamente aunque implica un sacrificio patrimonial porque, de lo contrario, la zona habría quedado libre y la sociedad perdido los derechos de dominio y los de preferencia.

"6.— El Ministerio de Minas y Energía, dando a su juicio aplicación al artículo 11 del Decreto 1275 de 1970 y, del artículo 7o. del mismo estatuto no aceptó, pues, el dominio privado de la compañía aunque ésta había estado explotando el yacimiento de conformidad con el artículo 453 del Código de Minas".

C— Como disposiciones violadas se invocaron las siguientes normas: artículo 30 de la Constitución Nacional, artículo 453 del Código de Minas, artículo 1o. del Código de Minas, artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 y artículos 8o. y 11 del Decreto 1275 de 1970, Ley 38 de 1887, artículo 202 de la Constitución Nacional, y los textos pertinentes de las cartas de 1858 y 1863.

II

En la oportunidad procesal, el Ministerio Público expuso su concepto:

"Se pretende por la parte actora, la nulidad de las resoluciones Nos. 000664 de 2 de abril de 1979 (inciso 2o. del artículo 1o., artículos 2o. y 3o.), y 0001447 de 3 de septiembre de 1979 (artículos 2o. y 3o.) respectivamente, mediante las cuales el Ministerio de Minas y Energía resolvió que la sociedad demandante tendría todas las prioridades o prerrogativas que para el explorador reconoce el Decreto 1295 de 1970; y que disponía de un (1) mes de término para presentar la solicitud correspondiente, y ordenó el

registro de dicha providencia en el libro que para tal efecto se lleva en la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía y por la segunda, resolvió mantener en firme la anterior.

ANTECEDENTES

"A la sociedad demandante, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de septiembre de 1957 que aparece en el expediente No. 3 a folios 2 a 14, se le reconoció el derecho de dominio sobre la porción de los terrenos situados en el Municipio de Puerto Berrío, Departamento de Antioquia, comprendidos dentro de los linderos allí señalados expresamente, sobre los predios denominados ISLITAS y JABONALES, por haber salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873; así mismo y como consecuencia de lo anterior, se reconoció que el subsuelo petrolífero de la porción territorial mencionada era de su propiedad.

"Posteriormente y dentro del término señalado en la Ley 20 de 1969, la sociedad CEMENTOS DEL NARE S. A. Y CEMENTOS BLANCO DE COLOMBIA, formularon ante el Ministerio de Minas y Energía una solicitud de reconocimiento del dominio del subsuelo en relación con las Calizas para que se declarara por dicho Ministerio, que el hecho de haber iniciado oportunamente la explotación económica de los yacimientos de Calizas que se encuentran en las zonas denominadas Islitas y Jabonales y sobre los cuales se había reconocido propiedad privada del subsuelo petrolífero por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, les daba, además el derecho de propiedad particular sobre las minas de Calizas allí existentes.

"Como el Ministerio les reconoció solamente todos los privilegios y prerrogativas que como exploradores les daba el Decreto 1275 de 1970, han acudido ante el Consejo de Estado, pidiendo la nulidad de tales actos y el restablecimiento del derecho que consideran violado.

EL CASO CONCRETO

"Para la Fiscalía, después de un análisis completo y detenido del proceso, la nulidad de las resoluciones acusadas no es procedente, por varias razones:

"1— Porque como bien lo afirma el Ministerio de Minas y Energía en las resoluciones acusadas, una cosa es el reconocimiento de la propiedad particular del subsuelo petrolífero que les fue reconocido mediante sentencia a los actores y otro bien distinto, la propiedad particular sobre los demás minerales existentes en tales predios.

"El hecho de que mediante una sentencia se haya declarado en forma clara, específica y determinada el derecho al subsuelo petrolífero sobre un predio, no implica que tal derecho pueda agregarse por la Administración, la declaración del derecho a la propiedad del subsuelo para los demás minerales. Es apenas lógico que ello suceda, porque si la sociedad demandante, hubiera pretendido tal declaración, lo hubiera buscado en su oportunidad ante la Corte Suprema de Justicia, como lo hizo con respecto a la propiedad del subsuelo petrolífero.

"2— Se alega por la parte actora el hecho de que para obtener la declaratoria de propiedad del subsuelo de las Calizas no se requería antes de la vigencia de la Ley 20 de 1969 la denuncia exigida para otros minerales, entre ellos el petróleo y que por tanto el hecho de que las Calizas existieran en el subsuelo declarado de propiedad privada, otorgaba por sí solo el derecho de propiedad sobre las mismas. Dicha razón no es valedera, pues si bien es cierto que la Ley 38 de 1877 que adoptó el Código de Minas del extinto Estado de Antioquia para toda la República de Colombia, no señaló a las calizas

como de aquellos minerales que debían ser denunciados ante la autoridad competente para los efectos legales, las normas posteriores (Ley 20 de 1969 Decreto 1275 de 1970) si exigieron el reconocimiento de la propiedad particular del subsuelo para todos los minerales sin excepción alguna, señalando todo un procedimiento para lograrlo. De esta forma las normas anteriores sobre la materia, quedaron sin vigencia.

"3— Pretender que la Administración declare la propiedad privada sobre el subsuelo en relación con las Calizas, teniendo como prueba una sentencia que se relaciona específicamente con el subsuelo petrolífero, resulta improcedente. La ley exige para cada caso concreto tal declaración, y esa declaración en el caso en estudio, no la podría hacer el Ministerio pues hacerla sería tanto como incurrir en usurpación de funciones.

"Debe concluirse, así, que las pruebas presentadas por el interesado, al Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento del Decreto 1275 de 1970, no se ajustaron a lo exigido en esa misma norma. La Administración con muy buen juicio y criterio denegó las pretensiones del solicitante.

"A juicio de esta Fiscalía, las razones dadas en los actos administrativos acusados, son valederas y en consecuencia solicita a la Honorable Sala denegar las súplicas de la demanda".

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Resolución 000664 de 25 de abril de 1979, emanada del Ministerio de Minas y Energía, declaró que las "Sociedades MARMOLES Y CEMENTOS DEL NARE S. A. y CEMENTOS BLANCOS DE COLOMBIA S. A., iniciaron oportunamente la explotación económica de los yacimientos de CALIZA, que se encuentran en las zonas denominadas Islitas, Jabonales, Bocas de Nus y San Cristóbal, a que se hace referencia el Reconocimiento de Propiedad No. 221 Bis, ubicadas en jurisdicción de los Municipios Caracolí, La Magdalena y Puerto Berrío, Departamento de Antioquia". Así mismo se dijo que las sociedades mencionadas "tendrán todas las prioridades o prerrogativas que para el explotar reconoce el Decreto 1275 de 1970 (artículo primero). También dispuso que los beneficiarios dispondrán de un mes de término para presentar la solicitud correspondiente (artículo segundo) y, finalmente (artículo tercero) se ordenó registrar la providencia en el libro que para el efecto se lleva en la Secretaría General del Ministerio y entréguese copia de ella a la parte interesada, y por Resolución 001447 de 3 de septiembre de 1979 el mismo Ministerio confirmó en todas sus partes la 000664.

2. Para la sociedad demandante las resoluciones acusadas quebrantan la ley porque se desconoció la calidad de dueño que tiene de las minas de caliza que se encuentran en predios de su propiedad. Entonces, sobre la consideración jurídica del dominio privado de las minas desarrolla los reproches a las providencias enjuiciadas, para concluir que por la condición, advertida de dueño, no estaba obligado a obtener el reconocimiento de explotación porque éste emanaba directamente del dominio sobre el suelo, en virtud del fenómeno de la accesión. Para el accionante, pues, se desconoció el derecho adquirido por la sociedad Cementos del Nare S. A.

3. Parte el demandante de un concepto absoluto del dominio del subsuelo por el hecho de serlo del suelo, es decir, de una aplicación inmutable del principio *accessorium sequitur principale* y que en materia de inmueble está reconocido en el viejo aforismo latino *"qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum"*. Y, en verdad, ¿es de recibo en la actual legislación de minas la accesión sin reserva o limitación alguna? Considera la Sala que no. Es que el derecho de accesión no es absoluto. Y esta afirma-

ción no puede ser interpretada como contradictoria a la luz de la noción que se tiene sobre esa situación jurídica, por cuanto lo que se deriva o se origina en el titular del dominio del suelo o superficie sobre el subsuelo, para los casos en estudio, las minas, es subyacente pero restringida en virtud del principio de utilidad pública y de interés social conque está reputada la industria minera sin excepción alguna. Y es que la accesión debe ser entendida como el derecho que tiene el dueño de la superficie sobre el subsuelo, pero no frente a las minas, porque ésta, como supuesto de explotación económica, no se fundamenta en la titularidad del dominio sino en el apuntado interés o beneficio social.

No basta, pues, ser dueño del suelo, para señalar que también lo es sobre las minas, por la aplicación del principio *accessorium sequitur principale*. No. En materia del derecho minero, tal como lo previenen la Ley 20 de 1969 y el Decreto Reglamentario 1275, la accesión confiere una prerrogativa enmarcada en la posibilidad de una explotación, con sujeción a las reglas impuestas por el respectivo ordenamiento. No existe libertad para explotar las minas, bajo el entendimiento de que el propietario del suelo lo es del subsuelo, y ese solo hecho le confiere el derecho. El sentido es otro: el que tiene un derecho sobre unas minas es para explotarla, en las condiciones y modalidades consagradas por las leyes. Por eso, en esta línea, la accesión no es constitutiva, propiamente de un modo pleno, sino creador de una relación jurídica, con perfiles especiales de restricción del dominio.

Ahora, bien, el que tiene un derecho sobre una mina por accesión, ¿qué poder tiene sobre ella? El de la explotación económica, dentro de los tres años siguientes a la vigencia de la Ley 20, como ya quedó definido, puesto que el que no lo hiciere, o iniciando la explotación la suspendiere por más de uno, se le extinguirá el derecho, *ipso jure*, a favor de la Nación. Así, pues, la explotación económica juega un papel trascendental en los derechos que se pretendan sobre las minas, a cualquier título, la que se logra, no de manera independiente, sino a través del cumplimiento de todos los requisitos establecidos por las leyes. En otras palabras: la explotación no puede hacerse con prescindencia del Estado, porque es éste y nadie más que éste, el que puede, por medio de los entes nacionales respectivos, autorizar su utilización, sea cual fuere el derecho que se alegue sobre las minas. En síntesis, es la actividad humana que se recompensa o apoya en la propiedad del bien al cual se accede, con sujeción a normas apropiadas para la explotación de las minas. Por eso, el artículo 28-2 del Decreto 1275, dispone que: "La mina es un inmueble distinto del suelo en que está ubicado *aun cuando quien tenga derecho a explotarla sea dueño del suelo*".

4. No es pertinente, pues, apoyarse en la calificación absoluta del dominio por accesión para entender que un particular que alega la calidad del dueño del suelo no esté obligado al cumplimiento de las normas mineras, que, a partir de 1969, con la Ley 20 y con su Decreto Reglamentario 1275 de 1970, han regulado la materia, y que recortó el principio del dominio privado sobre las minas, al decir, en verdad, que forman parte del gran patrimonio económico colombiano y que como lo dice el artículo 2o. del Decreto 1275 la industria minera "es de utilidad pública y de interés social en sus ramas de exploración, explotación, transporte y procesamiento; que las leyes que la regulan son de la misma naturaleza y se expiden por motivos de aquella índole; que la prevalencia de los intereses públicos o sociales sobre los intereses privados es principio fundamental que consagran y reglamentan las normas constitucionales y legales en vigencia; y que la consecución de las finalidades enumeradas en el artículo anterior es conveniente y necesaria para el desarrollo de la economía nacional y para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los deberes sociales de los particulares".

5. Sostiene el demandante que la situación creada con motivo de la declaratoria del dominio del subsuelo petrolífero hecho por la Corte Suprema de Justicia, —Sala de

Negocios Generales—, mediante sentencia de 20 de septiembre de 1977, le permite esgrimir los argumentos jurídicos para que ese reconocimiento se haga extensivo a las minas de Calizas existentes en los predios denominados "Islitas" y "Jabonales", por haber salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Pero la condición de dueño del subsuelo petrolífero, no es suficiente, a juicio de la Sala, para exhibir un título extensivo a las minas de Caliza o a cualquier otra, con prescindencia de los requisitos impuestos por el actual estatuto minero (Ley 20 de 1969 y Decreto 1275 de 1970), para la explotación económica puesto que no se puede admitir privilegios que por ley no están generalizados sino restringidos a determinadas actividades, como, por ejemplo, la de petróleos. O, como lo dispone el artículo 7o. del Decreto 1275, a los casos declarados en forma particular. Entonces, el concepto de los derechos adquiridos no patentiza una situación no amparada en la norma, porque el hecho, a manera de hipótesis, que es la explotación de los petróleos, encuentra su propia aplicación en la determinada actividad, que no es posible llevarla a cualquier grado de explotación minera. No se puede admitir la analogía en esta materia, por existir normas expresas que la regulan. Por eso, el artículo 7o. del Decreto 1275 dispone:

"Los derechos constituídos a favor de terceros en virtud de sentencia definitiva anterior al 22 de diciembre de 1969 siguen teniendo los mismos alcances y efectos que en ella se determinan. Si en el fallo se declara el derecho particular al subsuelo sin especificar los minerales que se hallen en el respectivo globo de terreno, o si se declara el mismo derecho sobre todos los minerales de la correspondiente zona, la situación jurídica reconocida continuará en vigencia, a menos que se extinga por motivos legales. Si la sentencia se limita a declarar el derecho particular sobre algunos depósitos o sobre ciertos minerales específica o genéricamente determinados, los otros depósitos y los otros minerales que se encuentren en el área respectiva quedan sometidos a la regla general desarrollada en los artículos 1o. de la Ley 20 de 1969 y 3o. del presente estatuto y, en consecuencia, continuarán perteneciendo a la Nación".

6. Entonces, los beneficios concedidos, en las resoluciones acusadas, en favor de la sociedad demandante están a tono con los derechos que las leyes permiten otorgar. Con fundamento en el Decreto 1275 solo las sentencias y las resoluciones proferidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, pueden gozar de los derechos que cada una de las providencias, para casos particulares, concedan. Y la sentencia de la Corte, anteriormente citada, no es declarativa de una situación referida a las minas de Caliza sino a petróleos. Así, pues, el derecho de accesión, que alega el demandante, no alcanza a cobijar aquellas situaciones no concretadas específicamente para los depósitos minerales. Esto sería viable si, para ello, contaba con una decisión particular que lo declarara. No es el desconocimiento de los derechos contituídos de que tratan la Constitución Nacional en el artículo 202 y la Ley 20 de 1969, sino, simplemente, una integración de la propiedad minera, bajo los supuestos de la explotación económica.

7. Y es que la explotación económica es el soporte principal para la realización de los derechos derivados de las minas. Tanto es así cuando consagran las normas vigentes la extinción del derecho sobre las minas cuando se desatiende el correlativo deber de explotación. Por eso se ha de insistir que el derecho que se tenga sobre una mina en cualquiera de las modalidades reconocidas por las leyes no es absoluto, puesto que permite su reversión al Estado, en los casos que se aduzcan derechos sobre las minas, aceptados con anterioridad al 22 de diciembre de 1969.

8. Dentro del marco señalado por la Ley 20 de 1969 y el Decreto 1275 de 1970 para el reconocimiento del derecho a la explotación económica, giran, precisamente, las resoluciones acusadas, y de ahí, en puridad, su legalidad. Las pretensiones de la sociedad demandante para que se le reconozca, y así se declare, el dominio privado sobre las minas de Caliza no puede encontrar una decisión favorable porque no está dentro de las

circunstancias señaladas por la ley, en los actuales momentos, para un reconocimiento en tal sentido. El derecho de accesión puede ejercerse en el ámbito fijado en el artículo 2o. del Decreto 2181 de 1972, que reemplazó el artículo 11 del Decreto 1275 de 1970:

"La iniciación oportuna de la explotación de las minas por accesión del subsuelo al suelo o por accesión de otra naturaleza, o por merced, compraventa, sucesión, prescripción, remate, adjudicación de baldíos o por cualquier otra causa, título o modo que de conformidad con la legislación de la época respectiva otorgue privilegios o derechos sobre las minas o sobre el subsuelo, se demostrará con las pruebas necesarias para acreditar: a) La existencia del fallo que declare el derecho invocado y los linderos correspondientes; b) Los hechos enumerados en los ordinales e) y f) del artículo 9o. del presente decreto".

"Parágrafo. En el caso de que el interesado presentare únicamente las comprobaciones de que trata el literal b) de este artículo, se procederá en la forma prevista en el inciso final del artículo 14 de este decreto".

9. Desbordan, por tanto, la ley las pretensiones de la sociedad demandante, que ni el Ministerio de Minas y Petróleos, podía acceder y que esta jurisdicción tampoco encuentra razones jurídicas para la declaratoria de dominio privado. Si el mencionado Ministerio dispuso que las Sociedades MARMOLES Y CEMENTOS NARE S. A. y CEMENTOS BLANCO DE COLOMBIA S. A. gozaban de las prioridades y prerrogativas que para explotar reconoce el Decreto 1275 no hizo nada distinto de ajustar su decisión a las normas vigentes. Algo más: la no existencia de un fallo que declare, específicamente el derecho invocado por el demandante, del dominio sobre las minas, por accesión, sirve para confirmar la legalidad de los actos acusados, puesto que la declaratoria, como quedó consignado, hecha por la Corte Suprema de Justicia, únicamente comprendió el subsuelo petrolífero, de tal modo que le resta la posibilidad para que se hiciera un pronunciamiento distinto por parte del Ministerio de Minas y Energía, es decir, tenía que darse aplicación al artículo 3o. del Decreto 2181 de 1972, que sustituyó el artículo 14 del Decreto 1275 de 1970, en cuanto dispuso que: "En caso contemplado el parágrafo del artículo 11, el Ministerio en la resolución respectiva declara solamente acreditado el hecho de la explotación económica de la zona o zonas respectivas y el interesado tendrá todas las prioridades o prerrogativas que para el explotador reconoce el presente decreto".

Para llegar al reconocimiento del derecho particular sobre una mina, se hace indispensable, como lo dispone el artículo 14 del Decreto 1275, que se goce de esa calidad, no bajo el criterio de que por accesión se tiene el derecho, sino que se haya, de manera expresa, así declarado.

10. El artículo 453 del Código de Minas, sobre el cual el demandante ha construído gran parte del argumento de derecho, con la vigencia tanto de la Ley 20 de 1969, como del Decreto Reglamentario 1275 de 1970, perdió el alcance que se le pretende indicar, porque la titularidad del dominio del dueño del suelo no puede ser entendida con la amplitud argüida, sino, por el contrario, con las limitaciones impuestas por los ordenamientos recientes, que se precisan en el artículo 7o. del Decreto 1275 de 1970.

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.**

Arturo Mora Villate, Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO MINERO.— MINAS POR ACCESION.— EL DERECHO DE PROPIEDAD MINERA.— Normas constitucionales y legales sobre Propiedad Minera. Ley 20 de 1969, artículo 1o. Protege los "Derechos Adquiridos" por los particulares o terceros no obstante que consagra para el futuro la pertenencia de tales bienes para la Nación. MINAS POR ACCESION. Como para estas minas, la sentencia "declarativa" de que el dominio del suelo salió del Estado antes del 28 de octubre de 1873 sus efectos —dado el Estado como parte y la naturaleza de la declaración— son "erga omnes", por lo que, hecha la declaración en una sentencia, frente a un mineral, había cosa juzgada que impediría igual pretensión declarativa aunque se refiera la pretensión consecuencial a otro mineral. Demandas de Declaración. Objeto. TEORIAS DE LA INDIVIDUALIZACION Y DE LA SUBSTANCIACION.

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero doctor Jorge Valencia Arango.

Expediente No. 2872.
Actor: **Cementos del Nare S. A.**

Considero por la sentencia ha debido ser favorable al demandante, por las siguientes razones:

A.— **EL DERECHO DE PROPIEDAD MINERO**

I.— Dice el artículo 202 de la Constitución Política:

"ARTICULO 202.— Pertenecen a la República de Colombia:

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

b) Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de estos por la Nación a título de indemnización.

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

Hay, pues, norma constitucional que protege los derechos adquiridos por los ciudadanos frente a los antiguos Estados como frente a la Nación, con anterioridad al 7 de septiembre de 1886 —fecha de promulgación de la Constitución Política—, trátese del derecho de propiedad o de descubridor o de explotador.

2.— Si en la indicada fecha se tenía "un derecho adquirido" sobre una mina, por haberse consumado la hipótesis abstracta de la respectiva ley en cabeza de un sujeto de derecho, es decir, por haberse consumado una situación jurídica concreta, tal derecho resultaba protegido por la norma constitucional.

3.— Así, por lo demás, lo interpretó el mismo legislador, coincidencialmente, el mismo Consejo Nacional de Delegatarios que expidió 'la Constitución', al promulgar la Ley 38 de 15 de marzo de 1887, por la cual se adoptó para toda la República 'el Código de Minas del Estado de Antioquia', con las pequeñas reformas que la misma ley introdujo y en cuyo artículo 5o., se previno:

"En donde quiera que la propiedad de las minas hubiese sido del propietario del suelo, hasta el 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de los propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferentemente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiese dentro de su 'heredad'. Pasado un año, las minas que hubiese dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley".

4.— El artículo anterior, al interpretar la norma constitucional transcrita, no deja duda alguna que los "derechos adquiridos" por los dueños de terrenos, frente a las leyes anteriores a la Constitución, no exigían para ser tales, NI EL DESCUBRIMIENTO DE LA MINA, NI LA DEMOSTRACION DE SU COMERCIABILIDAD, NI LA FORMALIZACION DEL TITULO DE PROPIEDAD, pues precisamente el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, concedió UN AÑO, PARA BUSCAR EL YACIMIENTO, CATARLO Y DENUNCIARLO, lo que unido a la propiedad del terreno, perfeccionaba el título de propiedad sobre la mina. Se seguía, pues, el principio romano de la accesión: "QUI DOMINUS EST SOLI DOMINUS EST COELIET INFERO RUM".

5.— De ahí que carezca de razón la exposición de motivos del proyecto de ley que luego se convirtió en Ley 20 de 1969, elaborada por el Ministro de Minas y Petróleos doctor Carlos Gustavo Arrieta, cuando dice:

"Los conceptos de derechos constituídos y de derechos adquiridos, como se desprende de los textos comentados, amparan únicamente aquellas situaciones jurídicas concretas e individualizadas que se tornaron irrevocables por haberse perfeccionado con anterioridad a la vigencia de los nuevos estatutos. Todo ello implica, necesariamente, la preexistencia de una relación legítima entre el sujeto activo del derecho y un objeto específicamente determinado. Este último, en el caso que se estudia, no puede ser más que un yacimiento minero descubierto y debidamente titulado antes de que entrara a regir la Carta Política del 86".

"Pero cabe anotar que aún los derechos así constituídos sólo quedaron amparados por las referidas excepciones en aquellos casos en que los impuestos correspondientes y siempre que hubiesen continuado cumpliendo tales obligaciones. Esta situación jurídica quedó prevista por la Ley 38 de 1887, en cuyo artículo 11 se dispuso que el titular de las minas que, pagando cinco años desde la fecha de la adjudicación no hubiere establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aun cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito".

"Es pertinente recordar, por otra parte, que el principio de que el dueño del suelo lo es también de las minas subyacentes, sólo rigió hasta el 7 de septiembre de 1886, día en

que empezó la vigencia de la Constitución. Desde esa fecha, pues, desapareció totalmente de nuestro régimen jurídico por mandato expreso de las disposiciones comentadas. A los antiguos propietarios sólo les quedó, por el término de un año, el derecho referente a explotar y a denunciar los depósitos que se encontraran en sus respectivas heredades. Los que lo hicieron oportunamente vinieron a adquirir la situación de meros denunciantes, y los que no procedieron en igual forma perdieron toda clase de derechos sobre los respectivos yacimientos".

.....

En armonía con los ordenamientos constitucionales respectivos, el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 eliminó el principio de la accesión y apenas dejó a los interesados la siguiente alternativa: O dentro del plazo de un año denunciaban las minas ubicadas en sus heredades, o no lo hacían. Si lo primero, necesariamente tenían que cambiar el derecho que les daba la accesión de los yacimientos al suelo por el derecho que les otorgaba el denuncio. Si lo segundo, perdía en absoluto su antigua situación jurídica. De esa manera, las reformas comentadas suprimieron totalmente la vieja relación entre la propiedad de la superficie y la propiedad de las minas".

"No debe olvidarse que la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9o. de la ley de 1887, es estatuto reformatorio y derogatorio de la legislación preexistente que le sea contraria y que, por lo tanto, desde la vigencia de la Carta del 86, la República de Colombia es dueña de las minas que pertenecían a los Estados y de los depósitos de piedras y metales preciosos que se encuentren en territorio nacional, salvo los derechos constituídos a favor de terceros. Tampoco debe olvidarse que el artículo 1o. de la Ley 38 de 1887 adoptó el Código de Minas de Antioquia 'Con las reformas contenidas en la presente ley', es decir, con la eliminación del vínculo entre la propiedad del suelo y la de algunos depósitos subyacentes. Es así como vino a quedar derogado el artículo 1o. del antiguo Código de 1867, porque las minas de oro, plata, platino y cobre pasaron a la Nación y porque el dueño del terreno ya no lo era de los otros yacimientos que allí se encontraran".

"La República de Colombia recuperó, en tal forma indicada, la propiedad de todos los depósitos de minerales, salvo los derechos constituídos a favor de terceros. ¿Cuál es el alcance de esta última expresión? Para saberlo exactamente basta tener en cuenta que el artículo 202 de la Constitución, al consagrar la regla general de pertenencia en beneficio de la Nación, siempre habla de "minas", vale decir, de una materia determinada, de un elemento que tiene un valor económico. La relación jurídica se establece, pues, entre la República y los yacimientos. Pero la excepción, al referirse concretamente a "derechos no puede existir sin acto previo e individualizado que se relacione directamente con un objeto conocido. Eliminado el régimen de la accesión, en el cual del suelo determina la propiedad de algunos yacimientos sin necesidad de saber su existencia, sólo vino a quedar en vigencia el sistema de adjudicación que presupone un aviso y un denuncio de mina nueva o de antiguo descubrimiento, es decir, de un depósito conocido recientemente o de vieja data. Por todos esos motivos, el concepto de derechos constituídos a favor de terceros tiene que vincularse, necesariamente, a un yacimiento descubierto".

"Esos son los alcances del ordenamiento constitucional en estudio y esos son también los alcances del artículo 1o. del proyecto que ha sometido a la consideración de las Cámaras Legislativas".

6.— Y la situación anteriormente descrita viene de atrás, de la Legislación Española, en la cual el Rey conservaba el DOMINIO EMINENTE sobre las minas pero concedía EL DOMINIO UTIL, EL DERECHO DE PROPIEDAD sobre las minas a sus súbditos, mediante el pago de unas regalías o de unos impuestos.

De ahí que tampoco tenga razón la exposición Ministerial comentada, cuando dice:

"La antigua legislación española, establecía, a manera de principio básico de todo el sistema, que las minas pertenecían exclusivamente a la Corona. Generalmente se daban en arrendamiento o a cualquier otro título no traslaticio de dominio, salvo casos excepcionales. Por lo tanto, a los descubridores de yacimientos se les otorgaba únicamente un privilegio condicionado al pago de las regalías y al mantenimiento de los trabajos de explotación. El beneficio que no cumpliera uno de los requisitos enunciados perdía su derecho. Por consiguiente, la propiedad del suelo no comportaba la de los depósitos que en él se encontraran. Este concepto fue totalmente ajeno al régimen jurídico de la Colonia y al de los primeros cuarenta y ocho años de la República, ya que en tales épocas todos los yacimientos pertenecían al Rey y posteriormente a la Nación, aunque se descubriesen en terrenos particulares".

El decreto de 5 de agosto de 1823, expedido por el Congreso, mantuvo la vigencia de aquellos principios fundamentales, y el reglamento 24 de octubre de 1829, dictado por el Libertador en sus artículos 1o. y 38 los acogió expresamente al incorporarlos como normas de la legislación republicana. De ese modo, las reglas más importantes de los antiguos estatutos españoles continuaron rigiendo hasta el 22 de mayo de 1858, fecha en que fue aprobada la Carta de Confederación Granadina".

"De los referidos antecedentes se desprenden estas conclusiones ineludibles y de capital importancia para la adecuada interpretación del artículo 202 de la Carta:

"1a) Durante la época colonial y durante los primeros cuarenta y ocho años de nuestra vida independiente, todas las minas, ya se encontraran en terrenos baldíos o de propiedad privada pertenecían exclusivamente a la Corona y después a la República, que no a los particulares".

"2a) Los conceptos de derecho constituídos y adquiridos de que trata la norma analizada no se extiende a épocas anteriores al 22 de mayo de 1858, ya que en esos tiempos el dueño del suelo no era de las minas subyacentes y, por lo tanto, no podía constituir o adquirir ningún derecho de propiedad sobre estas. Aquellas expresiones sólo se refieren, en lo tocante con el período estudiado, a las situaciones jurídicas individuales creadas sobre determinados depósitos y condicionadas al pago de las regalías y a la explotación económica; y

"3a) La unificación del dominio de la República sobre todas las minas que se encontraran en el territorio nacional creó, hasta 1858, un estado de derecho perfecto y una situación jurídica consolidada e irreversible que no podía desconocerse por leyes posteriores".

SEGUNDO PERIODO

"Desde el 22 de mayo de 1858, fecha en la cual fue aprobada y sancionada la Carta política de la Confederación Granadina, empezó a romperse la unidad del régimen jurídico anterior, y en los años subsiguientes se fue dividiendo más y más hasta quedar fraccionado en tres agrupaciones que conviene estudiar por separado en razón de la diversidad de modalidades que ofrece cada una de ellas:

1a) YACIMIENTOS DE LA NACION. El artículo 6o. de la Constitución de 1858 declaró que pertenecían a la Confederación los baldíos, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y de sal gema que se encontraran en terrenos nacionales o particulares, y el artículo 30 de la Carta de 1863 mantuvo la vigencia del sistema indicado. Diez años después, el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia acogió

en buena parte el criterio consagrado en las Leyes 13 de 1868 y 29 de 1873, y en sus artículos 1116 y 1126 reservó para la República los depósitos de carbón, de guano y de otros abonos que se hallaren en los baldíos, y declaró que pertenecían a la Unión los yacimientos de cobre, hierro y demás metales no preciosos, lo mismo que los de azufre y otros no expresados en el título 14 del Código, entre los cuales se pueden citar los yacimientos de petróleo".

"Igualmente dispuso el artículo 939 del mismo Código Fiscal (Ley 106 de 1873) que en 'toda adjudicación, la propiedad de las tierras baldías que se ceden se transfieren al interesado con todas sus anexidades y productos, con excepción de las fuentes saladas, de sal gema y demás que legalmente sean de propiedad nacional, cuyo dominio se ha reservado la Unión'. Este ordenamiento legal implica que la concesión de baldíos no comportaba la de las minas por mandato de los artículos 6o. de la Constitución y 1116 y 1126 del Código Fiscal, pertenecían a la República, vale decir, la de los depósitos de sal, esmeraldas, carbón, guano, cobre, hierro, azufre, petróleo, etc.".

"Si hasta 1858 todos los yacimientos estaban incorporados al dominio minero de la Nación, sin salvedad alguna, y si los depósitos relacionados anteriormente continuaron perteneciendo a la República después de aquella fecha y durante toda la época de la Federación, es obvio que tales bienes eran de la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886 y, por lo tanto, continuaron en el patrimonio nacional por mandato expreso del numeral 1o. del artículo 202 de la Constitución".

"De lo expresado en los acápites precedentes se infiere que por regla general y salvo algunos casos de excepción, las adjudicaciones de baldíos hechas antes o después del 28 de octubre de 1873, no comportaban la cesión de ninguno de los depósitos mencionados en los artículos 6o. de la Carta fundamental de la Confederación Granadina y 1116 y 1126 del Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia. Por lo tanto, no es correcto decir, como se ha pretendido posteriormente, que las adjudicaciones anteriores a aquella fecha implicaban la concesión de los depósitos referidos. La norma general era, precisamente, la contraria".

"Ello significaba y significa que los particulares que aleguen una situación especial en su favor, tenían y tienen que acreditarla plenamente".

2a) YACIMIENTOS DE LOS ESTADOS. De acuerdo con el sistema constitucional de la época, los antiguos Estados Soberanos declararon su dominio así: Cundinamarca, Magdalena, Santander y Tolima sobre las minas de piedras preciosas y de metales en general; Antioquia y Bolívar sobre las de oro, plata, platino y cobre; Boyacá sobre todas las que se encontraran en su territorio y que pertenecieran a la Unión. Posteriormente hubo algunas variaciones y Cauca sobre casi todas las denominadas minas y mineras (sic) aunque en disposiciones ulteriores se modificó esa reglamentación".

"Como puede observarse, en los tiempos de la Federación hubo una verdadera multiplicidad de criterios para clasificar los depósitos de minerales que correspondían a los Estados. En éstos no se siguió una orientación uniforme. Pero cualquiera que hubiera sido la situación jurídica de aquellos yacimientos y la diversidad de estatutos a que estaban sometidos, lo evidente es que por mandato del numeral 2o. del artículo 202 de la Constitución de 1886, todos ellos se incorporaron al patrimonio de la República. Las únicas excepciones fueron las relativas a los derechos "constitucionales" a favor de terceros en el momento de entrar a regir aquella disposición, vale decir, las situaciones jurídicas concretas ya perfeccionadas y vinculadas directamente a un determinado depósito minero".

"3a) YACIMIENTOS DE LOS PROPIETARIOS DEL TERRENO. Ninguna de las constituciones del siglo pasado y del presente consagró el principio de que los dueños del suelo lo fueran también de las minas que en él se encontraran. La Carta de 1858 se limitó a decir que los objetos no atribuídos por ella a los poderes de la Confederación serían de competencia de los Estados, y la de 1863 apenas autorizó para modificar el sistema de dominio por actos legislativos especiales. Por otra parte, las antiguas ordenanzas españolas y las disposiciones que rigieron durante los primeros cuarenta y ocho años de nuestra vida republicana rechazan completamente la posibilidad al establecer que todos los yacimientos pertenecían a la Corona y después a la Nación".

"Sólo con posterioridad a 1858, las Asambleas de los Estados vinieron a introducir, aunque en forma muy restringida y para ciertos minerales únicamente, aquel principio exótico en nuestro derecho minero. Y siguiendo con un criterio semejante, el artículo 939 del Código Fiscal de 1873 admitió la idea de accesión en las adjudicaciones de baldíos, pero sólo en cuanto ella no afectara los depósitos de la Nación. Es claro que ninguna de esas disposiciones podía conceder o alterar en forma alguna el dominio anterior de la República sobre la totalidad de las minas que se encontraran en su territorio, ni retrotraer, por lo tanto, el derecho de los adjudicatarios de baldíos a épocas preexistentes en las cuales se consagraba el régimen contrario".

"Así se desprende de los principios generales de derecho que en todas las épocas han orientado nuestra organización jurídica, y así quedó consagrado, de manera expresa y categórica, en el artículo 24 de la Constitución de 1863 cuando dijo: 'Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo en el Gobierno general ni en el de los Estados, excepto en materia penal, cuando la ley posterior imponga menor pena'. La norma transcrita significa que el principio de la accesión de las minas al suelo, adoptado en forma muy limitada por los Estados y por el Código Fiscal, sólo produjo efectos para el futuro y, por consiguiente, no modificó en nada el dominio que antes tenía la Nación sobre los yacimientos mineros, ni otorgó a los particulares derecho alguno a extender la nueva situación a épocas pretéritas. Por lo tanto, los ordenamientos legales dictados en el tiempo de la Federación no tuvieron incidencia alguna en el régimen preexistente que ya había creado a favor de la República un *status* jurídico consolidado e irreversible. En consecuencia, no se puede decir, como se ha venido haciendo con tanta ligereza y precipitación, que las minas y los yacimientos petrolíferos que se encuentran en terrenos adjudicados con anterioridad al 28 de octubre de 1873 pertenecen a los dueños de las zonas respectivas".

"De acuerdo con los razonamientos anteriores y con los artículos 6o. de la Carta de la Confederación Granadina, 24 y 30 de 1873, a los dueños de terrenos nunca pertenecieron las vertientes saladas ni las minas de esmeraldas (sobre éstas hubo algunas variaciones), de sal gema, de carbón, de guano, de abonos en general, de cobre, de hierro, de metales no preciosos, de azufre, de petróleo y de las otras sustancias QUE EN AQUELLAS DISPOSICIONES SE ENUMERAN y de conformidad con la legislación de cada uno de los Estados, tampoco pertenecían a los propietarios del suelo las que aquellos declararon de su dominio, es decir, los yacimientos de piedras preciosas y de metales en general en Cundinamarca, Magdalena, Santander y Tolima; los de oro, plata, platino y cobre de Antioquia y Bolívar; los de cualquier clase que se encontraran en el territorio de Boyacá; y los conocidos con los nombres de minas y mineros en el Cauca".

"Los depósitos distintos de los enumerados anteriormente sí pertenecieron al dueño del terreno respectivo, pero sólo desde el momento en que hubiere comenzado a regir la disposición que estableciera ese régimen jurídico. Las adjudicaciones de baldíos hechas con anterioridad a la vigencia de la norma correspondiente lo comportaba el derecho a la accesión aludida, como ya se dijo. Pero es preciso destacar que cuales-

quiera que fuesen las minas que pertenecían al propietario del suelo durante la Federación, todas ellas se incorporaron al patrimonio de la República por mandato del artículo 202 de la Constitución en armonía con el 5o. de la Ley 38 de 1887".

"Los antecedentes relatados y la letra y espíritu de los artículos 202 de la Carta Fundamental y 1o. y 5o. de la Ley 38 de 1887 demuestran con toda evidencia, lo siguiente:

"1. Que desde que entró a regir la nueva Constitución, la República recobró el dominio de todas las minas que se encontraran en el territorio naciona, ya hubieren pertenecido a los extinguidos Estados o a los propietarios del suelo. Se retornó de esa manera al sistema jurídico anterior al 22 de mayo de 1858 y se eliminó, de consiguiente, el régimen consagrado durante la época de la Federación".

2. Que las excepciones relativas a los derechos constituídos a favor de terceros y a los derechos adquiridos por los descubridores y explotadores de ciertos yacimientos se refieren, de manera exclusiva, a que situaciones jurídicas individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito minero específicamente determinado y siempre que tales situaciones hubiesen estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar en vigencia la Carta Política del 86".

"3. Que a los descubridores y explotadores no se les otorgaban, por regla general, derechos permanentes e irrevocables sobre las minas, sino que apenas se les conferían prerrogativas sujetas al cumplimiento de ciertas obligaciones, como el pago de gravámenes correspondientes, al laboreo de los yacimientos, el lleno de algunas formalidades, etc. No se les concedía, pues, un dominio irreversible y constante. Por el contrario, el derecho era contingente y quedaba sometido a condiciones resolutorias. Esas modalidades, con algunas variantes establecidas en las leyes nacionales y locales, caracterizaban las situaciones jurídicas creadas antes de la vigencia de la Constitución del 86. Tales situaciones hicieron tránsito al nuevo régimen, pero con la carga adicional de que para conservar el derecho, los interesados tenían que establecer trabajos formales de explotación dentro de los cinco años siguientes a la adjudicación, como reza el artículo 11 de la Ley 38 de 1887. De igual manera, a los nuevos descubridores y explotadores se les concedía posteriormente su derecho"; y

"4. Que desde la fecha de vigencia de la Constitución del 86 quedó absolutamente eliminado el criterio de que cierta clase de minas pertenecían al dueño del suelo, ya que ese privilegio se tradujo simplemente por mandato del artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, en un derecho de preferencia, por el término de un año, para denunciar los yacimientos que se encontraran en las respectivas heredades. Igualmente desaparecieron, como consecuencia necesaria de la referida norma legal, el principio de que la adjudicación de baldíos implicara la cesión de algunos de los depósitos que se pudieran encontrar en el correspondiente globo de terreno. Por consiguiente, en la forma indicada quedaron modificadas o derogadas todas las disposiciones contrarias del Código de Minas del Estado de Antioquia y del Código Fiscal Nacional de 1873, adoptados para la república unificada".

"No obstante que los artículos 202 de la Constitución y 1o. y 5o. de la Ley 38 de 1887 restablecieron el dominio de la República sobre todas las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encontraran en su territorio, con la única excepción de los derechos constituídos a favor de terceros, en la Ley 110 de 1912 se dice que tienen el carácter de bienes fiscales del Estado los depósitos de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertos o que se descubran en baldíos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Se sugiere, de esa manera, que las minas citadas pertenecen a los particulares cuando se hallen en baldíos adjudicados con anterioridad a la fecha mencionada. Así lo estableció, posteriormente, el Código de Petróleo para esa clase de yacimientos".

"En tales disposiciones no hay más que una errónea interpretación de los artículos 1116 y 1126 del antiguo Código Fiscal de 1873. En esa época, y mediante las normas referidas, la República se reservó los depósitos de carbón, guano y otros abonos, y, además, declaró que le pertenecían los yacimientos de cobre, hierro y demás metales no preciosos, lo mismo que los de azufre y los no expresados en el título 14 de aquel estatuto, entre los cuales se encontraban los de petróleos. Pero esas disposiciones únicamente significaban y significan que tales depósitos, a partir de la fecha indicada, ya no corresponderían a los antiguos Estados Soberanos como venía ocurriendo desde 1858, sino a la Unión Colombiana. Simplemente se trasladó el dominio de una entidad de derecho público a otra de derecho público. De allí que resulte inadmisible la extraña apreciación de que la reserva consagrada en 1873 implicara un táctico reconocimiento de propiedad privada para los yacimientos situados en baldíos adjudicados con anterioridad a esa fecha".

"Si hasta 1853 los particulares carecían de derecho alguno sobre las minas que se encontraran en sus propios terrenos en razón de que todas ellas pertenecían, primero a la Corona y después a la República, ¿cómo puede sostenerse que el beneficiario de una adjudicación de baldíos hecha en 1830 o en 1840, por ejemplo, viniera posteriormente a adquirir un derecho que la legislación vigente en esos años le negaba? ¿O es que se pretende que el Código Fiscal de 1873 tuvo efecto retroactivo en favor de los particulares y en perjuicio de la República, a pesar de que el artículo 24 de la Constitución de 1863 rechazó expresamente semejante posibilidad? Una interpretación de esa naturaleza resulta a todas luces equivocada, ya que al empezar a regir la Carta de la Confederación Granadina era irreversible la situación jurídica creada en beneficio de la Nación".

"Pero hay algo más. Aún en el supuesto inadmisible de que los artículos 1116 y 1126 del Código Fiscal de 1873 hubiesen reconocido implícitamente el dominio particular de las minas ubicadas en los baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de ese año, el hipotético derecho habría desaparecido totalmente al iniciarse la vigencia de la Constitución del 86, ya que ésta, en su artículo 202 restauró para la República el dominio de todos los yacimientos situados en su territorio y que el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 eliminó el supuesto derecho de los dueños del suelo".

"De allí que no se pueda aceptar la constitucionalidad de las normas legales posteriores a 1887 que consagren la propiedad de los particulares sobre las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de 1873. Por esa razón, entre otras, el Gobierno ha estimado indispensable someter este proyecto a la consideración de las H. H. Cámaras Legislativas. Desea cumplir un mandato imperativo de nuestra Carta Política y aspira a que la Nación recobre la totalidad de su dominio minero".

7.— Acierta, en cambio, el Dr. Indalecio Liévano Aguirre cuando al rendir ponencia pra primer debate al Proyecto No. 16 (Ley 20 de 1969) a la Honorable Cámara de Representantes, el 24 de septiembre de 1969, relata concretamente la evolución histórica de la legislación minera española y republicana:

"Como es sabido, nuestra historia minera se inicia bajo el régimen de la colonia española. Durante esa etapa se trasplantaron a América los ordenamientos legales españoles, que de manera afortunada separaban la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo. La Corona se reservó siempre la 'dominio eminente' del subsuelo, adjudicando a los particulares sólo el dominio útil del mismo, o sea el derecho limitado de explotarlo. Los principales hitos de la legislación española, después de la época del dominio romano, son los siguientes:

"En el año de 1263, en la ley 11, Título 2o., de la Partida 3a., se dispuso: 'Las deudas de los puertos et las salinas et las mineras pertenecen a los reyes'."

"En el año de 1386, en el Ordenamiento de Alcalá, se mandó: 'Todas las minas de plata, oro, plomo y otro cualquier metal, de cualquier cosa que sea, en nuestro señoría, pertenecen a nos'."

"En el año de 1396, por medio de la Ordenanza que figuraría después como ley 1a., en el Título XVIII, Libro IX, de la Novísima Recopilación, se ordenó: 'Todas las mineras de plata, oro, plomo y de cualquier otro metal, de cualquier cosa que sea, pertenecen a NOS; por ende, ninguno sea osado en laborarlas sin nuestra especial licencia y mandado'."

"Con el descubrimiento y conquista de América estas normas generales se trasladaron a los nuevos dominios de la Corona y ello puede verificarse en el texto de las capitulaciones negociadas entre el Rey y los conquistadores. Así lo demuestran, por ejemplo, las Capitulaciones acordadas entre el Rey y Hernán Cortés, en cuyo aparte pertinente se decía: 'por la presente vos hacemos merced, gracia a donación pura y perfecta, y no revocable... de villas y pueblos ... con sus tierras ... reteniendo como retenemos la soberanía de nuestra justicia real y retenemos así mismo los mineros y encerramientos de oro, plata y otros cualesquier metales y las salinas que hubiere en las dichas tierras'. Y en la capitulación celebrada con Diego de Nicuesa, la fórmula empleada, después de hacer la reserva categórica sobre la propiedad real de las minas, era la siguiente: 'La podéis gozar por el término de diez años de esa manera: El primer año pagado a nos el diezmo; el segundo pagando la novena parte; el tercero pagando la octava parte y en el quinto año pagando la sexta parte ... y en los otros cinco años venideros pagando el quinto según la forma y manera que ahora se paga en la isla española'."

"En la Real Cédula de 5 de febrero de 1504, destinada a los dominios americanos, se dijo: Mandamos que todos los vecinos y moradores de nuestras Indias que se compren o saquen oro, plomo, estaño, azogue, hierro y otro metal, nos paguen la quinta parte de lo que cogieren o sacaren nato, que nuestra voluntad es hacerles merced de las otras cuatro partes en consideración a los costos y gastos que hicieren'."

"En la célebre 'Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias', promulgada en 1681, se incorporó la doctrina central del dominio eminente del Rey sobre las minas y recogiendo Ordenanzas y disposiciones anteriores que obligan al adjudicatario de minas a laborarlas y beneficiarlas si deseaban conservar el usufructo de ellas, se dijo en la Ley IV, del Libro V, Título XVIII de la Recopilación: 'La disminución de algunos asientos de minas resulta, de que no se observen nuestras ordenanzas Reales, y en particular sobre las minas que están desiertas y desamparadas, y en eso está resuelto, que habiendo tiempo de cuatro meses que no benefician, puede cualquier persona denunciarlas ante la justicia ordinaria, por despobladas, y que hechas las diligencias del nuevo cuadernillo de minas, se adjudiquen al denunciador para que las labre como verdadero dueño, con las condiciones que allí se declaran, atendiendo en esto a que las minas no estén sin beneficiarse y descubrir nuevas vetas'."

"Y en las Ordenanzas de Anserma, expedidas en 1827 por el visitador Lesmes de Espinoza, a fin de aplicar los preceptos generales de la legislación española a las minas de Supía, Marmato, La Vega y Buenavista, se decía: '7. ítem. Para que se aumenten los reales quintos y que su Majestad no sea defraudado en el intento con que se ha hecho merced a los vasallos de que se puedan registrar, labrar y beneficiar' las minas, que por todo derecho son de patrimonio real y pertenecen en propiedad a su Majestad, y que se eviten los fraudes con que las personas que las han registrado las tienen desamparadas

y despobladas, siendo como es muy contingente que las dichas minas desamparadas y despobladas son muy ricas, de que he sido informado de personas antiguas y de entera satisfacción, ordeno y mando que en conformidad de las Ordenanzas de minas de esta ciudad que se han confirmado por la Real Audiencia del Nuevo Reyno de Granada, y de las leyes reales que dan el orden y forma con que las dichas minas lo han de ser de los que las registraren, y pertenecerles, y el modo así mismo con que han de quedar vacías no guardando las condiciones en las dichas Ordenanzas y leyes expresadas, que todas y cualquier persona que quisieren puedan denunciar y denuncien todas o cualquier mina que en cualquier manera hubiesen sido registradas, labradas con que el tiempo de registro las hallen desiertas, desamparadas y despobladas, y mando a las justicias de esta ciudad reciban y admitan los dichos registros y que les metan en posesión de las dichas minas ...'."

"Hacia el final del período colonial, en el año de 1783, se expidieron las famosas Ordenanzas de Minas de la Nueva España, cuya vigencia se generalizó a todos los dominios americanos. En dichas Ordenanzas, en el Título V, artículos 1o., 2o. y 3o. y en el Título VI, artículo 22, se dispuso: 'Artículo 1o. Las minas son propiedad de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la Ley 4a., Título 13, Libro VI, de la Nueva Recopilación'."

"Artículo 2o. Sin separarlas de mi Real Patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que pueden venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda".

"Artículo 3o. Esta concesión se entiende bajo de dos condiciones: La primera: que hayan de contribuir a mi Real Hacienda la parte de metales señalada; y la segunda, que han de labrar y disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falta al cumplimiento de aquellas en que se previniere, y puedan concedérsele a otro cualquiera que por este Título las denunciare".

"Artículo 22. Así mismo concedo que puedan descubrir, solicitar, registrar y denunciar en la forma referida, no sólo las minas de oro y plata sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio, piedra calaminar, bismuto, sal gema y cualquier otros fósiles, ya sean metales perfectos o medios minerales, bitúmenos o jugos de la tierra, dándose para su logro, beneficio y laboreo en los casos ocurrentes, las providencias que corresponda".

"De acuerdo con esta fortunada síntesis de la doctrina regalista, vigente en América, desde la conquista, el subsuelo minero pertenecía a la Corona y los particulares quedaban sujetos, para conservar el dominio útil que se les adjudicaba, al pago del quinto y a 'labrar' las minas. Sólo las de carbón constituyeron una excepción transitoria al principio general y puede decirse, por lo mismo, que las deficiencias del sistema español no se encontraban en las Ordenanzas y la doctrina sino en su práctica, en cuanto que las autoridades de la Corona en América no siempre dispusieron de mecanismos administrativos suficientemente eficaces para hacer efectivas, en todos los casos y oportunidades, las condiciones resolutorias del dominio minero".

"Al producirse la Independencia y la organización de la República, el Congreso Colombiano expidió la ley del 4 de agosto de 1823, en la cual se ordenaba que los beneficiados con la adjudicación de minas 'deberán laborar, fortificar y amparar las minas del modo más ventajoso a la sociedad, conforme a lo dispuesto en los títulos 9o. y 10 de las Ordenanzas de Minería de la Nueva España o lo que en lo sucesivo demandare. Y el Libertador Simón Bolívar, en su histórico decreto del 24 de octubre de 1829, reivindicó para la Nación la soberanía plena sobre el subsuelo, de acuerdo a la tradición

española. En el artículo 1o. de dicho decreto se decía: '1o. Conforme a las leyes, las minas de cualquier clase, corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas y las demás que contienen este decreto'. Y en el artículo 38 del mismo, se agregaba: 'Mientras se forma una Ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de Minas de la Nueva España, dada el 22 de mayo de 1803, exceptuando todo lo que trata del Tribunal de minería y jueces diputados de minas, y lo que sea contrario a las leyes y decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que se hallare formulado por el presente Decreto'."

"La República, por tanto, tuvo el acierto de continuar la tradición del derecho minero español, que situaba el dominio eminente del subsuelo en el Estado y exigía a los beneficiados con adjudicaciones mineras el pago de impuestos y la explotación de las minas, si deseaban conservar su derecho sobre ellas; estas normas fueron ratificadas al efectuarse, en 1845, la recopilación de las leyes vigentes denominadas "Recopilación Granadina", en la que figuraron como las Leyes 9a. y 10 de la Partida IV, Título V de dicha recopilación".

"Hasta ese momento la situación jurídica con respecto al dominio del subsuelo y a la latitud de los derechos de los particulares sobre el mismo, no se prestaba a interpretaciones confusas. Pero a mediados del Siglo XIX se sintió en la República el impacto de las ideologías individualistas, tan de moda entonces, y se comenzó a pensar que los intereses públicos se servían mejor si se trasladaba al dominio privado la totalidad de patrimonio nacional, incluyendo el subsuelo minero".

"En 1853 y a propósito de un proyecto de arreglo con los tenedores de bonos de la deuda extranjera, se autorizó al Gobierno por la ley del 20 de julio de ese año, para que destinara las tierras baldías de propiedad nacional al pago de dicha deuda, facultándolo 'para otorgar la propiedad de las minas que puedan encontrarse en las tierras baldías que se destinen a la amortización de la deuda'."

"En virtud de esa autorización el Gobierno celebró, en 1885, un contrato con la Casa de Saint Rose, de París, por el cual se le otorgaban a dicha casa, a cambio de documentos de deuda pública depreciados, la enorme cantidad de 30 millones de hectáreas, que ella escogería en el territorio nacional y que comprendían la propiedad del subsuelo. En el mismo sentido se firmaron dos contratos más: el uno por 500.000 hectáreas, que incluía los llanos de Neiva y parte de los de San Martín, y el otro que abarcaba las tierras baldías que existieran en las cabeceras del río Magdalena, incluyendo su riqueza minera y la forestal, o sea los bosques de quina silvestres. Sólo el estallido de la guerra entre Francia, Rusia e Inglaterra por el dominio del Medio Oriente, y la valerosa oposición de Aníbal Galindo y José María Samper, impidieron entonces que se perfeccionaran unas negociaciones que se suponían la enajenación, a intereses extranjeros, de una porción tan dilatada del territorio nacional".

"La ley de 1853 fue, en todo caso, el indicio de la existencia en el país de un clima ideológico contrario a que el Estado ejerciera la tutela del patrimonio nacional y ese clima encontró su coyuntura propicia para expresarse cuando se impusieron, a partir de 1858, las doctrinas federalistas. No han sido escasas las ocasiones, en nuestra historia, en que las ideas federalistas o descentralistas han servido de pretexto para que intereses privados, francamente contrarios a las conveniencias generales, logren establecer su predominio al amparo que una supuesta defensa de las regiones o de las providencias. Y así ocurrió en Colombia a partir de 1858. El empeño general que existía en los sectores económicos dirigentes de desmantelar el Estado y de trasladar los bienes nacionales a los particulares, se abrió camino a la Constitución expedida en ese año, en la cual la Nación se reservó exclusivamente, en su artículo 6o. las tierras

baldías, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y sal gema y en su artículo 8o., dispuso: 'Todos los objetos que no sean atribuídos por esta Constitución, son de competencia de los Estados'."

"Los Estados Soberanos de la Confederación eran Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander y a su dominio ingresaron las minas del subsuelo nacional, con las excepciones de la reserva hecha por la Confederación. Lo cual quería decir que, a partir de ese momento, a las legislaturas de los Estados Soberanos les correspondería decidir sobre el régimen jurídico del subsuelo minero".

"La Carta de 1858 no fue sino el preludio de la plena culminación del sistema federal, que se consagró sin limitaciones en la Constitución de 1863. En ella se hizo, en su artículo 30, la misma reserva sobre las vertientes saladas, las tierras baldías, las minas de esmeraldas y sal gema y se produjo el régimen anterior de delegación a los Estados, en el artículo 16: 'Todos los asuntos del Gobierno —decía— cuyo ejercicio no deleguen los Estados expresa, especial y claramente al Gobierno general, son de la exclusiva competencia de los mismos Estados'."

"Y, ¿cómo utilizaron los Estados esa competencia? Por medio de Códigos Mineros o de fomento que expidieron algunos, o de simples leyes, como lo hicieron otros, se optó por un régimen jurídico que presentaba variantes y disposiciones regionales, pero seguían las siguientes tendencias generales:

"Primera: Se reconocía el dominio de la Unión sobre las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y sal gema".

"Segunda: Se reservaba para el Estado respectivo las minas de oro, plata y algunas otras, debidamente especificadas, de las que se esperaban ingresos fiscales".

"Tercera: Todo el resto del subsuelo y de la riqueza minera se sometía al ordenamiento jurídico que los Códigos y Leyes de los Estados definían con la siguiente cláusula: 'Al dueño del terreno todas las demás, (minas) de cualquier clase que sean'."

"Así se consagró en nuestra historia el principio de la propiedad privada del subsuelo, la doctrina romana de la accesión, según la cual se confundían, en un todo, el dominio del suelo, el aire y el subsuelo. 'Desde el cielo hasta el infierno', como dirían los mejicanos. Con sobrada razón el eminente tratadista colombiano, Eustorgio Sarria, al referirse a esta época: Por virtud de las diferentes legislaciones de los Estados Soberanos el sistema dominical o regalista, que ratificó el histórico decreto de Libertador, se quebrantó de manera inconsulta, al impulso de un individualismo intransigente, creándose una equívoca situación".

"Fueron tan notorios los abusos a que se prestó el sistema que trasladó a las legislaturas de los Estados, dominados por pequeñas oligarquías, el poder decisorio sobre el dominio del subsuelo, que a los diez años de adoptado ese régimen ya había provocado una alarma general y parte de los dirigentes que tenía la responsabilidad de haberlo implantado se vieron en la necesidad de hacer una pronta rectificación, a fin de conjurar los gravísimos perjuicios que de él se derivaban para los intereses colectivos".

"En el Código Fiscal de 1873, la Unión Colombiana se reservó aquellas minas situadas en las tierras baldías de su propiedad que fueron especificadas en los artículos 1116 y 117 y 1126 de dicho Código. Tales artículos disponían: 'La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón, así como también las de guano y cualquier otro abono semejante, que se encuentren en los terrenos baldíos de la Nación, o en los que por otro título distinto le pertenezcan'."

"Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los terrenos, y serán beneficiados por cuenta de la República, a virtud de los contratos que al efecto celebre el Poder Ejecutivo".

"Las minas de cobre, de hierro y otros metales preciosos, las de azufre y demás no expresadas en este título, que se descubran en terrenos baldíos de propiedad nacional, son también de la Unión y sobre la explotación, arrendamiento, adjudicación etc., se aplicarán las disposiciones análogas contenidas en los capítulos anteriores y en el Código de Fomento".

"El cambio político ocurrido en 1886, condujo a una revisión fundamental y decisiva del ordenamiento legal vigente sobre la propiedad de las minas, cambio que motivó importantes debates en el Consejo Nacional de Delegatarios. Los poderosos intereses creados alrededor del régimen anterior impidieron que se llegara a un acuerdo satisfactorio sobre la materia en la Comisión redactora de la Constitución y ello explica por qué el proyecto inicial presentado al Consejo de Delegatarios decía:

"Pertenecen a la República de Colombia fincas, rentas, valores y derechos que pertenecieron a la extinguida Unión Colombiana. Exceptúase lo que por medio de leyes especiales ha sido enajenado o cedido a cualquier persona o entidad".

"Ante esta redacción que evadía el problema de la nacionalización del subsuelo minero, puesto que no transfería a la Nación las minas que fueron de propiedad y competencia de los Estados Soberanos en el régimen federal, don Miguel Antonio Caro pronunció el siguiente discurso en la sesión del Consejo de Delegatarios del 5 de junio de 1886: 'El artículo suscita, no decide, una cuestión grave. Por él se confirman las donaciones hechas por la Nación a cualquier persona o entidades. Los principales cesionarios, o para hablar más claro, expoliadores de la Nación, fueron los Estados. Los representantes de los Estados Soberanos venían al Congreso a repartirse los despojos de la Hacienda Nacional, como alacranes que devoran a la madre. Los Estados Soberanos han muerto. Sus bienes son herencia yacente. ¿Quién ha de ocuparla? ¿Están los nuevos departamentos llamados por derecho natural a esa sucesión, o bien la Nación, por el hecho de reasumir la soberanía, recobra el dominio de bienes que los Estados poseyeron a título de soberanos? Este punto debe decidirse aquí y quedar definido en la Constitución'."

"Si la Nación, como yo lo creo de derecho, recobra como única soberana los bienes de los Soberanos difuntos que formaban la Nación, debe procederse a una discriminación equitativa, para que ella conserve los bienes anexos al atributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos, y renueva libremente en favor de los departamentos la donación de otros que no tienen aquel carácter. Pero este asunto es grave y requiere la asistencia que yo me permito solicitar del Honorable Sr. Secretario de Hacienda".

"La consecuencia del debate planteado por Caro fue la redacción de un nuevo texto, que se adoptó como artículo 202 de la Constitución de 1886, y por el cual la Nación recobraba el dominio de los bienes de la Unión Colombiana y también el de las minas, baldíos y salinas que pertenecieron a los antiguos Estados Soberanos. Dicho artículo decía: 'Pertenecen a la República de Colombia':

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

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

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

"Queda por decir, naturalmente, la grave cuestión planteada por el considerable patrimonio minero que se desprendieron alegremente los Estados Federales por medio de adjudicaciones o en razón de la famosa cláusula: 'Al dueño del terreno todas las demás, de cualquier .....

"El punto se resolvió por medio de la Ley 38 de 1887. En ella, el Consejo de Delegatarios adoptó, para la Nación ya reconstituída, el Código Minero del antiguo Estado Soberano de Antioquia: le introdujo a ese Código las modificaciones exigidas por las normas generales consagradas en la Constitución; y para resolver las situaciones de hecho y de derecho, creadas por las cláusulas de los Códigos Federales que atribuían al propietario del suelo la propiedad del subsuelo, estableció el sabio mecanismo que, en los siguientes términos, desarrolló el artículo 5o. de la ley: 'En donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo, hasta el día 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de esos propietarios tendrán un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquier individuo para buscar, captar y denunciar las minas que hubieren dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubieren dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley'."

"La fecha y plazo señalados en esta ley, tienen particular significado en cuanto al perfeccionamiento o extinción de los derechos privados sobre el subsuelo minero. Sólo los particulares que cumplieron con los requisitos establecidos en ella, podrían alegar un derecho de dominio privado sobre las minas y transmitirlo, por cualquier título legal, a sus sucesores o a terceros".

"A fin de completar el conjunto del ordenamiento legal destinado a restablecer en Colombia la sabia doctrina que había inspirado, en la mayor parte de nuestra historia, el régimen legal de la minería, en el artículo 11 de la citada Ley 38 de 1887 se dispuso que el titular de las minas que, pasados 5 años desde la fecha de su adjudicación no hubiese establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aun cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito'."

8.— En el mismo sentido se pronunciaron los ilustres juristas doctores Fernando Vélez y Antonio José Uribe en los comentarios al Código de Minas Colombiano, 2a. edición, imprenta de "LA VERDAD", 1904:

"El grave asunto de si las minas deben ser del dueño del suelo o propiedad del Estado, no ha sido resuelto de una misma manera por todas las legislaciones. Prescindiendo de examinarlo filosóficamente, nos limitamos a unas pocas observaciones relativas al derecho positivo de algunas naciones sobre el particular, especialmente de España".

"El derecho romano declaró que las minas de oro, plata, cobre, hierro, acero, plomo y otras, pertenecían al propietario del fundo donde estaban, siguiendo siempre esta máxima: '*qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum*, es decir, la propiedad del suelo implica a la de la parte superior y la de parte inferior. Esto no impidió a los empleadores romanos se atribuyesen un décimo del producto de las minas cualquiera que fuese el lugar donde se encontraran'."

"NOVISIMA RECOPILACION. El decreto español no tuvo principio fijo acerca de asunto tan importante, y por eso sus leyes contienen diferentes disposiciones sobre la materia: unas que prohíben labrar sin real licencia las minas de oro, plata, plomo y cualquier otro metal por pertenecer al Rey; otras que permiten a todos los individuos buscar y cavar en sus tierras las minas de metales y piedras, en las ajenas, con licencia del dueño, pero con la codición de dar las dos terceras partes del producto al Estado; otras que declaran ser del real patrimonio las minas de oro, plata y azogue" (Leyes 1a. y 3a. del Título 18, Libro 9).

"Después de estas disposiciones se expidió una Ordenanza de 84 capítulos, la cual establece la nueva forma que debía observarse en el descubrimiento, registro, labor y beneficio de las minas de cualesquiera metales; concede su posesión y propiedad a los descubridores que las explotasen, bien fuera que estuviesen en terrenos públicos, comunes o particulares, asigna la parte del producto que correspondía al Estado; previene formalidades respecto de las minas nuevas como de las antiguas abandonadas; y establece ciertas prohibiciones y penas" (Ley 4a., Título 18, Libro 9).

"En cuanto a las minas de hierro y carbón de piedra, la ley permitía la libre explotación. Sin embargo, la Corona tenía derecho de reservar para sí las que necesitara para el uso de la marina, fundiciones, maquinarias y otros objetos del servicio público, satisfaciendo al dueño su justo valor. El usufructo de esas minas era de la comunidad o persona a quien perteneciese el de las demás cosas que producía el terreno donde estaban. Por lo mismo, los dueños particulares podían descubrirlas y beneficiarlas por sí, o permitir que otros lo hiciesen, venderlas o arrendarlas, sin más licencias ni formalidad que la indispensable para disponer del terreno que las contenía (Título 20, Libro 9). Las minas y pozos de sal, eran propiedad del Estado, de modo que ningún particular podría beneficiar lo que hallaba" (Título 19, Libro 9).

'Citamos la Novísima Recopilación porque es . . . . . españolas, quizá la más conocida entre nosotros. Sin embargo, para mejorar inteligencia del asunto, nos permitimos las observaciones que siguen:

"La Ley 11, título 28, parte 3a. (1263) estableció que 'las reudas de los puertos', et las salinas et las mineras pertenecen a los Reyes".

"La recopilación de leyes publicadas en 1567 durante el reinado de Felipe II, conocida con el nombre de Nueva Recopilación o Recopilación de Castilla, en el título trece del libro sexto, trata 'de los tesoros, mineros de oro, plata, y otro cualquier metal, y pozos de sal y bienes mostrencos, y hallados'."

"De las diez leyes de dicho título se refieren a minas de oro, plata y otros metales, las leyes 2a. de 1386 compuesta de las leyes 47 y 48, Título 32 del Ordenamiento de Alcalá, 3a. de 1387, 4a. de 1559, 5a. de 1563, 9a. de 1584 y 10a. de 1607; estas dos últimas agregadas en edición posterior de la Recopilación. La ley 9a. que es la Ordenanza de 84 capítulos citada, derogó los capítulos 3 a 7 de la ley 4a. y la ley 5a. que corresponden 78 capítulos. En la ley 10a. se reforma algunas de las disposiciones de la 9a.".

"Ocurre esta cuestión: ¿Rigieron en el Virreinato de Nueva Granada las leyes españolas sobre minas?".

"Son de tres clases: unas generales de España: La Recopilación de Castilla y la Novísima Recopilación; otras especiales para ciertas colonias de América: Las Ordenanzas de Minería de Nueva España (Méjico) y las del Perú".

"En el Virreinato rigieron las leyes generales de España que se comunicaban en las Audiencias respectivas de acuerdo con una disposición de la Novísima Recopilación, y las leyes que se expidieron para América. No hay duda, por lo mismo, de que la Recopilación de Indias, menos lo que especialmente se refiere a ciertas colonias americanas, rigió en el Virreinato. La Recopilación de Castilla y Novísima Recopilación se tuvieron también por vigentes. Las Ordenanzas de Méjico y el Perú no rigieron en el Virreinato. Por eso después de la independencia (1829) se juzgó necesario declarar en vigor las de Méjico".

"La Constitución de 1821 (artículo 188) declaró 'en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los derechos y leyes que expidiere el Congreso'. Esta disposición se refiere a las leyes generales españolas y a las especiales para toda la América".

"En 1825 fue cuando se estableció el orden de prelación legal, y es de notarse que ni en las leyes de ese año (13 mayo) ni en las posteriores sobre prelación de 1834, 1858, 1861, 1865 y 1872, se puso en vigencia la Novísima Recopilación; pero como las leyes que ésta comprende son anteriores al 18 de marzo de 1808, y como las españolas sancionadas hasta esa fecha, que estaban en observancia en la Nueva Granada, se declararon en vigor en la ley de 1825, es claro que las de la Novísima fueron aplicables en su mayor parte hasta 1887 en que con todo el derecho español quedaron abolidas" (artículo 15 de la ley 153).

"En las prelaciones legales de 1825 y años posteriores, se dio preferencia a la Recopilación de Indias sobre la Nueva Recopilación y a ésta sobre las Siete Partidas".

RECOPILACION DE INDIAS

"Además de estas disposiciones generales del derecho español, las hubo especiales para América, las cuales se encuentran en la Recopilación de Indias. Acerca de éstas, haremos unas pocas indicaciones. El libro cuarto y el octavo de esa obra resuelven puntos relacionados con las minas y los metales. Comenzaremos por las disposiciones del primero de estos libros".

"El título 19 que contiene 16 leyes, trata del 'Descubrimiento y labor de las minas', la ley 1a. (Cédula de Carlos V, de 9 de diciembre de 1526) permite que todas las personas de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad, españoles e indios (quedaron exceptuados los extranjeros) puedan sacar oro, plata, azogue y otros metales ... en todas las minas que hallaren o donde quisieren y por bien tuvieren, coger y labrar libremente sin ningún género de impedimento, con la condición de pagar el impuesto real respectivo y de observar las leyes generales y Ordenanzas hechas en cada providencia y confirmadas por el Rey. La ley 6a. permite denunciar las minas que no se beneficiasen durante cuatro meses. Debían adjudicarse al denunciador para que las librase como verdadero dueño. La ley 12 prohíbe vender metales al que no fuese dueño de minas. La 13 establece que los indios puedan tener y labrar minas de oro y plata como los españoles".

"Título 20. 'De los mineros y azogueros y sus privilegios'. De las 7 leyes que comprende mencionaremos el contenido de dos. La ley 1a. ordena que los mineros sean favorecidos por las justicias guardándoles y haciéndoles guardar todas las preeminencias de que gozaban, una de éstas que por ninguna duda se les pudiesen embargar los esclavos, herramientas, mantenimientos y otras cosas necesarias para la explotación de las minas. La ley 2a. dispone que si los mineros son presos por deudas, lo sean en el Real asiento de minas".

"Título 21. 'De los Alcaldes mayor y Escribanos de minas'. Sus leyes establecen los requisitos que deben tener los Alcaldes mayores; prohíbe a estos contratar con los mineros con pretexto de avio, comprarles oro, plata ni otros metales; tener compañía con dueño de minas, lo que también les estaba prohibido a los Jueces y Escribanos de minas; y dispone que los salarios de los Alcaldes y Veedores de minas se paguen de los aprovechamientos de éstas".

"Título 22. Que comprende 17 leyes, trata 'Del ensaye, fundición, marca de oro y plata'. La última de dichas leyes establece 'las Ordenanzas que ha de guardar los ensayadores del Perú'. El título 23, que consta de 23 leyes, trata 'De las Casa de monera y sus oficiales', el 24 'Del valor del oro, plata, moneda y su comercio' 8 leyes; y el 25 (48 leyes) 'De la presquería y envío de perlas y piedras de estimación'."

"Respecto de los títulos del libro 8 indicaremos su contenido. Título 5o. (6 leyes). Trata 'De los Escribanos de minas y Registros'. Estos registros eran los que se hacían en los puertos de las naves y fragatas que entraban o salían. El título 10 (53 leyes) habla 'De los quintos reales'. Contiene disposiciones acerca de la parte del oro, plata y piedras preciosas que correspondían a la Corona de las que se hallaban en América. Esa parte generalmente era el quinto. El título 11 (5 leyes) establece lo conveniente respecto 'De la administración de minas y remisión del cobre a estos Reinos (a España) y de las de alcrevite'. El título 12 (8 leyes) trata 'De los tesoros, depósitos y rescates'."

"Agregamos, antes de pasar a otra cosa, que la mayor parte de las legislaciones actuales, como la de España, Inglaterra, Prusia, Portugal, Chile, Venezuela y el Perú, han consagrado el principio de que cierta clase de minas, como las de oro y plata, pertenecen al Estado, quien las cede a los particulares bajo algunas condiciones, en posesión y propiedad para que las exploten. La legislación francesa y la belga siguen el principio del derecho romano al declarar que las minas son del dueño del suelo. Sin embargo, la primera reconoce como excepción que el Estado tiene la facultad de hacer merced de las minas a quien no sea dueño del terreno donde estén situadas; pero debiéndose pagar a éste una renta como indemnización. En Austria, el Emperador puede hacer explotar por su cuenta toda clase de minas, lo cual significa que se atribuye no solo el dominio eminente sino la propiedad de ellas. Quedan exceptuadas de esto las de carbón de piedra, las cuales se adjudican al descubridor, salvo el derecho de propietario al terreno para beneficiarlas por sí mismo".

DERECHO NACIONAL

"En la Nación continuó vigente el Derecho español después de la Independencia mientras no fue expresa o tácitamente derogado o reformado por el Legislador Colombiano. La derogación expresa de todo él, sólo la contiene el artículo 15 de la Ley 153 de 24 de agosto de 1887 que dice: 'Todas las leyes españolas están abolidas'. Así es que verificada la Independencia, en asuntos legales de minas, se aplicaban dichas leyes". Vamos a indicar las que sucesivamente fueron reemplazándolas hasta sustituirlas con un nuevo Derecho.

"La primera ley que se expidió en la República respecto del asunto que nos ocupa, fue la de 5 de agosto de 1823 (Ley 9 p. 4a., T. R. G.) que autorizó al Poder Ejecutivo para que diese en arrendamiento, del modo que le pareciese más ventajoso, las minas pertenecientes en propiedad a la República, menos las de platina. Notaremos que el artículo 2o. de esta ley, que consta sólo de 4, dispone que los arrendatarios de las minas, para labrarlas, fortificarlas y ampararlas deberían conformarse a lo dispuesto en los artículos 9o. y 10 de las Ordenanzas de Minería de Nueva España de que hablaremos enseguida".

"1829".

"Estando el Libertador en Quito recibió del Ministro del Interior, don José Manuel Restrepo, un proyecto de Derecho sobre arreglo del ramo de minería, el cual fue sancionado en aquella ciudad el 25 de octubre de 1829. Es la ley 10, p. 4a, Título 5 de la Recopilación Granadina".

"El Decreto, que se titula 'Reglamento sobre minas', consta de 38 artículos, distribuídos en 2 capítulos y se funda en 4 considerandos, de los cuales los dos primeros son: 'Que la minería ha estado abandonada en Colombia, sin embargo de que es una de las primeras fuentes de la riqueza pública; y que para fomentarla es preciso derogar algunas antiguas disposiciones que han sido origen fecundo de pleitos y disensiones entre los mineros'."

"A causa de que este Decreto puede considerarse como la primera ley expedida por la República sobre minas, y de haber regido durante muchos años, nos permitimos dar cuenta de su contenido con alguna detención".

"El capítulo 1o. trata 'De los descubrimientos, títulos y deserción de minas'. Es la parte sustantiva del Decreto y comprende los 22 primeros artículos".

"El artículo 1o. dice: 'Conforme a las leyes, las minas de cualquiera clase correspondiente a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este Decreto'." Indicaremos algunas de las últimas (páginas 1 a 6).

"

"El artículo 38, último decreto, dice: 'Mientras se forma una Ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de minas de Nueva España, dada en 22 de mayo de 1803, exceptuando todo lo que trata del Tribunal de minería, y jueces diputados de minas, y lo que sea contrario a las leyes y decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que halle reformado por el presente decreto" (p. 8).

9.— En síntesis, hasta la expedición de la Ley 20 de 1969, tanto la normatividad constitucional como la legislativa, respetaban los "derechos adquiridos", sobre las minas, frente a cada nueva regulación sobre la propiedad minera, la posesión, el descubrimiento o la explotación de las minas, sin exigir que se tratara de "derechos titulados" u "oficialmente reconocidos", sino que, como es obvio respondieran a la noción que de tal fenómeno jurídico ha dado la doctrina y la jurisprudencia universal, en la forma ampliamente analizada en la primera parte de este salvamento. Es decir que se hubiera consumado la situación jurídica concreta de la que surgiere, como consecuencia jurídica, un derecho subjetivo para un sujeto de derecho.

II.— 1. El extenso análisis anterior ha sido necesario para tratar de aclarar la noción de "derecho adquirido" utilizada por el artículo 30 de la Constitución Política y el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 y la de la "situaciones jurídicas concretas" utilizada tanto por el artículo 1o. de la ley 20 citada como por el impugnador artículo 6o. del Decreto de 1980.

Las conclusiones deducidas por los ilustres tratadistas franceses, no siempre son aplicables al Derecho Colombiano, pues, como se vio, mientras en Francia la teoría no ha tenido otro fundamento legal que el artículo 2o. del Código Civil Francés, "la ley no

dispone sino para el futuro y no tiene efecto retroactivo", en Colombia el artículo 30 de la Carta fundamental, como se vio, tutela y garantiza los "derechos adquiridos", en forma ya vista y acorde con ella, el artículo 322 de la Ley 153 de 1887, ordena: "Los derechos adquiridos con arreglo a la abolida legislación de los extinguidos Estados subsistirán según las reglas establecidas en la parte primera de esta ley" y en forma complementaria, acorde con la teoría entonces vigente, predica el artículo 17 de la misma ley, "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

2. Si en el Derecho Colombiano sólo estuviera protegido el derecho de propiedad, tendría razón el demandante al limitar el nacimiento de la "situación jurídica concreta" a la existencia del 'título perfeccionado', por lo mismo frente al "modo de la tradición" que exige, además, la existencia del "título", a tenor de los artículos 673 y 745 del Código Civil, pues si uno de ellos falta, indubitablemente, no hay "dominio", pero hay otros derechos que, como se vio, están igualmente protegidos por el artículo 30 de la Constitución Política "... y los demás derechos adquiridos con justo título...".

Si sólo existe el contrato de compraventa, el de permuta, donación, etc., (artículo 745 del Código Civil) ciertamente aún no existe el derecho de propiedad, pero indiscutiblemente ya existe el título, un "derecho a la cosa" a exigir la entrega, la tradición o, lo que es lo mismo, un "derecho adquirido".

3. Y es que, conforme a la doctrina examinada, a la legislación colombiana y a la jurisprudencia nacional, "situación jurídica abstracta" o "mera expectativa" para otros, es la situación en que se encuentran indistintamente los ciudadanos como destinatarios de una norma sustancial, atributiva de derechos u obligaciones, frente a la hipótesis abstracta de dicha norma y, por el contrario, "situación jurídica concreta" es la situación de uno o varios sujetos de derecho frente a la ejecución o realización de las circunstancias fácticas contempladas en una norma positiva para adquirir un derecho o contraer una obligación.

Ya se vio, entonces, que realizados los hechos o circunstancias contemplados en la ley, la ley nueva no puede desconocer las circunstancias contempladas para esa situación fáctica por la ley anterior, pues ello implicaría desconocer "un derecho adquirido".

Y de ahí que sea "concreta", por oposición a la "abstracta" o "mera expectativa" frente a la hipótesis legal, en la primera cuando el sujeto —de ahí que sea subjetiva— ha realizado u obtenido a su favor el acaecimiento de las previsiones de la ley, mientras que en la segunda existe la simple expectativa del individuo por colocarse dentro de la previsión legal.

4. Y como la ley regula las obligaciones, modales, condiciones y alternativas, la situación jurídica puede existir cuando realizada, concretada o consumada la hipótesis legal, las consecuencias previstas por la norma sólo penden de un "modo", "una condición", una escogencia o elección.

5. Y no es necesario que la situación jurídica concreta sea permanente, perpetua o irrevocable, pues la misma ley regula la extinción o modificación de las situaciones jurídicas, de las obligaciones, como por ejemplo, la "donación entre vivos".

6. Si, pues, existe el "título" perfeccionado al momento de comenzar a regir la Ley 61 de 1979, hay un "derecho adquirido", a la mina, a la explotación, a la concesión, etc., aun cuando aún no se haya perfeccionado un derecho "in re", en la mina.

7. El artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, protege los "derechos adquiridos" por los particulares o terceros, no obstante que consagra, para el futuro, la pertenencia de tales bienes, para la Nación.

Y al regular el tránsito de la legislación, en forma cuyo sometimiento a los términos del artículo 30 de la Carta, no compete a esta Corporación, previene que a partir de su vigencia, esa protección "sólo comprenderá las situaciones jurídicas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos", sin que, se repite, sea esta la ocasión ni exista la competencia para estudiar las constitucionalidad de tal expresión legal, para determinar si ese "solo" excluye "derechos adquiridos" por la ley de leyes, aunque de no ser así, resultaría inútil, por superflua.

Pero frente a esta disposición legal no contrariada por la Ley 60 de 1967 que sólo autoriza la creación de "reservas nacionales de territorios" (artículo 4o.) y que regula parcialmente los derechos surgidos de los "actos administrativos" de adjudicación, aporte, arrendamiento, concesión o permisos mineros, ni por el Decreto 1245 de 1974 (artículo 7o.) que el mismo decreto cita con relación exclusiva a las distintas "regalías" ordenan los artículos 2o. y 3o. del citado Decreto 1179 de 1980.

"Artículo 2o.— Los yacimientos de que trata el artículo anterior se aportarán al Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del capital respectivo, de acuerdo con las disposiciones vigentes".

"Artículo 3o.— Lo dispuesto en el presente decreto se aplicará dejando a salvo las situaciones jurídicas concretas originadas en la propiedad del subsuelo debidamente reconocida, o en licencia de explotación, permisos de explotación, concesiones o aportes de minas que se hallen perfeccionados a la vigencia de ese decreto y que versen sobre los mismos minerales que trata el artículo 1o. de esta providencia".

Y en la misma forma y con la misma técnica, el artículo 1o. de la Ley 61 de 1979, protege los derechos adquiridos en las minas de carbón.

8. Disponía el artículo 453 del Código de Minas, adoptado por la Ley 38 de 1887 y que era el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia.

"ARTICULO 453.— Conforme a las disposiciones de esta ley se adquiere y conserva el dominio de las minas de filón o de aluvión, aunque no sean de oro. Las de sedimento no pueden adquirirse y conservarse sino en virtud de concesiones especiales emanadas de la Legislatura del Estado".

"Las que son de propiedad del dueño del suelo pueden ser explotadas por éste, sin otro requisito ni gravamen que dar cumplimiento a las disposiciones que tengan a bien dictar la autoridad para atender a la seguridad y salubridad públicas".

Y sobre tránsito de legislación, dispone el artículo 459 del mismo estatuto:

"ARTICULO 459.— Esta ley comenzará a regir en el Estado desde el día 1o. de enero de 1868, y desde ese día queda derogada la Ley de 3 de octubre de 1864 sobre minas".

"En consecuencia, las controversias y los pleitos acerca de actos ejecutados, de derechos adquiridos y de obligaciones contraídas desde dicho día, relativos a la expresada materia, se decidirán con arreglo a las disposiciones de esta ley; pero las controversias y los pleitos sobre actos, derechos y obligaciones anteriores a la referida fecha, se

decidirán con arreglo a las leyes vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho o se contrajo la obligación, sin perjuicio de que las disposiciones puramente adjetivas o de procedimiento que la presente contiene, se apliquen desde el día de su vigencia a los casos que ocurran".

Estas normas tuvieron plena vigencia hasta la expedición de la Ley 20 de 1969 y conforme a ellas, el dueño del terreno —con títulos anteriores al 28 de octubre de 1873 era dueño, por accesión— de las minas de metales no preciosos o sustancias minerales no metálicos como las calizas— SIN NECESIDAD DE OTRO TITULO NI DE LLENAR OTRO REQUISITO.

Entre otros casos, era dueño de las minas existentes en el subsuelo —de la clase vista— aunque no tuviera conocimiento de ellas, pues su título era la accesión.

Esta era, pues, una situación jurídica concreta, subjetiva, "debidamente perfeccionada", de los que el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, ordena respetar.

9. No podía entonces la Ley 20 de 1969, y mucho menos su decreto reglamentario, exigir —para reconocer un derecho adquirido al momento de entrar en vigencia tales normas—, la existencia de un título cualquiera o de una sentencia judicial, porque ello IMPLICA LA VIOLACION DEL DERECHO ADQUIRIDO Y EL DESCONOCIMIENTO DE LOS ARTICULOS 30 y 202 de LA CONSTITUCION POLITICA.

10. Dice el artículo 7o. del Decreto 1275 de 1970:

"Los derechos constituídos a favor de terceros en virtud de sentencia definitiva anterior al 22 de diciembre de 1969 siguen teniendo los mismos alcances y efectos que en ella se determinan. *Si en el fallo se declara el derecho particular al subsuelo sin especificar los minerales que se hallen en el respectivo globo de terreno, o si se declara el mismo derecho sobre todos los minerales de la correspondiente zona, la situación jurídica reconocida continuará en vigencia, a menos que se extinga por motivos legales. Si la sentencia se limita a declarar el derecho particular sobre algunos depósitos o sobre ciertos minerales que se encuentren en el área respectiva quedan sometidos a la regla general desarrollada en los artículos 1o. de la Ley 20 de 1969 y 3o. del presente estatuto y, en consecuencia, continuarán perteneciendo a la Nación".*

Ese artículo no puede referirse sino a las minas que antes de la Ley 20 de 1969, exigían sentencia judicial como título de propiedad, pues los que se adquirían por accesión, no requerían TITULO, era suficiente el MODO.

Pero, además, en cuanto al Decreto regula el alcance de las sentencias juridiciales, viola el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política por exceder la facultad reglamentaria en cuanto dicta normas nuevas, no contenidas en la ley y al referirse a sentencias ya dictadas, viola el artículo 55 de la Carta fundamental, por cuanto el Gobierno no invade la órbita de los jueces.

Y en cuanto pretende señalar determinadas consecuencias jurídicas a sentencias judiciales ejecutoriadas cuando entró a regir VIOLA, flagrantemente los artículos 30 y 202 de la Constitución Política, pues desconoce los *"derechos adquiridos"*.

II. Pero hay algo más. Como para las minas adquiridas por accesión, la sentencia *"declarativa"* de que el dominio del suelo salió del Estado antes del 28 de octubre de 1873, sus efectos —dado el Estado, como parte y la naturaleza de la declaración— son *"erga omnes"*, por lo que, hecha la declaración en una sentencia, frente a un mineral, había cosa juzgada que impediría igual pretensión declarativa aunque se refiriera la pretensión consecuencial a otro mineral.

"PUES, por una parte, la posibilidad de demanda de prestación futura (257-59) no impide la declaración (así, para el 259, RG. 113, 411 que en página 412 cita una resolución igual, no publicada, para el 257; RAF, JW, 1928, 293 (15); pero también puede proceder, a pesar de la posibilidad de demandar la prestación inmediata, cuando lleva a una simplificación, como evitar la multiplicación de procesos o, en otros casos, es conveniente por consideraciones de economía procesal (HRR, 1931, 1963 = SeufArch., 85, 184; HRR, 1936, 388 = JM, 1936, 1135a al II). *Esto sucede, por ejemplo, cuando se discute una relación jurídica de la que se originan varias pretensiones, pero solamente puede hacerse valer una parte de ellas, de modo que la demanda de prestación no agotaría toda la relación jurídica".*

"Las demandas de declaración tienen por objeto, por lo regular, la existencia o inexistencia de una relación jurídica, de la propiedad o de otro derecho real, del matrimonio o de una relación de paternidad o filiación, de una relación obligacional; por ejemplo, de una relación de alquiler o arrendamiento y otras semejantes. Esta relación jurídica estará ya suficientemente individualizada por la afirmación de derecho presentada en la petición y no necesita mayor fundamento mediante los hechos".

Por eso, debe el juez invitar al demandante a una modificación de la petición (139) cuando entienda la relación jurídica de otro modo que el actor; por ejemplo, como relación de comisión, mientras este último ha demandado por declaración de una relación de compraventa; si el actor se niega, porque tiene precisamente interés en la declaración de la relación jurídica afirmada por él, debe rechazarse la demanda por infundada".

"En todas las demandas de declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un derecho es objeto de la controversia la relación jurídica; por ejemplo, la propiedad en cuanto tal, como se presenta para resolución mediante la petición de la demanda y a caso no sólo en la medida en que se ha intentado fundar por las circunstancias de hecho alegadas. En consecuencia, al rechazar la demanda de declaración positiva y hacer lugar a la negativa significa que no existe del todo la propiedad negada; y no, acaso, que no exista razón de la causa de adquisición indicada en el primer caso por el actor y en el segundo por el demandado; *pero no podría hacerse valer de nuevo con ayuda de otra causa de adquisición.* Una limitación de la petición de la demanda a la declaración de la relación jurídica originada por la *causa* de adquisición que se hace valer —lo que en lo demás sólo será posible en el caso de demanda de la declaración positiva sería improcedente; pues estas demandas se dan únicamente para declaración de una relación jurídica, y no para la de elementos singulares de la misma (véase supra, 86, II, 1a.)".

"Esta determinación del objeto de la demanda declarativa concuerda con una serie de otros principios jurídicos y sus consecuencias. *En primer lugar, cuando tiene éxito la demanda de declaración negativa, se afirma como inexistente la propiedad del demandado; pues éste ha sido precluído con todas las causas de adquisición que existían antes del último debate sobre los hechos (véase infra, 150, III, 2). Y a la inversa, cuando se rechaza la demanda de declaración negativa, no puede ya atacarse la declaración de la existencia de la relación jurídica controvertida que le sería de base por causas originadas antes del último debate sobre los hechos;* esto ha sido reconocido por el Tribunal del Reich dos veces, en casos de demandas de declaración de inexistencia de relaciones de obligación contractual que se fundaron, en el primer proceso, la una en la nulidad del contrato tanto por violación de las buenas costumbres como en impugnación por engaño malicioso, y la otra en la nulidad por negocio ficticio; y quisieron fundarse en el segundo proceso, en el primer caso, en la impugnación por amenaza, y en el segundo, en el cumplimiento (RG, 78, 397-98; 72, 145-46). *Pero no puede ni debe regir otra cosa para*

la demanda de declaración positiva (véase PAGENSTECHER, en RheinZ, 12, páginas 470 y s.s); pues es indiscutido que la demanda de declaración positiva que tiene éxito posee los mismos efectos que la negativa rechazada, y la positiva rechazada los mismos que la negativa estimada (véase, por ejemplo, RG 29, 346; 78, 396; 90, 292). En caso contrario decidirían sobre la extensión de la autoridad de cosa juzgada la casualidad del papel de parte y de la primera presentación de la demanda".

"Se afirma este resultado con la importancia de una resolución que rechaza la revinculación (BGB, 985) por no estar probada la propiedad. Al actor le es desconocida por ella definitivamente la pretensión de entrega de la cosa, basada en propiedad, contra ese demandado (ZPO, 322, I), y no puede renovar el litigio invocando otra causa de adquisición de la propiedad que se habría realizado antes del último debate sobre los hechos del proceso previo".

"La consecuencia es que no se modifica el objeto litigioso de la demanda de declaración; es decir, no existe modificación de la demanda cuando el demandante por declaración de propiedad presenta con posterioridad otra causa de adquisición; como tampoco cuando el actor de la demada de declaración negativa afirma con posterioridad una nueva causa de nulidad o de extinción de la relación jurídica que debe afirmarse inexistente (del mismo modo RG, 72, 145; Warn., 1912, 225). Las anteriores resoluciones del Tribunal de Reich contrarias a esto, por ejemplo, JW, 1902, 165 (12), son insostenibles no sólo en cuanto se trató allí de demandas de declaración sobre la propiedad, sino también, con más razón, en cuanto fue la propiedad simple relación jurídica condicionante de la pretensión reclamada. Pues, como en este último caso la propiedad no fue objeto litigioso, no pudo producir una modificación en su fundamento una modificación de la demanda (véase infra, 100, 1, 1c)".

"Otra consecuencia correspondiente es que la demanda del mismo actor contra el mismo demandado sobre declaración de su propiedad a la misma cosa queda excluída, aun basada en otras causas de adquisición, por la litispendencia del primer proceso pendiente aún; y, del mismo modo, una segunda demanda de declaración negativa, con la pretensión de que se declare la inexistencia de la misma relación jurídica entre las mismas partes en razón de otra causa de no racimiento o de nulidad".

"2. *De esto resulta que el objeto litigioso no consiste en hechos, sino en una afirmación de derecho derivada de ellos y reclamada (véase supra, 1a); pero que no puede ser expresada con los conceptos del derecho civil (mientras naturalmente la cuestión de si es fundada la demanda planteada por el actor como de posesión, en razón de determinadas condiciones de hecho, puede y debe ser reconocida como de restitución de una cosa en razón de propiedad:* la planteada por devolución del dinero entregado en préstamo como por relación de sociedad y la demanda del viajero por indemnización en razón de un accidente ferroviario planteada por delito es admitida por contrato, mientras sigue siendo la misma evidentemente la pretensión procesal, debe ser indiferente que el actor haga valer una pretensión de derecho civil, de posesión, de préstamo o de delito. Esto se confirma también porque la justificación de la resolución con la posesión o la propiedad, el préstamo o la sociedad, el delito o el contrato no pasa en autoridad de cosa juzgada (véase infra, c). Si la tarea del actor es presentar el proceso una determinada petición de la demanda que debe expresar lo que quiere alcanzarse con ésta, y exponer una situación de hecho que funde lo pedido, sólo de estos momentos debe tomarse la determinación del objeto litigioso concreto. En los ejemplos señalados, la exigencia basada en la situación de hecho presentada, de restitución de la cosa o del dinero, o de indemnización, o de formación de derecho, o de declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, es el objeto litigioso o la pretensión de la ZPO, sin consideración a su calificación jurídica. *Según esto, debe definirse esta pretensión como*

la petición dirigida a la declaración, de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario, por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamento (24)".

"Que este concepto no es idéntico al de objeto litigioso como derecho o relación jurídica sobre el que debe sentenciarse, que fue expuesto supra, I, 1a, resulta de que si sobre la misma relación obligacional se demanda primero por declaración y luego por prestación, a pesar de la identidad de la relación jurídica que le sirve de base, se plantean dos pretensiones distintas en el sentido del derecho procesal y, por ello, no procede la excepción de litispendencia (RG, 40, 362); y si esta no rige en el caso inverso, cuando primero es demandada la prestación y después la declaración, ello se debe solamente a que el objeto de la demanda de prestación incluye en sí el de la declaración (véase infra, 98, II, 3)".

"Este objeto es aquel sobre el que se decide tanto si la demanda es rechazada por improcedente como también cuando se la juzga en el fondo; y este concepto es también decisivo para la existencia de la llamada acumulación objetiva de acciones, para la cuestión de la modificación de la demanda, para el objeto de litispendencia y para la extensión objetiva de la autoridad de cosa juzgada. Estas conclusiones (véase infra, 3) permiten destacar con claridad el contenido y la gran importancia del concepto de objeto litigioso".

"Las notas características del objeto litigioso, la petición de la demanda y, en tanto sea necesario, las circunstancias de hecho alegadas, son idénticas al contenido del escrito de demanda establecido por el 253, II, inciso 2, la indicación del objeto y del fundamento de la pretensión planteada y la petición determinada".

"a) La indicación del objeto de la pretensión planteada (véase supra, I, 1c) no es una nota independiente junto a la petición.

"Esta hace conocible necesariamente el objeto, porque señala lo que el actor pretende y en qué extensión, si la condena es a una prestación, y a qué; o la declaración o constitución de un derecho o relación jurídica, y cuál".

"b) *El fundamento de la pretensión planteada* (véanse además los 59, 60, 260, 690, inciso 3, 996; KO, 139) no puede ser, de acuerdo con lo expuesto, más que el acontecimiento real ("el estado de cosas (Sachverhalt), como en el BGB, 405 y 779), con que el actor funda su petición, el conjunto de hechos (véase además 616; véase ZPO austríaca, 226), que es presupuesto necesario de toda consecuencia jurídica, porque a los hechos une el ordenamiento jurídico sus consecuencias, (la expresión "Tatbestand" (tipicidad) es más confusa y provoca errores). *Pero no es fundamento de la pretensión esta consecuencia jurídica misma o la relación jurídica que es presupuesto de la consecuencia pretendida y que se deriva de aquellos hechos (RG, 126, 248); más bien forma el objeto del enjuiciamiento y declaración con autoridad de cosa juzgada, y por ello no puede ser al mismo tiempo su fundamento.* Tampoco lo es la llamada relación de fondo o derecho de fondo. Pues éste, si no es idéntico a la relación jurídica por afirmar, no puede ser más que la relación jurídica de que ha nacido la pretensión de derecho material reclamada y que se denomina relación jurídica condicionante (prejudicial); como, por ejemplo, la propiedad que forma la relación de fondo de la reivindicación (BGB, 985) y de la actio, negatoria (1004); no representa entonces sino una parte del fundamento de la pretensión y no tiene otro significado que cualquier otro elemento de hecho que según el derecho objetivo es presupuesto de una consecuencia jurídica".

"De acuerdo con los 146, 268 y 614, I, se denomina al fundamento de la pretensión, en el sentido del 253, II, inciso 2, fundamento de la demanda o de la acción. Por ello se

entiende los hechos con que trata de afirmar el actor su pretensión procesal. Puede serlo 'la totalidad de los hechos necesarios para fundar la pretensión' (592, inciso 1), porque sin ellos se rechazará por infundada la demanda, pero no necesita serlo. Pues el actor justifica su afirmación de derecho con indicación de aquellos hechos que en su opinión han determinado su derecho. Si es éste el caso o no, debe resultar de la resolución. Y aun cuando el tribunal entienda que el fundamento de la pretensión presentado por el actor no ha producido el derecho reclamado, sin embargo, ha estado fundada la afirmación jurídica".

"El 592, inciso 1, exige, es cierto, que 'todos los hechos necesarios para fundar la pretensión puedan probarse mediante documentos'. Esto se basa en que el proceso documental todos los hechos que justifican la pretensión según el derecho material deben ser demostrables con documentos; en caso contrario se 'rechazará la demanda como improcedente en esta clase de proceso elegido' (597, II). Estos hechos son los que forman los presupuestos de la norma o normas que fundamentan el derecho o la demanda, y que resultan de su interpretación (véase infra, 103, II, 1). Es demasiado limitado el concepto cuando los procesalistas, en la discusión sobre el fundamento de la acción, hablan nada más que de la causa del nacimiento o adquisición del derecho ejercido. Si, por ejemplo, la propiedad u otro derecho real es objeto de la declaración o relación jurídica prejudicial, basta por aplicación de los 891, 1006, 1065, 1227, BGB, la afirmación de que el actor está inscrito como titular del derecho en el Registro de la propiedad o que tiene la posesión de la cosa mueble correspondiente al derecho; pero no necesita presentar una causa de nacimiento o adquisición del derecho".

"Sin el fundamento de la acción en este sentido no puede tener éxito la demanda. Aun cuando sólo deje de afirmarse uno de los hechos pertenecientes a él, o no se lo pruebe en caso de disputa, debe rechazarse la demanda por infundada. Pero no necesita ser presentado por entero ya en el escrito de demanda. Pues este último sólo debe indicar los hechos para fundar las peticiones (253, IV, con el 130, inciso 3); la alegación sobre los hechos es admisible hasta el cierre del debate oral (278 I; véase además el 335, I, inciso 3); y el 268, inciso 1, permite completar y rectificar las alegaciones sobre los hechos sin que por eso se considere modificada la demanda. Por ello, el precepto de que la demanda debe contener la indicación del fundamento de la acción planteada (253, II, inciso 2) no significa, como tampoco en el 690, inciso 3, o en KO 139 (véase RG 93, 14), que el escrito deba comprender todos los hechos de la demanda, ya que cualquiera de ellos puede presentarse posteriormente. El 253, II, inciso 2, exige solamente la indicación del fundamento de la acción; es decir, de acuerdo con el objeto del escrito de demanda, sólo una designación exacta de las circunstancias de hecho hasta tal punto que tribunal y demandado pueden conocer de qué objeto litigioso se trata; según esto no se exige substanciación, sino concreta indicación o individualización del estado de los hechos (véase infra, 91, II, 2 B). Esto no es la admisión de la llamada teoría de la individualización, que exige la individualización de la relación jurídica; sobre ella véase infra, III, 2".

"3. Otras consecuencias para la existencia de la acumulación de demandas, la excepción de litispendencia, la cuestión de la motificación de la demanda y la extensión de la autoridad de cosa juzgada".

"a) si la pretensión procesal se determina por lo pedido en la demanda y, en tanto ello necesite un fundamento, por las circunstancias de hecho presentadas para tal fin, resulta que la misma petición sólo puede originar una pretensión procesal. *Por eso, la llamada acumulación objetiva de demandas, es decir, la unión de varias pretensiones en un procedimiento de demanda (ZPO, 260, 145) puede existir sólo cuando se presenten varias peticiones (véase infra, 93, I); pero no cuando se funde la misma petición en varios fenómenos de la vida (como, por ejemplo, préstamos y letra de cambio, compra y reconocimiento de deuda, y semejantes) (25)".*

"aa. Sólo es objeto litigioso una pretensión procesal cuando el pasajero lesionado demanda indemnización, aun cuando haga derivar la misma pretensión de contrato, delito y responsabilidad (legal), o cuando se demande la entrega de una cosa basándose en BGB, 861, 1007 y 985. No es decisivo que el llamado "Tatbestand" abstracto sea distinto en todas las disposiciones indicadas, sino en el acontecimiento histórico (y la petición de demanda) sea el mismo (véase también RG, 126, 29 y s.s). Por eso es indiferente si las diversas disposiciones legales, que se aplican o pueden aplicarse a las circunstancias de hecho presentadas en el proceso, fundamentan una o varias pretensiones, desde el punto de vista del derecho civil. En el primer caso se habla de concurrencia legal (ejemplos: una pretensión se deduce de BGB, 823, I, 823, II, y 826 o de 812 y 816), aquí de concurrencia de pretensiones (26); ésta se daría en los ejemplos anteriores, ya que se originan las distintas pretensiones de contrato, responsabilidad (legal) y delito, de los 861, 1007 y 985, con contenido en parte distinto y distintas causas de extinción, excepciones, etc. A pesar de ello, no puede admitirse en ese caso una acumulación de demandas; se da el caso de ZPO, 146, de que se refiere a la demanda pretensión varios fundamentos de demanda (concordantes NEUMANN, ZZP, 59, 333). Así también en los casos en que los 511 a, IV o 547, inciso 2., sólo pueden aplicarse a uno de los varios puntos de vista jurídicos alegados como fundamento de la demanda (sobre esto véase infra, 135, II, 2; 140, II, 2b); habla acertadamente RG, 130, 402, de 'estado unitario de los hechos que hace aparecer fundada una pretensión basada en distintas disposiciones legales' o de 'varios fundamentos de la demanda' (véase además RG, 139, 280; Warn, 1939, 71). En otro caso debería haber también acumulación de demandas cuando la petición de la demanda se fundase sobre las mismas circunstancias de hecho capaces de calificaciones distintas, en derecho hereditario o legado, compra o comisión, préstamo o sociedad, gestión de negocios sin mandato o enriquecimiento (con razón, en contra, RG, 45, 316 y ss.); pues en todos esos casos existen pretensiones de derecho civil de especie distinta. Es así completamente contradictorio querer denegar en este caso la acumulación, y en otro admitirla (así por ejemplo, HELLWIG, Lehrb.. 27013, en contra página 263)".

"bb. Por el contrario, se da la acumulación de demandas (haciendo abstracción del caso evidente en que distintas peticiones se presenten basadas en distintos acontecimientos (RG, VZS, 27, 390; Recht, 1923, 552 SeuffArch., 77, 157); por ejemplo, cuando el vendedor demanda por el pago de precio, y para el caso de inexistencia o nulidad del contrato, por la devolución de la mercadería; o cuando el heredero exige del poseedor de la herencia la entrega de lo obtenido. (BGB, 2018) e información (2027); también la ZPO, 260, reconoce que varias pretensiones del actor pueden basarse en la misma causa, pues autoriza expresamente la acumulación de demandas 'también cuando varias pretensiones se fundan en distintas causas'. Tampoco aquí es decisivo que deba admitirse de acuerdo con el derecho civil una pretensión o una multiplicidad de ellas; cuando, por ejemplo, se exige como indemnización la restitución natural, y eventualmente una renta (843, III, I); o por enriquecimiento indebido, la devolución de la cosa adquirida o (818, I) eventualmente una compensación del valor (818, II), existe dede el punto de vista del derecho civil una pretensión y hay varias desde el procesal (no tenido en cuenta en RG, 126, 403-04; véase L. ROSENBERG, en Homenaje a Richard Schmidt, 1932, página 256). En el caso de una demanda de indemnización, a pesar de la suma uniforme de la demanda, inclusive deben admitirse tantas pretensiones procesales como exigencias de compensación planteadas en forma independiente (clstas de enfermedad, ropas dañadas, necesidades acrecentadas, etc.; RG, 151, 286; HRR, 1934, 649; 1935, 1077 y 1453; JW, 1933, 29491, 1934, 29748)".

"b) Los dos caracteres determinantes de la pretensión procesal, la petición y las circunstancias de hecho, resuelven también la cuestión de la *identidad* de las pretensiones procesales, que es decisiva para la *litispendencia* y la *modificación de la demanda*".

"aa. *Dos procesos tienen el mismo objeto litigioso cuando (entre las mismas partes, véase infra, 98, II, 2) se demanda la declaración del mismo derecho o relación jurídica, o se presenta basándose en el mismo suceso de la misma petición de demanda* (RG, 54, 50 y 51; 104, 156). Por eso, si se presenta sobre las minas circunstancias de hecho, por ejemplo, de indemnización, por el mismo actor contra el mismo demandado como en otra controvesia todavía pendiente, estará fundada la excepción de litisdependencia (263, II, inciso 1; 274, II, inciso 4; véase infra, 98), *aun cuando en el segundo proceso se tenga en cuenta otro punto de vista jurídico que el alegato en el primero (contrato, por ejemplo, en el primero, y responsabilidad legal o delito en el segundo) y de acuerdo con ello se destaquen conforme a las distintas tipicidades abstractas de las reglas jurídicas aplicables a distintos aspectos del mismo acontecimiento histórico (en un caso, el contrato; en el otro, la empresa creadora de responsabilidad o la culpa) y aun cuando en el primer proceso haya sido excluído expresamente por el actor el punto de vista jurídico (el contrato), estimado en el segundo".*

"bb. *Modificación de la demanda* es el cambio de la petición presentada, o allí donde la petición necesita un fundamento, de las circunstancias de hecho sobre que se demanda; es decir, el planteamiento de una nueva pretensión en lugar de la anterior o junto a ella (véase infra, 100). *Por ello debe negarse la modificación de la demanda cuando, a pesar de posibles cambios, se mantiene la identidad de la pretensión. Esto ocurre en particular cuando (véase el 268) la petición, y las circunstancias de hecho presentadas siguen siendo las mismas en su substancia y sólo tiene lugar otra forma de consideración jurídica, a la que se adapta la petición y, de acuerdo con la distinta tipicidad abstracta de la nueva norma jurídica, la anterior alegación de hechos mediante su complemento (268, inciso 1)".*

"También el Tribunal de Reich se atiene a este punto de vista (véase ZZP, 49, 55 y ss.; para esto también RG, 63, 269). En el caso varias veces citado en que se demandó la devolución de dinero entregado en razón de préstamo, se negó la modificación de la demanda cuando se la fundó en sociedad (RG, 98, 22). En el otro caso citado en 1 c, de demanda por entrega del producto del remate de unos cerdos embargados que serían propiedad de la actora, sólo en segunda instancia afirmó ésta que el demandado había atacado su propiedad por negligencia o de intento contra las buenas costumbres, y con ello originado daño; aun esto lo consideró el Tribunal de Reich solamente como complemento de la alegación anterior con indicación de otro punto de vista jurídico, y negó la modificación de demanda (JW, 1911, 9417). En el caso también señalado supra 1c, de RG, 105, 349, demandó el actor por indemnización en razón de contrato de compra y el tribunal, que estableció la nulidad del contrato, condenó por enriquecimiento indebido, reconociendo con ello que el paso de la demanda de contrato a la de enriquecimiento, por nulidad del contrato de compra que fundaba la demanda, en el caso de mantenerse la misma petición, no representaba un cambio de la demanda, sino únicamente del punto de vista jurídico (igualmente DR, 1939, 80332; Warn., 1939, 69; OLG, Konigsberg, LZ, 1932, 7781)".

"La demanda del fisco ferroviario por indemnización porque el demandado había recibido un vagón de huevos entregado por equivocación a él, se fundó en primera instancia en enriquecimiento y reconocimiento de deuda; y en segunda instancia, en acto ilícito, basándose en la nueva afirmación de mala fe del demandado. El Tribunal de Reich declaró que no existía modificación de la demanda, sino únicamente un complemento de la exposición de los hechos, de acuerdo con el 268, inciso 1, que no modificaba los elementos esenciales de la exposición anterior (Gruch Beitr., 54, 972)".

"Es evidente que los cambios en el fundamento de las relaciones jurídicas perjudiciales que no son objeto litigioso (véase supra, 2 b), por ejemplo, de la propiedad en el caso de la reivindicación (BGB, 985), tampoco producen modificación de la demanda (véase supra, 1 c in fine)".

"c) El objeto litigioso resuelve también sobre el *ámbito* objetivo de la autoridad de cosa juzgada (véase infra, 150): las sentencias sólo podrán alcanzar el carácter de firmes en cuanto resuelven sobre la pretensión ejercida mediante la demanda o la reconvención (322, I). El concepto de pretensión no puede ser aquí otro que el expuesto hasta ahora. La resolución sobre la pretensión la comprende en toda extensión en que se ha ejercido. *Si basándose en el mismo estado de cosas se han presentado varias pretensiones de derecho material (procesalmente: puntos de vista) que están en concurrencia legal o de pretensión, pero la sentencia resuelve sólo sobre un punto de vista jurídico, está impedido el actor por la autoridad de cosa juzgada para plantear un nuevo proceso las pretensiones (puntos de vista) no admitidas o desconocidas (27).* Otra cosa ocurre cuando el Tribunal no puede resolver sobre una pretensión de derecho material porque no era competente para ella (véase supra, 33, II, 2 in fine) o no se daba la vía judicial o porque en el proceso documental no podían presentarse para ella los documentos exigidos de acuerdo con el 592; pero no sucede esto cuando el tribunal no ha resuelto sobre la pretensión porque el actor se negó a substanciarla (de otro modo, RG, 50, 378 y ss.). Por el contrario, no está impedido el actor para alegar en un nuevo proceso una pretensión no resuelta por el tribunal, si la funda en otra circunstancia de hecho".

"Por ejemplo, se ha demandado por préstamo y una letra de cambio emitida sobre él, por compra y reconocimiento de deuda, por contrato de arrendamiento y propiedad; pero el tribunal ha fallado únicamente sobre las pretensiones de préstamo, compra o alquiler".

"Pero no es la pretensión objeto de la autoridad de cosa juzgada, sino la resolución dictada por el tribunal sobre la pretensión. *Mediante esta resolución desaparece la incertidumbre existente hasta entonces sobre la pretensión en el sentido de su calificación jurídica; ahora se afirma que el derecho (relación jurídica) ejercido como existente o inexistente existe o no existe, originado por contrato o (y) delito, por préstamo o sociedad, por posesión o (y) propiedad. Esto es importante en muchos sentidos".*

"Así, por ejemplo, para la compensabilidad (BGB, 393 y 394); para la embargabilidad, de acuerdo con LohnPFVO, del 30 de octubre de 1940; para la protección contra embargos, de acuerdo con LohnPFVO, 6; para curso (véase el ejemplo en Warn., 1933, 167) o crédito de la masa (así, por ejemplo, HRR, 1933, 1882), tiene importancia que la pretensión se origine en el BGB, 1373 o en el 1380 (RG, 164, 241), etc.".

"De opinión contraria: NIKSCH, ob. cit,, páginas 149, y ss. Pero no importa el que el actor no 'haya preguntado' por la calificación jurídica, sino el que las leyes regulan sus efectos de muchas maneras según la calificación jurídica de las pretensiones. ¿Y cómo podría establecérselos si no mediante la sentencia firme?".

"III. Relación de la exposición anterior con las teorías de la individualización y de la substanciación".

"I. Sobre la interpretación de las palabras del 253, II, inciso 2: 'indicación circunstanciada del fundamento de la pretensión', que reproduce un elemento determinante del objeto litigioso (véase supra, II, 2 a, a.), existen dos opiniones distintas, que llevan los nombres de *teoría de la individualización y teoría de la substanciación* (28). La primera entiende por esas palabras la indicación de los caracteres a través de los cuales se considerará la relación jurídica que forma el presupuesto de la consecuencia jurídica pretendida, y que como fundamento de la acción debe diferenciarse de otras relaciones jurídicas y, para ello, tiene por posible pero no necesaria la alegación de hechos. La otra entiende por ello sólo hechos y, como lo ha formulado el Tribunal de Reich, 'la suma de los hechos que son jurídicamente apropiados y necesarios para justificar la conclusión sobre el fundamento de la petición de la demanda' (JW, 1901, 4834); o como también

dice con frecuencia bajo la influencia romántica, siguiendo los motivos de la ZPO, 'la suma de aquellos hechos que junto con la determinada norma jurídica son necesarios y apropiados para hacer que aparezca como nacida la pretensión en la persona del actor, y al mismo tiempo como violada por el demandado' (SeuffArch., 78, 211; RG, 99, 176; HRR, 1928, 469). En los últimos tiempos, estas dos teorías se han aproximado, en tanto que también los representantes de la teoría de la individualización admiten que el actor se limita a la presentación de los hechos, en cuanto éstos se refieren a los elementos de individualización (véase infra, 91, II, 2 b) de la relación jurídica controvertida; y los representantes de la teoría de la substanciación no exigen ya en el escrito de demanda la presentación de todos los hechos que fundan el derecho, sino únicamente la de los 'esenciales'. Si bien así no parece ser muy grande la oposición en lo que se refiere al contenido del escrito de demanda, se señala todavía la diferencia de ambas teorías en lo relativo a la *doctrina de la modificación de la demanda y a la cuestión de la identidad, en cuanto a litispendencia y autoridad de cosa juzgada: la de la individualización admite la modificación de la demanda y niega la autoridad de cosa juzgada cuando se cambia la relación jurídica, aunque se mantengan iguales las circunstancias de hecho; en cambio, la de la substanciación admite cuando se cambian las circunstancias de hecho, aunque se mantenga el mismo punto de vista jurídico".*

"2. Nuestras consideraciones en II no pueden encuadrarse pura y simplemente ni en la teoría de la individualización ni en la de la substanciación; en primer lugar, porque ambas teorías determinan el objeto litigioso de acuerdo con puntos de vista de derecho material. Entre los propios sostenedores de la misma teoría existen muchas diferencias de opinión sobre sus consecuencias, en lo que respecta a la modificación de la demanda, la litispendencia y la autoridad de cosa juzgada, las cuales son diferencias de opinión sobre el concepto del objeto litigioso y no lo son sobre la interpretación del 253. Los resultados de un análisis fundamental del concepto de objeto litigioso no pueden concordar con ninguna de estas teorías".

"Nos separa de la teoría de la individualización la interpretación del fundamento de la pretensión, que también en nuestra opinión contiene sólo hechos (véase supra, II, w b), y no es la relación jurídica. En consecuencia, nos negamos a admitir la modificación de la demanda cuando a los hechos, que se mantienen los mismos y sólo se completan dentro de los límites del 268, inciso i, se aplica otro punto de vista jurídico. En esto parecemos sustentadores de la teoría de la substanciación. Pero, en realidad, no puede identificarse nuestra concepción con esta teoría. Si exigiese ésta, como al comienzo, la indicación en el escrito de demanda de todos los hechos que la fundan, se presentaría ya la diferencia para el 253, II, inciso 2; pues esta exigencia no es compatible con los 278 I; 335, inciso 1, y 268, inciso 1 (véase supra, II, 2 b). En cambio nos diferenciamos esencialmente de la teoría de la substanciación en cuanto determinamos el concepto de objeto litigioso, decisivo para la acumulación de demandas, la modificación de la demanda, la excepción de litispendencia y el ámbito de la autoridad de cosa juzgada, de acuerdo con la relación jurídica controvertida; pero sin admitir, como en la teoría de la individualización, que ésta sea la designada y calificada por el actor, sino aquella que es caracterizada por las circunstancias de hecho presentadas por el actor y por su petición, como lo hemos expuesto en II. Nuestra opinión tiene la aprobación de HANS WALSMANN, Z. F. ausl. u. intern. R. 2, 380 (1928); véanse además KARL MAYER, Auspruch u. Rechtskraft, página 8; ARTHUR NIKISCH, ob. cit." (Leo Rosenberg "Tratado de Derecho Procesal civil, Tomo II, páginas 19 y ss. y ee y ss.).

Ello quiere decir, que quien obtuvo una sentencia para efectos petroleros, de que el suelo salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, NO PODIA NI PUEDE DEMANDAR, NUEVAMENTE, IDENTIFICA DECLARACION PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA PROPIEDAD DE UNAS CALIZAS.

12. Es que, declarada judicialmente la situación jurídica en relación con el 28 de octubre de 1873, cualquier otra consecuencia jurídica, como la propiedad de otro mineral subordinado a la misma situación, tiene como TITULO LA LEY.

B.— EL CASO CONCRETO

1. Cementos NARE S. A., demostró tener a su favor una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de septiembre de 1957 en la cual se dispuso:

"La Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, *declara:*"

"Primero. La porción de terreno situada en el Municipio de Puerto Berrío, departamento de Antioquia, alinderada en el hecho 6o. de la demanda, de una extensión aproximada de cinco mil hectáreas, y comprendida dentro del área del contrato celebrado entre la Nación y la Florida Petroleum Company a que se refiere el hecho 3o. de la misma demanda, en calidad de porción integrante del terreno de 'Islitas', salió de patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

"Segundo. *Como consecuencia de la declaración anterior, el subsuelo petrolífero de la porción territorial mencionada y cubierta por el área del contrato celebrado con la Florida Petroleum Compay, es propiedad de los dueños de dicha porción de terreno".*

"Tercero. La porción de terreno situada en el Municipio de Puerto Berrío, departamento de Antioquia, alinderada en el hecho 7o. de la demanda, de una extensión aproximada de seiscientas hectáreas y comprendida dentro del área del contrato celebrado con la Florida Petroleum Company de que da cuenta el hecho 3o. de la misma demanda, en calidad de porción integrante del terreno de 'jabonales', salió igualmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

"Cuarto. *Como consecuencia de la declaración anterior, el subsuelo petrolífero de la porción territorial mencionada y cubierta por el área del contrato celebrado con la Florida Petroleum Company, es propiedad de los dueños de dicha porción territorial".*

2. Demostró estar explotando, técnica y comercialmente, las minas de caliza existentes en el subsuelo de su propiedad, desde mucho antes de la expedición de la Ley 20 de 1969.

3. Luego. El derecho de propiedad de las citadas minas calizas ES INDISCUTIBLE, ES UN DERECHO ADQUIRIDO CONCRETO, PERFECTO E INDIVIDUALIZADO.

4. La sentencia CONFUNDE los requisitos de la "situación jurídica" o "derecho adquirido" en relación con el derecho a la mina por ACCESION, con los requisitos exigidos por la ley para CONSERVARLO como son entre otros, el de la "explotación".

Bogotá, noviembre 21 de 1984.

Jorge Valencia Arango.

CAPITULO V

SUSPENSIONES PROVISIONALES

DE RESOLUCIONES MINISTERIALES

SUSPENSION COLECTIVA DE LABORES.— Declaratoria de ilegalidad. Revocación del acto de declaratoria de ilegalidad. SUSPENSION PROVISIONAL. 1. Tratándose de la acción de nulidad, la suspensión provisional es procedente cuando hay manifiesta violación de una norma superior, percibida a través de una sencilla comparación entre el acto demandado y tal norma, conforme lo señala el artículo 152 del Decreto 01 de 1984. 2. Para acciones diferentes de las de simple nulidad exige la norma citada, que debe acreditarse, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor. Suspensión provisional de la Resolución No. 04177 de noviembre 22 de 1983 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Consejero ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**
Referencia: Expediente No. 11153.
Actor: **Gaseosas Boyacá S.A. (Emilio Rodas Camacho).** Suspensión Provisional.

Por reunir los requisitos legales admítese la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad, promueve la sociedad GASEOSAS BOYACA S.A., por conducto de apoderado.

En tal virtud se dispone:

1o. Notifíquese la admisión de la demanda en los términos del artículo 207 del Decreto 01 de 1984.

2o. Fíjese el negocio en lista por el término de diez días, para los efectos legales pertinentes.

3o. Solicítense los antecedentes administrativos del caso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

4o. Reconócese al doctor FRANCISCO ELADIO GOMEZ G. como apoderado de la sociedad GASEOSAS BOYACA S.A., en los términos y para los efectos del poder visible a folio 1 del expediente.

SUSPENSION PROVISIONAL

En ejercicio del contencioso de anulación, la sociedad GASEOSAS BOYACA S.A. demanda la nulidad de la Resolución No. 84177 de noviembre 22 de 1983 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se revocó directamente el artículo 2o., de la Resolución No. 03163 de agosto 30 de 1983 mediante la cual se había declarado ilegal la suspensión colectiva de actividades realizadas por un grupo de trabajadores de esa empresa. En el artículo que fue revocado directamente se atribuía a la empresa la facultad legal de terminar en forma unilateral los contratos de trabajo de quienes hubieren intervenido o participado en el cese de actividades.

Sostiene la parte demandante que "la resolución acusada es manifiestamente violatoria de diversas normas positivas, con ella se está causando un perjuicio notoriamente grave a la sociedad demandante GASEOSAS BOYACA S.A., y la suspensión no está prohibida por la ley" (folio 36). Cita, entre las normas violadas, el artículo 24 del Decreto 2739 de 1969, el artículo 5o. de la Ley 58 de 1982, y el numeral 2 del artículo 450 del Código Sustantivo de Trabajo y afirma que "de la simple comparación entre las normas citadas y el acto administrativo acusado surge, de manera evidente, ostensible, *prima facie*, la violación de ellas" (folio 39) y agrega que a la demandante se le está causando un perjuicio que "surge con caracteres de evidencia de las distintas demandas que los extrabajadores presentaron contra GASEOSAS BOYACA S.A. ante el Juzgado Laboral del Circuíto de Tunja, trabajadores cuyo despido había sido autorizado por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Boyacá" (folio 39).

Se procede a resolver lo pertinente con fundamento en las disposiciones del Decreto 01 de 1984, vigente a partir del 1o. de marzo de 1984.

Dispone el artículo 152 (Decreto 01 de 1984) del estatuto en mención que la suspensión provisional es procedente cuando, tratándose de la acción de nulidad, se observa manifiesta violación de una norma superior "a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas". Y agrega que, si se trata de una acción distinta, "deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor".

Observa la Sala que la acción promovida es la de simple nulidad. Sin embargo, el acto censurado se combate con argumentos que corresponden a la acción de restablecimiento del derecho. Se afirma, en efecto, que la Resolución No. 03163 de agosto 30 de 1983, cuyo artículo 2o. fue revocado directamente por el acto acusado, creó a favor de GASEOSAS BOYACA S.A. una situación jurídica individual y concreta consistente en el derecho de despedir a los trabajadores que hubieren intervenido o participado en el cese de actividades declarado ilegal por el propio Ministerio, situación que ha resultado ignorada y desconocida al haberse adoptado la decisión que se impugna con clara violación de las normas que se invocan (folios 29-30, 31, 32, 33, 34, 35, 37). Es situación individual y concreta, explica el demandante, por cuanto la resolución revocada "se refiere a una persona concreta, la sociedad GASEOSAS BOYACA S.A, y a la facultad de despedir a unos trabajadores determinados, a quienes hubieran intervenido o participado en la suspensión colectiva de actividades ..." (folio 33).

Hecha la anterior aclaración, se estudia la situación planteada por la entidad demandante.

Evidentemente la Resolución No. 03163 de agosto 30 de 1983 no se refiere a una situación general y abstracta, con formulación de supuestos jurídicos para eventualidades hipotéticas sino a un caso concreto y real, a una ocurrencia en el tiempo y en el espacio para la cual se crea, en forma específica, un derecho a favor de la sociedad GASEOSAS BOYACA S.A.

Al revocarse el artículo 2o., de la mencionada resolución mendiante el procedimiento directo utilizado, forzosamente resultó conculcada la disposición legal contenida en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, entonces vigente.

Conforme a esta disposición, era imperioso obtener el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho creado por el acto administrativo que se revocaba. No lo hizo así el Ministerio de Trabajo.

Por el contrario, dedicó la parte motiva de la providencia a sustentar la peregrina tesis en que la resolución 03163 es un acto administrativo de carácter general y objetivo que "no crea situaciones jurídicas personales" por cuanto "en ningún momento autoriza al despido de trabajador alguno en particular" (folio 8).

Tratándose de la acción de nulidad, la suspensión provisional es procedente cuando hay manifiesta violación de una norma superior, percibida a través de una sencilla comparación entre el acto demandado y tal norma, conforme lo señala el artículo 152 del Decreto 01 de 1984. No es éste el caso, pues, según se expone en esta misma providencia, el planteamiento de la parte actora tiene las características propias de una acción de restablecimiento del derecho. Ahora bien, para acciones diferentes de las de simple nulidad exige la norma citada que debe acreditarse, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor.

En el *sub lite* el perjuicio se evidencia en las constancias que se acompañaron, expedidas por el Juzgado Laboral del Circuito de Tunja acerca de las demandas promovidas por algunos de los trabajadores que habían sido despedidos con arreglo a la resolución No. 03163 revocada a través del acto que se acusa.

Procede, por lo tanto, la suspensión provisional.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala Unitaria decreta la suspensión provisional de la Resolución No. 04177 de noviembre 22 de 1983 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SINDICATOS.— (Suspensión provisional).— El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el caso *sub-júdice*, al reconocer personería jurídica a la agremiación demandada, no tuvo en cuenta que todos sus miembros tenían la calidad de empleados públicos y no existían trabajadores oficiales que pudieran fundar la Asociación que aquí se acusa.

Suspéndese provisionalmente la Resolución número 1579 del 28 de mayo de 1974, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio Número 11600.
Actor: **Jaime Franco López.**

En demanda presentada ante esta Corporación, el doctor JAIME FRANCO LOPEZ, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita de esta Corporación la nulidad de la Resolución número 1579 del 28 de mayo de 1974, originaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de la cual se reconoció personería a la Organización Sindical de Primer Grado y de base, denominada "Sindicato de Trabajadores del Instituto Psiquiátrico San Camilo" con domicilio en la ciudad de Bucaramanga.

Como la demanda reune los requisitos establecidos en el artículo 137 del Decreto 01 de 1984, habrá de admitirse y teniendo en cuenta que en ella se solicita la Suspensión Provisional de la Resolución impugnada, la Sala procede previamente a su estudio, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 158 ibídem.

La demanda que da origen al presente proceso se difiere a impugnar la legalidad de la Resolución 1579 de 1974, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de la cual se reconoció personería jurídica a la Organización Sindical de Primer Grado y de base denominada "Sindicato de Trabajadores del Hospital Psiquiátrico San Camilo" por estimarse, según el actor, que dada la naturaleza jurídica del referido Hospital, todos sus empleados tienen categoría de públicos y, por consiguiente, sus servidores están sometidos a las normas del derecho público. Alega igualmente que en la referida institución, por la índole propia de sus funciones no existen trabajadores oficiales, de tal suerte que puedan formar y obtener el reconocimiento de una agremiación sindical como la demandada, tal como lo certifica el Jefe de la División de Vigilancia de Instituciones y Profesiones del Ministerio de Salud visible a folio 69 del expediente.

Ahora bien, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968, "Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y el sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

"Visto el contenido de la disposición anterior, para la Sala no cabe duda de que el Hospital Psiquiátrico San Camilo de la ciudad de Bucaramanga, tiene desde su creación, la calidad de establecimiento público sometido, por tanto, a las normas del derecho público, pues en él se reunen a cabalidad los presupuestos que la ley exige para su existencia, tales como Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente".

Este supuesto, conduce necesariamente a predicar que los servidores son empleados públicos, pues como ya se vio, en los estatutos "no se encuentran actividades de construcción ni de sostenimiento de obras públicas, como tampoco se presisaron en ellos actividades desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

En las condiciones expuestas, resulta ostensible la relación de los preceptos indicados como infringidos, ya que el Ministerio al reconocer la personería jurídica a la agremiación demandada, no tuvo en cuenta que todos sus miembros tenían la calidad de empleados públicos y no existían trabajadores oficiales que pudieran fundar la Asociación que aquí se acusa. O sea, pues, que al reconocer facultades y derechos a quienes legalmente no les corresponde, se violan en forma flagrante los artículos 269, 409 y 414 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime cuando para hacer tal deducción,

se necesita realizar un estudio profundo del caso debatido, sino ello es el resultado de una simple comparación normativa que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de las consideraciones precedentes, esta Sala Unitaria

RESUELVE:

Por reunir los requisitos legales, admítese la anterior demanda de simple nulidad que en su propio nombre promovió el Doctor JAIME FRANCO LOPEZ, y para su trámite se dispone:

Notifíquese personalmente al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Notifíquese personalmente al señor Fiscal 4o. de la Corporación y al señor Presidente de la Organización Sindical de Primer Grado y de Base denominada "Sindicato de Trabajadores del Instituto Psiquiátrico "San Camilo", de la ciudad de Bucaramanga. Para este efecto, comisiónase al Tribunal Administrativo de Santander. Líbrese el Despacho respectivo, con los insertos pertinentes.

Fíjese el presente asunto en lista, por el término y para los efectos de que trata el numeral 3o. del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Solicítese al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el envío de todos los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de la resolución acusada.

Suspéndase provisionalmente la Resolución número 1579 del 28 de mayo de 1974, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— PRUEBAS.— (artículo 152 Decreto 01 de 1984). REQUISITOS.— 1. Tanto en la acción de nulidad como en la de restablecimiento del derecho violado, se puede efectuar un examen de las pruebas aportadas. 2. Requisitos exigidos según la acción. SUSPENSION Y TERMINACION DE LOS CONTRATOS.— FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO Y DESPIDOS COLECTIVOS.— DIFERENCIAS.— 1.— En la suspensión o terminación del contrato por fuerza mayor o caso fortuito solamente se está obligado a dar aviso con anticipación al Inspector del trabajo a fin de que éste compruebe la necesidad de dar por terminados los contratos de trabajo, por la causal ya indicada (artículo 51 No. 1o. Código Sustantivo del Trabajo, 466 ibídem, Decreto-Ley 2351 de 1965, artículos 6o., 40, Decreto Reglamentario 1469 de 1978 artículos 37, 39 y 44). 2. En los despidos colectivos, el patrono está obligado a solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo, antes del diligenciamiento colectivo de personal.

Suspéndese provisionalmente las Resoluciones Nos. 04170 de noviembre 21 de 1983, proferida por la Dirección General del Trabajo del Ministerio del Ramo, Resolución No. 0151 de 4 de agosto de 1983 proferida por el Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico. Resolución No. 0192 de 1o. de septiembre de 1983, proferida por el Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico y Resolución No. 080 de 16 de septiembre de 1983, proferida por el Jefe de la División de Relaciones colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., octubre cinco (5) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

SUSPENSION PROVISIONAL

Referencia: Expediente Número 10892. Ministerio.

Actora: **Fábrica de Hilazas Vanylón S.A.**

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, por el señor apoderado de la FABRICA DE HILAZAS VANYLON S.A., domiciliada en Barranquilla, además de las peticiones visibles a folios 155 a 157, solicitó la suspensión provisional de las siguientes resoluciones:

A.— La No. 04170 de 21 de noviembre de 1983, proferida por la Dirección General del Trabajo, en la cual se dispuso: "ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución 0151 del 4 de agosto de 1983, proferida por el Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico ...".

B.— La Resolución No. 0151 de 4 de agosto de 1983, expedida por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, en la cual se dispuso: "ARTICULO PRIMERO: Declarar que se configuró el despido colectivo de todos los trabajadores en la empresa FABRICA DE HILAZAS VANYLON S.A.— ARTICULO SEGUNDO: Sancionar a la empresa FABRICA DE HILAZAS VANYLON S.A., con multa de diez MIL PESOS ($ 10.000.oo) a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" por la violación a las disposiciones citadas en la parte motiva de esta providencia".

C.— Resolución No. 0192 de 1o. de septiembre de 1983, proferida por la División del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, en cuanto dispuso: "ARTICULO PRIMERO.— Modificar el artículo 1o. de la resolución recurrida el cual quedará así: Declarar que se configuró el despido colectivo de todos los trabajadores de la FABRICA DE HILAZAS VANYLON S.A. realizado el seis (6) de abril de 1983". "ARTICULO SEGUNDO: No reponer el artículo segundo de la providencia recurrida".

D.— Resolución No. 080 de 16 de septiembre de 1983, expedida por la División de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, en cuanto dispuso: "ARTICULO SEGUNDO.— Revocar, como en efecto se revocan, los artículos 2 - 3 y parágrafo de la resolución antes citada, ya que dichos resultados si bien es cierto señalan situaciones producidas por el siniestro, no es menos cierto que estas conllevan a su vez situaciones que no les son dables conocer a este Despacho sino a los Jueces del Trabajo todo lo anterior de conformidad con la parte motiva de la presente providencia".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Sea lo primero hacer énfasis en que de conformidad con el artículo 152 del actual Código Contencioso Administrativo, tanto el Consejo de Estado como los Tribunales Administrativos, podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas: "Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, *o del examen de las pruebas aportadas.* (Se subraya). Si la acción ejercitada es distinta de la de nulidad del acto deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella. Que la suspensión no esté prohibida por la ley".

Dedúcese de lo anterior, que al contrario de lo que disponía el otro estatuto contencioso administrativo y la doctrina del Consejo de Estado, para resolver sobre la suspensión de uno o más actos administrativos, no era posible entrar a estudiar pruebas, pues tal medida no debía fundarse en cuestiones de hecho respecto de las cuales solo debería juzgarse cuando se hubiera acreditado debidamente dentro del juicio. De ahí que se hubiera dicho, en innumerables providencias, que la suspensión provisional no podía decretarse sino únicamente cuando se tratara de cuestiones de derecho, debiéndose tener en cuenta que la manifiesta violación de una norma solo podía operar cuando se advirtiera a primera vista, sin lugar a emprender un estudio de fondo de la controversia. Empero, como se ve del artículo 152 que se examina, tanto en la acción de nulidad como en la de restablecimiento del derecho violado, se puede efectuar un examen de las pruebas aportadas y esto es lo que debe hacer la Sala Unitaria en el caso de estudio para saber si le asiste la razón en su pretensión a la parte demandante.

Dan cuenta los autos que con fechas 7 y 8 de diciembre de 1982 se presentó en la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., en Barranquilla, un incendio que destruyó varias de las secciones de la fábrica, como lo demuestran las documentales que aparecen a folios 2 y ss. del informativo. Con ocasión de dicho desastre, la mencionada empresa se vio obligada, por fuerza mayor, a comunicar a sus trabajadores que suspendía los contratos de trabajo desde la fecha del mismo, con apoyo en lo dispuesto "en los términos de los artículos 51 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo y hasta por el máximo legal de 120 días, salvo que por acuerdo de ambas partes, se anticipe la terminación del contrato con la consecuencial liquidación de las correspondientes deudas laborales ...".

De otro lado, la nombrada sociedad, se dirigió, el 14 de los mismos mes y año, al Director de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, a fin de solicitarle se sirviera practicar una inspección ocular en las dependencias de la fábrica, "con el objeto de constatar las circunstancias de fuerza mayor, que imponen la suspensión de los contratos de trabajo de los trabajadores de algunas secciones de la fábrica", como consecuencia del referido incendio.

La solicitud, de que se da cuenta, dio lugar a que el Ministerio de Trabajo, por intermedio de la División, ya citada, llevara a cabo la Inspección Ocular y, al efecto, elaboró el Acta No. 0285 en la cual aparecen los daños que sufrió la fábrica en varias de sus secciones y que impidieron que los trabajadores pudieran continuar prestando sus servicios, como lo venían haciendo.

Aparece también a folios 12 y ss. dos dictámenes periciales rendidos por Nicolás Vizval Barrios, a petición de la Empresa y Gilberto Villegas y Jesús Ferreira Vega, quienes rindieron sus conceptos dentro de la investigación que llevó a cabo uno de los funcionarios del Ministerio de Trabajo y que fueron designados uno en representación de los trabajadores y otro en representación de la fábrica. Los tres experticios son similares y de ello se desprende lo siguiente:

"El objeto social de la Empresa es la producción de Hilaza de Nylon en las modalidades de hilazas rígidas, carretes de urdidor, e hilaza de nylón texturizado.

"Para lograr cualquiera de estos tres productos se requiere el proceso completo del nylon a partir de caprolactama líquida en cual comprende las etas de Polimerización, Hilatura, y los procesos complementarios como Urdido y Texturizado.

"El estado actual de las instalaciones industriales no permite la fabricación de ninguno de los materiales antes mencionados ya que el proceso se encuentra interrumpido por falta del estirado de las hilazas ...".

"... 1. El estado actual de los equipos en general no permiten la producción de hilaza.

"2. El estado general de la maquinaria se puede describir de la siguiente forma:

a) SERVICIOS: Calderas, subestación eléctrica, planta generadora de energía diesel y a gas, planta de refrigeración, planta de tratamiento de agua están en buen estado y por lo tanto podrían operar de inmediato.

b) Polimerización: Los equipos de producción no presentan averías que impidan la iniciación de preparación para ser puestos en marcha. Los servicios de esta sección, aire acondicionado y energía no presentan inconvenientes para su operación.

c) HILATURA: Los equipos de producción podrían entrar en funcionamiento en forma rápida mediante la importación rapida de algunos accesorios como boquillas, bombas de hilar. Los servicios de energía y aire acondicionado están en buenas condiciones y en general solamente requerirían de pequeñas reparaciones en el alumbrado.

d) SALON DE ACONDICIONAMIENTO: Requiere de su rehabilitación total incluyendo la reconstrucción de los ductos de aire acondicionado.

e) ESTIRADORAS: En su totalidad todas las máquinas están en malas condiciones. El aire acondicionado requiere la reconstrucción completa de los ductos y la instalación del falso cielo para la distribución homogénea del aire acondicionado. Las instalaciones eléctricas de distribución y acometidas deben ser hechas de nuevo en su totalidad.

f) URDIDORAS: Igual que en la Sección de Estiradoras, los daños dejas (sic) fuera de operación la totalidad de las máquinas.

g) TEXTURIZADORAS: Tanto en el nivel 16:25 como en el nivel 5:50, los desperfectos de la maquinaria se pueden solucionar relativamente fácil. Las acometidas eléctricas, tableros de distribución y ductos de aire acondicionado, requieren revisión, reparación y limpieza".

"3. Dar una respuesta en los términos que se plantean, la 3a., pregunta presentada por el Sindicato en el cuestionario, es difícil ya que la imposibilidad de reiniciar el proceso no radica solamente en cuántas máquinas están más o menos deterioradas si no, en que tratándose de un proceso integrado no se puede prescindir de ninguna de sus etapas intermedias. En el caso que nos ocupa, el proceso de estirado está completamente paralizado interrumpiendo el proceso de producción normal de hilaza de nylon y por lo tanto en esta situación no se requiere ningún personal de producción".

"RESPUESTAS AL CUESTIONARIO PRESENTADO POR EL REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES DOCTOR ORLANDO PEREZ CONTRERAS.

1. Diga si la sección de retorcedora puede funcionar con el promedio del 50% de las maquinarias que no sufrieron tanto daño en el incendio y si puede dar basto para toda la producción.

RESPUESTA:

La Sección de Retorcedora está actualmente fuera de servicio en su totalidad y el daño sufrido por las máquinas y (la) sus instalaciones eléctricas y de aire acondicionado son de tal magnitud que no permiten atender la producción. En cuanto a los equipos unos quince (15) máquinas aproximadamente pueden ser reparadas mediante la importación de repuestos y accesorios. En la actualidad no es posible procesar ningún material en esta Sección".

"2. Digan los peritos si en la sección de hilandería que no sufrió ningún daño por el efecto del incendio y que solamente se encuentra "Humada" pueden funcionar.

RESPUESTA:

La Sección de Hilandería puede funcionar normalmente, pero su producción no representa ninguna utilidad ya que los procesos posteriores son imprencindibles (sic) para la terminación de la hilaza".

"3. Digan los peritos si las Secciones de "Embobinado", Urdidora y Texturizado pueden funcionar.

RESPUESTA:

La Sección de Embobinado sí puede funcionar como parte integral de la Hilatura. Las Urdidoras y Texturizadoras no pueden funcionar".

"4. Digan los peritos si las secciones de Laboratorio de nitrógeno y demás se encuentran en buenas condiciones y a la vez de nitrógeno está en condiciones de comenzar a laborar.

RESPUESTA:

La pregunta es bastante confusa, por lo tanto nos abstenemos a responderla".

"5. Digan los peritos si la sección de Poli está en condiciones de producir en un menor tiempo posible cuando se le hagan las respectivas limpiezas.

RESPUESTA:

La Sección de Polimerización sí está en condiciones de entrar en producción una vez se terminen las operaciones de preparación y limpieza, pero su producción no se podría comercializar sin tener completa la planta de terminación de la hilaza".

"6. Digan los peritos que las secciones de máquina sea "catarpilas" donde se produce energía pueden funcionar. Donde se produce el aire y el agua para los aires acondicionados.

RESPUESTA:

Las Plantas de Generación Eléctrica todas pueden funcionar. Las instalaciones de Refrigeración para aire acondicionado en lo que se refiere a equipos de refrigeración están en perfectas condiciones".

"7. Digan los peritos si el aire o sea los canales pueden prestar servicios a las secciones de hilandería, curtidoras y retrocedoras.

RESPUESTA:

En Hilandería los ductos de la instalación de aire acondicionado, están en perfectas condiciones. En las Urdidoras es necesario su reconstrucción total igual que en la Retorcedora".

Y a folios 30 y ss. del informativo aparecen los pedidos que la empresa demandante hizo a varias firmas extranjeras, con el objeto de importar aquellos equipos y repuestos necesarios con el ánimo de que en un futuro, ésta pudiera entrar nuevamente en funcionamiento en su totalidad.

Finalmente, y en cuanto a este primer aspecto se refiere, deberá hacerse alusión a la constancia emitida por el Cuerpo de Bomberos de Barranquilla, según la cual la Empresa accionante recibió daños en sus instalaciones con motivo del incendio que tuvo lugar en los días 7 y 8 de diciembre de 1982, en un 75% (Aproximadamente).

Pero, si las anteriores probanzas no fueran suficientes en orden a demostrar que sí existió fuerza mayor por parte de la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., lo cual dio lugar a la suspensión de los contratos de trabajo, la Sala quiere hacer especial hincapié en la Resolución No. 0034 de 29 de abril de 1983 dictada por el Inspector Nacional de Trabajo de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, en la cual después de haberse llevado a cabo una exhaustiva investigación en el sitio donde funciona la Empresa demandante y con apoyo en los dictámenes periciales, antes examinados, se llegó a la conclusión de que la empresa sufrió daños considerables en parte de sus instalaciones y que en tal virtud tuvo que acogerse "al evento de fuerza mayor contemplado en el ordinal 1o. del artículo 51 del Código Sustantivo de Trabajo y al Decreto 2351 de 1965 artículo 6o. ordinal f)..." de todo lo cual resulta inobjetable "que las consecuencias del siniestro persisten imposibilitando la reanudación normal o recuperación inmediata de la empresa".

De lo anterior se tiene: Que la empresa demandante demostró ante las autoridades administrativas del trabajo y en este proceso, de manera fehaciente, que a virtud de habérsele presentado un caso de fuerza mayor que es "el imprevisto a que no es posible resistir", se vio precisada a suspender, en una primera etapa, los contratos de trabajo de sus trabajadores por 120 días, con apoyo en lo que, al respecto, disponen claros y expresos preceptos legales. Y como antes de vencerse el referido término era un hecho real la no reanudación de los contratos, conforme lo establecieron los dictámenes periciales, antes examinados, en la llamada "Acta de Constatación No. 0106" que llevó a cabo el Ministerio de Trabajo el 4 de abril de 1983 y en la Resolución No. 0034 de 29 de los mismos mes y año, proferida por la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico de folios 119 a 124, la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., dirigió a sus trabajadores una circular, fechada el 6 de abril de 1983 (un día antes de vencerse los 120 días de suspensión de los contratos) en la cual les expresa que ante la imposibilidad de reanudar las actividades, se veía obligada a terminar los contratos de trabajo, a partir de la fecha ya indicada y que, por lo tanto, podían recibir el valor de sus prestaciones sociales en el Banco Anglo Colom-

biano Oficina Principal. Esta situación dio lugar a que los trabajadores consideraran que se había configurado un despido colectivo y, al efecto, acudieron a las autoridades administrativas de trabajo para que estas iniciaran la correspondiente investigación y, si era el caso, impusieran las sanciones que consideraran pertinentes. Fue así como se dictaron las resoluciones demandadas, por medio de las cuales se revocó la 0034 de abril 29 de 1983 ya examinada, en la cual el Ministerio de Trabajo había declarado que la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., sufrió daños considerables en parte de sus instalaciones, con motivo del incendio, a que se refieren las pruebas que dicha autoridad tuvo en cuenta previa la investigación que el caso requería.

Y sea esta la oportunidad para demostrar extrañeza frente al proceder de las autoridades administrativas del trabajo en esta segunda etapa, pues pasaron por alto pruebas que de haber sido examinadas, otro hubiera sido el resultado. En efecto, en las resoluciones acusadas se hizo caso omiso de una documental que para esta Sala Unitaria reviste singular importancia y es definitiva para resolver el punto relativo con la terminación de los contratos de trabajo.

Al efecto: En el Acta de Constatación No. 0106, a la cual ya se hizo referencia, la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico celebrada 3 días antes de vencerse los 120 días de suspensión de los contratos de trabajo, el funcionario respectivo dejó las siguientes constancias:

"SECCION DE POLIMERIZACION: Totalmente paralizada sin personal y a media iluminación ...".

"LABORATORIO QUIMICO: Igualmente paralizado sin personal".

"HILANDERIA: Totalmente paralizada".

"SECCION ESTIRADORA: Estantería vacía, productos quemados, se encuentra personal haciendo limpieza. Se observan maquinarias deformadas, los ductos de aire dañados por acción del fuego".

"SECCION DE EMPAQUE Y DESPACHO: Se nota la acción del fuego en los techos destruidos, material dañado. Personal en labor de limpieza".

"SECCION TEXTURIZADO: Totalmente paralizado, estantes vacíos, con media iluminación provisional".

"SECCION URDIDORA: Totalmente paralizada, copses de hilaza dañados por la acción del fuego, iluminación parcial".

"SECCIONES TALLER DE INSTRUMENTO, BOQUILLA Y DE HILANDERIA Y BODEGA DE ALMACEN: Se observan los salones totalmente vacíos y algún material de desecho y equipos destruidos por la acción del fuego sin personal. Se observa también la total desaparición de las acometidas eléctricas".

Y en la misma acta, aparece la siguiente constancia que la Sala Unitaria se permite destacar para poner de presente que con ella se demuestra, en forma indubitable, que los mismos representantes del Sindicato de la empresa demandante, estaban convencidos de la imposibilidad de reanudar labores al vencimiento de los 120 días que tendría lugar el 7 de abril de 1983.

Dice así la mencionada constancia:

"En este estado de la diligencia la suscrita funcionaria inquiere la presencia de algún miembro del Sindicato y estando presentes los señores Fernando Galindo, Presidente del Sindicato de Trabajadores de Fábrica de Hilazas Vanylón S.A. y Tirso Andueza, Revisor Fiscal de la Organización sindical mencionada, la suscrita funcionaria le solicita manifiesten si en las condiciones actuales la Empresa puede reiniciar sus actividades normales. El Sr. Fernando Galindo contestó: En las condiciones actuales la empresa no puede reiniciar labores el día 7 de abril del presente año. El Sr. Tirso Andueza contestó: Estoy de acuerdo con lo manifestado por el compañero y la funcionaria así puede constatarlo".

Por último, y en cuanto respecta a este segundo aspecto de la controversia, este Despacho quiere hacer también especial hincapié en la nota de folios 117 a 118 del expediente que aunque fue enviada a la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, por la Fábrica accionante, algunos días después de haber dado por terminado los contratos de trabajo, (abril 13 de 1983), sin embargo no tiene virtualidad alguna, como lo creyeron los funcionarios del Ministerio de Trabajo, en orden a que se afirme que Vanylón no dio oportuno aviso a las autoridades del Ramo acerca de la terminación de los contratos de trabajo con motivo de que se cumplían los 120 días de suspensión temporal a que se refiere la ley. Y no tiene ninguna incidencia porque es fácil concluir que lo que hizo Vanylón fue ratificar en esa nota lo que ya había hecho en oficio de marzo 30 de 1983 (radicado en el Ministerio de Trabajo —Secretaría General), como lo dice el Acta de Constatación, y en el cual se pedía una nueva Inspección a las instalaciones de la fábrica con el fin de que se estableciera que no se podían reanudar trabajos el día 7 de abril de 1983 o en los días siguientes a dicha fecha.

En cambio sí se le debe dar especial trascendencia a su contenido, pues según uno de los apartes, la empresa consideró que "La producción dependerá entonces del arranque definitivo de las líneas y de los niveles de producción y ventas que en cada una de ellas se vaya logrando; porque el problema futuro de la empresa no estará solo en producir sino en recuperar los mercados nacionales que durante la suspensión de actividades se desviaron hacia la competencia. EN ESTE SENTIDO LA EMPRESA PROYECTA DESARROLLAR UN PROGRAMA DE CONTRATACION LABORAL PARA ATENDER LA PRODUCCION Y VENTA DE SUS PRODUCTOS PREFIRIENDO AL PERSONAL QUE ESTABA LABORANDO EN LAS LINEAS DE PRODUCCION EL 7 DE DICIEMBRE DE 1982, siempre que dicho personal esté disponible en el momento en que la empresa lo requiera. Y agrega: LA PROYECCION DE LA EMPRESA ASPIRA A LOS SIGUIENTES NIVELES DE VENTA DE HILAZA RIGIDA Y OCUPACION LABORAL; LAS PRIMERAS 45 TONELADAS, 150 PERSONAS EN TOTAL; Y DE AHI EN ADELANTE 25 PERSONAS ADICIONALES POR CADA 45 TONELADAS DE INCREMENTO EN LAS VENTAS, APROXIMADAMENTE. CON ESTA PROYECCION LA EMPRESA ASPIRA A RECUPERAR SUS NIVELES DE PRODUCCION EN ETAPAS SUCESIVAS, Y A LA MAYOR BREVEDAD POSIBLE. UN DESARROLLO TAL BENEFICIARIA EL MERCADO LABORAL LOCAL Y SUSTITUIRIA IMPORTACIONES DE US$ 750.000.oo MES APROXIMADAMENTE. DESEARIAMOS QUE ESTA MERIDIANA PRESENTACION DE LOS HECHOS SIRVIERA PARA CLARIFICAR CUALQUIER DUDA DEL MINISTERIO CON RESPECTO A NUESTRA POSICION". (Mayúsculas de la Sala Unitaria).

Y aunque la misma sociedad demandante lo confiesa, en la nota de que se da cuenta, que se vio en la necesidad de tener a disposición 98 trabajadores para las áreas técnicas, administrativas y auxiliares, ello no demuestra que la fuerza mayor hubiera desaparecido, pues no debe perderse de vista que esta no solo puede ser transitoria, sino continuada o indefinida y más aún convertirse en definitiva y para los efectos, valgan los ejemplos que trae la demanda así: "El dueño de un predio inundado estará en

imposibilidad de ararlo mientras subsista la inundación; un violinista que sufre la amputación de una mano estará indefinidamente sometido a un estado de fuerza mayor para tocar el violín. Los resultados en los anteriores casos son el resultado del arado de la tierra y la ejecución de la partitura musical producida por los sonidos del violín. Esos resultados son materia susceptible de cantidad y calidad". (Folio 181).

Y también son valederas las razones expuestas en la demanda en el sentido de que "esa fuerza mayor medida con los resultados de la producción subsiste; las consecuencias del incendio continúan impidiendo que Vanylón alcance las cotas (sic) de producción en calidad y cantidad y las ventas en el mercado de las hilazas que se dan antes del incendio", de todo lo cual resulta fácil concluir que no se podía, al menos en el momento en que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictó las resoluciones demandadas, obligar a la compañía demandante, a reenganchar todo su personal, una vez que vencieron los primeros 120 días porque se hubiera visto precisada a mantenerlo sin ocupación alguna y a sufrir los consiguientes perjuicios económicos que esa situación llevaría consigo y por lo tanto para la Sala no existe la menor duda, frente al acervo probatorio analizado, que la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., no incurrió como lo expresaron los funcionarios administrativos de trabajo, en un despido colectivo de su personal, figura ésta que es completamente distinta a la de la suspensión y terminación de los contratos de trabajo, a que se refieren los preceptos legales que en seguida serán materia de examen y de confrontación, así:

"SUSPENSION Y TERMINACION DE LOS CONTRATOS.— Conforme al numeral 1o. del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo se suspende: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución".

Es así que la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., demostró, hasta la saciedad, que se encontraba frente a un caso de fuerza mayor, luego podía suspender primero y terminar más adelante los contratos de trabajo que tenía celebrados con sus trabajadores, con apoyo además en los siguientes preceptos legales contenidos en el mismo estatuto últimamente citado.

"ARTICULO 466.— Las empresas que no sean de servicio público no pueden clausurar sus labores sino mediante aviso a los trabajadores con no menos de un (1) mes de antelación, SALVO FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos de trabajo consertados por un tiempo mayor ...". (Mayúsculas de este Despacho).

A su vez el Decreto-Ley 2351 de 1965, por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo de Trabajo, dispuso en su artículo 6o. "TERMINACION DEL CONTRATO.— El contrato de trabajo termina: a) . . . b) . . . c) . . . d) . . . e) . . . f) Por suspensión de actividades por parte del patrono durante más de 120 días".

Como ya se vio que la empresa demandante no podía reanudar actividades después del vencimiento de los 120 días, por lo tanto se ajustó a la Ley.

De otro lado, el mismo decreto últimamente citado, en cuanto respecta a la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, preceptúa lo siguiente en su artículo 40.— "1o. Cuando alguna empresa o patrono considera que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores o terminar labores, parcial o totalmente, ya en forma transitoria o definitiva, POR CAUSAS DISTINTAS DE LAS PREVISTAS EN LOS ARTICULOS 6o. literal d) y 7o. de este Decreto, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo, explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso".

"2o. EN LOS CASOS DE SUSPENSION O TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, PREVISTOS EN LOS ARTICULOS 51 Y 466 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, LA EMPRESA O PATRONO DEBE DAR INMEDIATO AVISO AL INSPECTOR DEL TRABAJO DEL LUGAR, O EN SU DEFECTO A LA PRIMERA AUTORIDAD POLITICA, A FIN DE QUE COMPRUEBE ESA CIRCUNSTANCIA". "3o. . . . 4o. . . . 5o. . . . ". (Mayúsculas de la Sala Unitaria).

Como se ve de la transcripción anterior, en las resoluciones acusadas se confunden los casos que la ley prevé para despidos colectivos y los de suspensión o terminación del contrato por fuerza mayor o caso fortuito. En aquellos el patrono está obligado a solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo, antes del diligenciamiento colectivo del personal. En los segundos solamente está obligado, como lo hizo la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., a dar aviso, con anticipación al Inspector de Trabajo a fin de que este compruebe la necesidad de dar por terminados los contratos de trabajo, por la causal ya indicada, circunstancias estas que se cumplieron a cabalidad en el caso de estudio.

Por último en el Decreto Reglamentario No. 1469 de 1978, en el cual se apoyan preferencialmente las resoluciones acusadas, dispone, en lo pertinente:

"ARTICULO 37.— 1. Cuando alguna empresa o empleador, que tenga a su servicio trabajadores oficiales o particulares, considere que necesita hacer despidos colectivos o terminar labores, parcial o totalmente, ya sea en forma transitoria o definitiva, por causas distintas de las previstas en los artículos 6o. literal d) y 7o. del Decreto 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con explicación de los motivos que le asistan y acompañada de las correspondientes justificaciones si fuere el caso".

"ARTICULO 39.— No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores sin la previa autorización de los funcionarios competentes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

"ARTICULO 44.— En los casos de suspensión o terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, previstos en los artículos 51 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, la empresa o empleador debe dar aviso inmediato al Inspector de Trabajo del lugar o, en su defecto, a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia".

Despréndese de las normas anteriormente transcritas que en las resoluciones acusadas, se confunden los casos que la ley prevé, en normas diferentes, lo relativo a la suspensión y terminación de los contratos de trabajo por casos de fuerza mayor y los que tienen que ver con despidos colectivos. En aquellos los patronos solamente están obligados a hacer conocer la situación de las autoridades administrativas del trabajo, para que estas comprueben las circunstancias alegadas por la respectiva empresa, cuestión esta que ciertamente se cumplió, a cabalidad en el caso de estudio. En la segunda situación (despidos colectivos) los patronos están obligados a pedir autorización a los funcionarios competentes del Ministerio del Ramo, antes del licenciamiento colectivo de personal, hecho éste que como ya se ha dicho hasta la saciedad, es muy distinto de la suspensión o terminación de los contratos de trabajo a causa de fuerza mayor.

Piensa la Sala Unitaria, además, que si los funcionarios de trabajo hubieran tenido el cuidado de leer todas las normas que regulan las dos situaciones de que se da cuenta, especialmente el artículo 44 del Decreto 1469, ya transcrito, seguramente no hubieran

incurrido en la confusión, por cierto muy lamentable y que se aprecia, sin esfuerzo alguno de la simple lectura de los actos administrativos enjuiciados. Se concluye, en consecuencia que se violaron en forma ostensible y manifiesta las normas legales que regulan todo lo relativo con la suspensión y terminación de los contratos de trabajo con motivo de fuerza mayor o caso fortuito y, por consiguiente, deberán suspenderse provisionalmente, las resoluciones acusadas conforme a lo pedido en la demanda. Además, se demostró el perjuicio sufrido por la empresa demandante.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sala Unitaria,

RESUELVE:

Como la demanda reúne los requisitos legales se admite y se dispone lo siguiente:

PRIMERO: Notifíquese personalmente la admisión de la demanda, a los señores Fiscal Cuarto de la Corporación, Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al representante legal del Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A.

SEGUNDO: Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar pruebas.

TERCERO: SUSPENDENSE PROVISIONALMENTE las Resoluciones Nos. 04170 del 21 de noviembre de 1983, proferida por la Dirección General del Trabajo del Ministerio del Ramo, anexo No. 27 visible a folios 142 a 148 del expediente. Resolución No. 0151 de 4 de agosto de 1983 proferida por el Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, anexo No. 16 visible a folios 126 a 128 del informativo. Resolución No. 0192 de 1o. de septiembre de 1983, proferida por el Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, anexo No. 18, folios 132 a 134 del expediente y Resolución No. 080 de 16 de septiembre de 1983, proferida por el Jefe de la División de Relaciones colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, anexo No. 20 folios 140 a 141 vuelto del informativo, con la advertencia de que trata el artículo 156 del Decreto 01 de 1984.

CUARTO: Por la Secretaría, comuníquese a las autoridades administrativas del trabajo para lo de su cargo.

Para efectos de la notificación ordenada al representante legal del sindicato de la empresa, comisiónase al Tribunal Administrativo del Atlántico.

Reconócese personería para actuar en este juicio, al Doctor JORGE VELEZ GARCIA, como apoderado de la Fábrica de Hilazas Vanylón S.A., en los términos y para los efectos del memorial poder que le ha sido conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aydée Anzola Linares.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO VI

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

REGIMEN LEGAL DISCIPLINARIO.— ESTUDIANTES UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.— ACUERDOS NUMEROS 101 de 1977 y 37 de 1979. Análisis del Procedimiento que debe seguirse para la investigación de las faltas y la obligación de practicar pruebas solicitadas por los sancionados.

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

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 4032.
Actor: **Hernando Perdomo Blanco.**

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, el señor Hernando Perdomo Blanco solicitó ante esta Corporación la nulidad de las Resoluciones números 444 de 28 de octubre de 1981 y 91 de 10 de marzo de 1982, dictadas por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia. Solicitó también que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la mencionada Universidad que lo restablezca como estudiante regular de quinto año de la facultad de Derecho, Seccional Bogotá, que se retiren todos los cargos a él imputados y que se condene en abstracto a la Nación, por intermedio de la Universidad Nacional, a pagarle por concepto de indemnización la suma de dinero que resulte de la evaluación de los perjuicios morales y materiales que dichos actos le irrogaron.

LOS ACTOS DEMANDADOS

1. La Resolución No. 444 de octubre de 1981, del Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, por medio de la cual se le impuso al demandante la sanción de expulsión de la Facultad de Derecho —Sede de Bogotá—, de la citada Universidad, con Código número 611958, y concede contra la misma el recurso de reposición ante el mismo Consejo.

Dice en sus considerandos esta Resolución que el estudiante sancionado fue acusado ante el Consejo Superior Universitario por actos contra el orden universitario y la normalidad académica, los cuales describe, y que por ello, en cumplimiento del artículo 2o. del Acuerdo 37 de 20 de marzo de 1979, en su sesión del 7 de octubre de 1981 se designó una comisión de su seno para citar y oír en descargos al estudiante, lo cual efectivamente se cumplió el día 20 de los mismos, luego de lo cual, contando con suficientes elementos de juicio para decidir por hallarse concluída la investigación adelantada por la Comisión y practicadas las pruebas conducentes, resolvió en la forma anotada.

2. La Resolución 91 de 10 de marzo de 1982 del mencionado Consejo Universitario, que confirma en todas sus partes la anterior resolución y ordena que su contenido se comunique al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior y a las demás Universidades del país.

LA DEMANDA

1.— **Los hechos.**— Como hechos de la demanda fueron planteados los que se resumen a continuación: que el 29 de septiembre de 1981 el estudiante sancionado, en compañía de algunos condiscípulos de la Facultad de Derecho, presentó ante la Comisión del Consejo Superior Universitario, llamado Preconsejo, un pliego de cargos contra el entonces Decano de la Facultad de Derecho, aprobado por una asamblea general de estudiantes. Así obraron en su carácter de representantes de los diferentes cursos y como integrantes de la Coordinadora de Alumnos de dicha Facultad. Los cargos reiteraban lo que ya una comisión de profesores, encabezada por el doctor ARTURO VALENCIA ZEA, le había manifestado el 25 del mismo mes al señor Rector de la Universidad sobre las actitudes antiacadémicas del Decano de Derecho, doctor EVELIO DAZA DAZA. Entre tanto, se produjo la muerte, en extrañas circunstancias, de un estudiante de la citada Coordinadora Estudiantil, por lo cual sus compañeros fijaron la fecha del 6 de octubre subsiguiente para rendirle un homenaje póstumo, en el que iba a llevar la palabra el estudiante mencionado.

Contra las mismas actitudes antiacadémicas del Decano se pronunciaron, además del profesorado el estudiantado, el Sindicato de Trabajadores de la Universidad, y los diferentes organismos gremiales y estudiantiles de las otras facultades de la Universidad Nacional.

El día señalado para celebrar el homenaje al estudiante muerto, llegó el estudiante sancionado al parqueadero de la Facultad de Derecho conduciendo su vehículo y de inmediato fue informado que varias personas se encontraban en el segundo piso de la Facultad en actitud beligerante de sacar por la fuerza de su despacho al citado Decano. El estudiante Perdomo optó por retirarse hacia los prados para dialogar con un grupo de profesores, estudiantes y trabajadores que estaban allí conversando, después de lo cual y habiendo obtenido el consejo de lo que debía hacerse en tales circunstancias, ingresó al edificio de la Facultad y se dirigió a donde se encontraban las personas beligerantes para proponerles que cesaran de cualquier acto violento y que se retiraran de ese lugar, desalojo que efectivamente se produjo gracias a la intervensión del estudiante Perdomo.

Posteriormente los miembros de la Coordinadora Estudiantil, Perdomo entre ellos, se reunieron donde el señor Vicerector Académico para insistir en el rechazo a todo acto de violencia, lo que luego fue ratificado públicamente por medio de un amplio comunicado a la comunidad universitaria. Sin embargo, ese mismo día 6 de octubre fue declarada cerrada la Universidad. El 15 de octubre siguiente, el Decano informó al Secretario General de la Universidad sobre los hechos antes narrados, sindicando a siete estudiantes, incluido Perdomo, como los autores de los mismos. El 19 del mismo mes fue citado por medio de un telegrama enviado a su residencia, para concurrir a rendir descargos, diligencia que se realizó al día siguiente 20 de octubre a las 12 del día, a pesar de que en dicho telegrama no se señalaron los cargos ni se concedió el término de cinco días hábiles para los descargos, según lo ordena el artículo 71 del Reglamento Estudiantil. Los cargos solo fueron conocidos por el estudiante sancionado en el momento mismo de la diligencia.

Finalmente, el 29 de octubre, según consta en el acta número 40 del Consejo Superior, por medio de la Resolución 444, acusada, se impuso la sanción de expulsión ya comentada. Agrega la demanda que el 9 de noviembre siguiente, cuando le fue notificada la anterior resolución, fue cuando conoció el informe y la declaración del Decano EVELIO DAZA, esto es, cuando estaba decidida la expulsión y carecía de toda oportunidad para su defensa. Interpuesto el recurso de reposición, durante el cual el

estudiante sancionado presentó las declaraciones rendidas extrajudicialmente y en su favor por algunos estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho, fue expedida la segunda resolución impugnada en este proceso.

2.— **Normas violadas.**— Como tales la demanda cita las siguientes: de la Constitución Nacional, los artículos 23, 26 y 28 del Código de Procedimiento Penal, el artículo 483 del Acuerdo número 101 de 1977, del Consejo Superior Universitario, los artículos 70 y 71, y finalmente, el artículo 2o. del Acuerdo 37 de 1979, del mismo Consejo.

El concepto de la violación de las normas mencionadas está agrupado bajo los títulos de la violación del derecho de defensa, del debido proceso y sobre la legalidad de la infracción, el que se resume así:

La violación del derecho de defensa se configura por no haber podido conocer previamente el estudiante expulsado los cargos que se formulaban ni los elementos y pruebas recogidas en la etapa investigativa. Señala el demandante que además de los preceptos constitucionales citados, que consagran claramente el derecho de defensa, los Acuerdos 101 de 1977 y 37 de 1979, del Consejo Superior Universitario, lo establecen plenamente, acuerdos estos que deben interpretarse en forma concordante. En efecto, el artículo 2o. del Acuerdo 37 señala que para la imposición de la sanción de expulsión prevista en el artículo 1o. ibídem, se debe seguir el siguiente procedimiento: la correspondiente autoridad de cada facultad deberá informar del hecho que haga acreedor a dicha sanción al Consejo Superior Universitario, el que debe designar una comisión encargada de citar y oír en descargos al estudiante inculpado dentro de los tres días hábiles siguientes, cumplido lo cual el mismo Consejo calificará la falta e impondrá la sanción de expulsión, si a ello hubiere lugar. Pero el artículo 70 del Acuerdo 101 de 1977 señala que las investigaciones por faltas disciplinarias se deben perfeccionar en un término no mayor de 15 días y que el estudiante tiene derecho a ser oído y aportar pruebas para su defensa y a solicitar, cuando fuere conducente, la práctica de otras. Como en el presente caso "no se permitió que el inculpado presentara oportunamente sus pruebas frente a los cargos imputados, por cuanto no conocía los elemetos de la investigación previa que debía desarrollarse", con la Resolución 444 se violaron tales normas, por lo cual dicho acto debe ser declarado nulo.

Al mismo tiempo y por la misma razón, la Comisión investigadora no pudo hacer una apreciación de las circunstancias y hechos materia de las diligencias de investigación ni hacer una evaluación adecuada de los elementos probatorios, por lo que resultan violados los artículos 483 del Código de Procedimiento Penal, y 303 del Código de Procedimiento Civil y 163 de la Constitución Nacional, "pues no se explican los motivos que llevaron al juzgador a tomar tal determinación en los actos resolutorios mencionados". Era la administración la que debía estructurar la carga de la prueba por los cargos imputados.

En cuanto a la violación de la garantía constitucional de la legalidad de la infracción, consagrada en los artículos 23, 26, y 28 de la Constitución Nacional, se produjo, según la demanda, porque la infracción debe estar determinada "en tal forma que la transgresión queda plenamente identificada como el supuesto legal que da origen a la sanción". Sin embargo, la conducta por la cual se sancionó al estudiante no está expresamente definida en ninguna norma universitaria y solamente aparece en forma general en el Acuerdo número 37 de 1979, ya que no está determinado o especificado cuál acto tiene entidad suficiente para alterar el orden académico o universitario y los cinco cargos imputados al estudiante expulsado "no se determinaron en cuanto a la responsabilidad y participación, menos aún en la presunta culpabilidad". Como si fuera poco, el estudiante inculpado desvirtuó los cargos por medio de las pruebas aducidas al interponer el recurso de reposición contra la Resolución 444, pruebas que

confirmaron el carácter universitario de su actuación el día de los acontecimientos y que por lo tanto desvirtúan el fundamento de las resoluciones acusadas que, en consecuencia, deban ser anuladas.

ALEGATOS DE LAS PARTES

El apoderado de la Universidad Nacional de Colombia, establecimiento público que se constituyó en parte impugnadora, en su alegato de conclusión se refiere especialmente al cargo sobre violación del derecho de defensa y el debido proceso, para afirmar que en ningún momento la entidad universitaria infringió cualquiera de los preceptos mencionados en la demanda y que la Resolución 444 de 28 de octubre de 1981 goza de la presunción de legalidad por no haber sido desvirtuada en su parte motiva o resolutiva. Se apoya en lo dicho por esta Sala, en un caso similar, en donde se hizo notar cómo el proceso disciplinario es distinto del proceso judicial, por lo cual las pruebas producidas en el primero no sirven para adelantar el segundo, toda vez que sus finalidades son distintas. En efecto, en el primero se reúnen los elementos de juicio para concluír con la expedición del acto administrativo que sancione o absuelve al inculpado y en el proceso contencioso, en cambio, solo se determina la legalidad o ilegalidad del acto.

Sostiene el apoderado de la Universidad la tesis de que en el caso *sub-júdice* el procedimiento a seguir esta señalado por el artículo 2o. del Acuerdo 37 de 1979, del Consejo Superior, el que constituye la plenitud de las formas propias del proceso disciplinario ante la mencionada institución universitaria. Cumplido este procedimiento, como en efecto se hizo, no podrá decirse entonces que hubo violación de las normas del debido proceso.

El mandatario judicial de la Universidad transcribe una jurisprudencia de esta Sala, en la que se acepta que el artículo 2o. del Acuerdo 37 no constituye un modelo de norma jurídica, en materia de procedimiento.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado solicita que no se acceda a la petición de la demanda porque "tanto por el aspecto formal, como por la relación entre las violaciones invocadas para aplicar la sanción, respaldada por las pruebas que obran en el expediente, ameritan plenamente a legalidad de los actos cuya nulidad se pretende".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En primer lugar, se procede a analizar el régimen legal disciplinario, en cuanto a los estudiantes se refiere, establecido por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia. Dicho régimen se encuentra previsto en los Acuerdos números 101 de 27 de octubre de 1977 y 37 de 20 de marzo de 1979. El análisis se hará particularmente en cuanto al procedimiento que debe seguirse para la investigación de las faltas y a la obligación de practicar las pruebas solicitadas por los sancionados.

Dice el artículo 70 del Acuerdo No. 101: "Las investigaciones por faltas disciplinarias se perfeccionarán en un término no mayor de quince (15) días. En todo caso el estudiante inculpado tendrá derecho a ser oido y a aportar pruebas para su defensa y a solicitar, cuando sea conducente, la práctica de otras". El parágrafo de este artículo agrega que las pruebas serán practicadas por una comisión del organismo universitario competente.

Por su parte, en el artículo 71 ibídem se establece que en la comunicación cablegráfica enviada a la dirección que figure en la matrícula del estudiante sancionado, se indicarán la fecha, el cargo imputado y el término de cinco días hábiles en que debe presentarse a la audiencia de descargos.

Frente a lo anterior, el artículo 2o. del Acuerdo número 37 de 1979, referido expresamente a la sanción de expulsión, solo establece lo siguiente: "La autoridad correspondiente en cada facultad informará del hecho al Consejo Superior Universitario, organismo que designa una comisión de su seno encargada de citar y oir en descargos al estudiante inculpado dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, cumplido lo cual el Consejo Superior calificará la falta e impondrá la sanción de expulsión si a ello hubiere lugar". Agrega el parágrafo de este artículo: "Si en los términos de este Acuerdo, el Consejo Superior estimare que no procede la expulsión, se aplicará lo dispuesto en el artículo 69 y siguientes del Acuerdo 101 de 1977".

De lo expuesto se desprende que el Acuerdo número 37 de 1979 estableció un procedimiento especial para el caso de la sanción de expulsión de la Universidad, procedimiento en el cual no se le impone a la autoridad universitaria la obligación de valorar las pruebas aportadas por el inculpado ni menos de practicar las que solicite. Paradógicamente, cuando la sanción que ha de imponerse resultare de una entidad menor a la expulsión, si deberá tenerse en cuenta el procedimiento señalado en los artículos 69 y siguientes del Acuerdo de 1977 que, como se dejó dicho al transcribir los artículos 70 y 71, sí consagran la ya referida obligación procedimental de la práctica de pruebas.

Por eso, la Sala reafirma en esta ocasión lo que dijo en un caso similar, cuando refiriéndose al Acuerdo número 37 expresó que no constituye realmente un modelo de norma jurídica, pues consagra expresamente la negación al derecho de defensa, el cual se supone implícito en todo procedimiento disciplinario, tal como se afirma en la sentencia de 4 de julio de 1972 (expedientes acumulados 1645 de 1946, actor José D. Rodríguez Bermúdez): "Los principios de preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento, legalidad de la jurisdicción, observancia plena de las formas del juicio, con garantía del derecho de defensa y aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado..... se aplican también a los regímenes disciplinarios considerados por la doctrina y la jurisprudencia como similares al juzgamiento penal, en los cuales la falta y la sanción deben encontrarse previstas en la ley o reglamento que señala también el procedimiento a seguir, que debe garantizar el derecho de defensa de la persona o personas inculpadas". Este concepto fue reiterado en sentencia de 28 de octubre de 1974 (Expediente 1951, Actor Jesús A. Santa Gallón y otros).

En el presente caso, sin embargo, por existir una procedimiento especial para la aplicación de una sanción de expulsión, no se podrá alegar la violación de las formas propias del debido proceso si se han observado los principios procedimentales allí establecidos, a saber: designación de una comisión encargada de citar y oir en descargos al estudiante inculpado, dentro de los tres días hábiles siguientes, cumplido lo cual se califica la falta e impone la sanción de expulsión, si a ello hubiere lugar.

En el asunto *sub júdice* se tiene lo siguiente: las respectiva Comisión fue integrada, según constancia visible a folio 12, se convocó al estudiante inculpado a diligencia de descargos, conforme al telegrama que obra a folio 15, diligencia que se llevó a cabo el 20 de octubre de 1981, según la copia visible al folio 16. En tales condiciones es necesario concluir que el precario procedimiento ordenado por el artículo 2o. del Acuerdo 37 se cumplió totalmente.

2. No obstante, si por lo que antecede al cargo por violación del derecho de defensa y a las formas del debido proceso no puede prosperar, sí deberá aceptarse y prosperar el cargo referente a la ilegalidad de los actos acusados, por haberse desvirtuado el fundamento fáctico de dichos actos.

En efecto, se observa que el Consejo Superior Universitario inculpó al estudiante Hernando Perdomo Blanco de estos hechos: ultrajes a los miembros del Consejo Directivo y al Decano de la Facultad de Derecho; pintar las paredes con letreros alusivos al desconocimiento de los organismos de la Facultad de Derecho y del Decano; constante sabotaje a las clases dictadas por los respectivos profesores de la Facultad de Derecho; colocación de un equipo de sonido con el fin de entorpecer el normal desarrollo de las actividades académicas y docentes; e incitación a todos los estudiantes de la Universidad a tomarse las dependencias, la Decanatura de la Facultad de Derecho, hechos realizados el 6 de octubre de 1981, violentando las puertas de acceso lateral donde funciona tal dependencia y lanzando toda clase de injurias contra la persona del Decano.

Los anteriores cargos le fueron imputados al estudiante Perdomo Blanco con base en el informativo presentado por el referido Decano, según Oficio número 0-142 de octubre 16 de 1981 (folio 146).

Sin embargo, de las declaraciones extraproceso rendidas ante el Juez Décimo Civil del Circuito de Bogotá (folios 40 y siguientes), aportadas como pruebas al momento de interponer y sustentar el recurso de reposición contra la primera de las resoluciones acusadas, que fueron ratificadas y ampliadas en su mayoría en el proceso contencioso, según se lee a folio 123 y siguientes, rendidas por los estudiantes Luis David Garzón Chaves, Jairo Gutiérrez González, Pedro Ignacio Fonseca, María Cristina Hurtado, Julio Portilla Florian y Orlando Franco y por los profesores Adolfo Salamanca Correa Raúl Carvajalino y Jorge Arenas Salazar, se desprende inequívocamente que las acusaciones formuladas por el señor Decano contra el estudiante Perdomo carecen de fundamento y que no habiendo mediado por parte de la Comisión investigadora el acopio de nuevos elementos probatorios de inculpación, es necesario reconocer que las resoluciones acusadas carecen de base en cuanto a la realidad de los hechos.

A continuación se reproducen varios apartes de las declaraciones rendidas por algunos testigos, tanto dentro del proceso Contencioso Administrativo como durante la investigación disciplinaria.

1) "Casi que paralelamente con ese hecho, los profesores que por allí nos econtrabamos fuímos consultados por un grupo de dirigentes estudiantiles de la facultad (se refiere a la de Derecho) y de la facultad de economía sobre cuál sería la conducta prudente ante esos al parecer graves acontecimientos. Personalmente opiné y fue consenso de los que estabamos allí que, a como diera lugar, debía evitarse cualquier acto de violencia contra las personas o bienes y estos muchachos de inmediato se dirigieron a donde se encontraba el tumulto de gente y entendí yo que gracias a su intervención se evitaron consecuencias más graves de las que se produjeron, que fue el tratar de derrumbar las puertas que del hall daría acceso a esa oficina de la Decanatura" (declaración del doctor Adolfo Salamanca Correa. Profesor de la Universidad. Folio 136). Ante la Comisión Universitaria Investigadora, este mismo profesor había agregado: "Casi sin reflexionar ellos entendieron la recomendación y se dirigieron de inmediato al segundo piso de la facultad y fue así como posteriormente me enteré de que efectivamente gracias a la intervención de estos estudiantes los hechos que esta Comisión conoce no fueron más graves y que por tanto ellos justamente evitaron que los propósitos de ese grupo que fueron públicamente conocidos en ese momento no se llevaron a cabo". (Folio 59). "Todos estos hechos que he narrado y sucedieron el 6 de

octubre lo fueron en cuestión de minutos. De ahí que yo no pueda recordar con absoluta precisión todos los estudiantes que se dirigieron a mí, pero recuerdo con certeza al señor HERNANDO PERDOMO y al estudiante de economía GERMAN SARMIENTO como quiera que es amigo de tiempo atrás y que aquel día se hizo presente en los predios de la Facultad dirigiendo un grupo que según las consignas llamaba a través de un megáfono coordinadora de Ciencias Económicas". (Folio 69).

2) "Considero que era imposible al señor Decano de la Facultad reconocer a los agresores en virtud que estos individuos llevaban cubiertos sus rostros y ante ésta circunstancia el señor Decano procedió a denunciar como agresores precisamente a los siete estudiantes que en representación de los distintos cursos venía dirigiendo el movimiento. Es necesario anotar que el señor Decano en su denuncia inicial había incluído a un estudiante también dirigente del movimiento pero al conocer posteriormente los descargos de cada uno de los estudiantes retiró la denuncia contra un estudiante que había presentado una prueba irrefutable que demostraba que él no estaba presente en los predios de la Universidad ya que ese estudiante se encontraba en el momento de los hechos en una clínica acompañando a su esposa. Esto demuestra que el señor Decano buscó inculpar a los dirigentes del movimiento pero sin tener una real certeza de que ellos estaban dentro del grupo de agresores". PREGUNTADO. Expresa el Despacho si concretamente el señor HERNANDO PERDOMO BLANCO, fue la persona que eficazmente intervino para evitar actos violentos contra las personas y cosas y objetos de la Universidad y específicamente contra el doctor EVELIO DAZA DAZA, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. CONTESTO: "Sí, precisamente su intervención y la de otros estudiantes evitó que los hechos hubieran llegado a una real agresión del señor Decano"; (declaración del doctor Raúl Carvajalino, exprofesor de la Universidad, folio 1344).

3) "En esos momentos algunos alumnos de los cuales recuerdo a Hernando Perdomo, se nos acercaron a los profesores que estábamos en las afueras de la Facultad a pedirnos su opinión respecto de cuál sería la actitud más adecuada que ellos como estudiantes de la Facultad debieran emprender. Recuerdo que mi opinión fue la de que los estudiantes de la Facultad de Derecho si tenían forma de hacerlo, a toda costa deberían intervenir para evitar hechos lamentables y de proporciones impredecibles. Es mi opinión que sólo gracias a esa intervención valerosa de ese grupo de estudiantes de la Facultad, los hechos quedaron de la magnitud que se conoce y no trascendieron por fortuna a donde se pensaba que pudieran trascender. PREGUNTADO. Sírvase expresar si usted presenció o tuvo conocimiento de la intervención que tuvo HERNANDO PERDOMO BLANCO, por medio de un megáfono pidiéndole al grupo de personas exaltadas que desistieran de todo intento de palabra y de obra y actos de violencia contra la persona del señor Decano. CONTESTADO. "Si recuerdo que a través del megáfono y también de manera personal y directa el alumno HERNANDO PERDOMO, realizó una intensa actividad encaminada a disuadir a un grupo de personas ostensiblemente exaltadas y tal vez si mal no recuerdo un alumno de apellido Carreño, colaboró con Perdomo. Antes de esta diligencia y en esa época en que produjo la expulsión de los alumnos supuestamente participantes manifesté a las directivas de la Facultad mi asombro por lo arbitrario de la medida y ante todo por lo paradógico que resultaba que precisamente las personas que protegieron en esa oportunidad al señor Decano hubieran sido las expulsadas": (declaraciones del doctor José Isaac Arenas Salazar, abogado en ejercicio, profesor de la Universidad, folios 139 y 140).

4) "Cerca a las 9 1/2 a.m. llegó Hernando Perdomo, iba manejando un jeep Nissan Patrol rojo, a esa hora más o menos había un grupo de estudiantes encapuchados que estaban gritando consignas invitando a los estudiantes a que sacaran al doctor Evelio Daza Daza de la Decanatura; yo personalmente y con otros estudiantes nos dirigimos al prado donde se encontraba el compañero Hernando Perdomo, en compañía de los

doctores Adolfo Salamanca, Raúl Carvajalino y Jorge Arenas, allí le expusimos la situación y lo invitamos a que como miembro de la Coordinadora de Estudiantes de la Facultad, evitara que se realizara tal acto. El compañero Perdomo se dirigió conmigo y otros estudiantes al segundo piso de la Facultad donde se encontraba el grupo de desconocidos y les hizo un llamado a que no provocaran actos violentos porque eso perjudicaría la marcha del movimiento que se estaba desarrollando en la Facultad. Inmediatamente los (sic) invitó a que nos dirigieramos al parqueadero de la Facultad de Derecho en donde se estaba preparando un acto religioso en memoria del compañero Iván Alvis Pinzón que había aparecido muerto días antes" (declaración del estudiante Julio Enrique Portilla Florián, folios 123 y 124).

5) A folios 125 y siguientes obran las declaraciones de los estudiantes María Cristina Hurtado Sáenz y Pedro Ignacio Fonseca Bello, quienes coinciden en aseverar que la actuación del universitario Perdomo en ningún momento estuvo dirigida a incitar a la violencia contra las cosas ni menos contra la persona del Decano de la Facultad y que, al contrario, su propósito fue el de impedir todo acto de fuerza e invitar a desalojar el lugar de los hechos y a acudir a la ceremonia religiosa programada con antelación, con motivo de la muerte del estudiante de que se ha hablado. Igualmente, al folio 234 aparece la declaración del señor Jairo Elí Gutiérrez González, trabajador al servicio de la Universidad Nacional, quien afirma haber presenciado los hechos acaecidos en esos predios el 6 de octubre de 1981, los cuales describe en forma concordante con los testimonios de los profesores y estudiantes antes citados.

6) Tampoco se confirman en el plenario los cargos relacionados con la pintada de las paredes, sabotaje a las clases, ultrajes a los miembros del Consejo Directivo del Claustro y a la persona del Decano de la Facultad de Derecho atribuidos a Perdomo Blanco. Y en cuanto al funcionamiento de un equipo de sonido con el fin de pertubar las actividades académicas, existe la declaración rendida por el señor Jesús Alberto Roldán Alfonso. Asistente Administrativo de la Facultad de Derecho, ante la Comisión Investigadora (folio 19), que dice:

"El señor ROLDAN responde: El día jueves 1o. de octubre más o menos siendo las 7:30 de la mañana un grupo de estudiantes instaló en el curso 3o. B de la Facultad de Derecho un equipo de sonido que entre otros aditamentos tenía dos bafles de regular tamaño que fueron ubicados en la parte exterior del salón y puesto a funcionar con una música extridente y un volumen exageradamente alto con lo cual imposibilitaba las labores académicas en la Facultad, sin embargo algunos profesores haciendo caso omiso al ruido dictaron sus clases. Al día siguiente viernes 2 de octubre a la misma hora del día anterior nuevamente fue instalado el equipo con los mismos aditamentos señalados antes y con el mismo volumen siendo más o menos las 9:30 de la mañana recibí una llamada del señor Decano doctor Evelio Daza pidiéndome el favor de que le hiciera pasar al teléfono a la persona responsable del equipo de sonido que en ese momento estaba funcionando. Yo salí y pregunté que quién era el responsable del equipo y un estudiante de 5o.B de Derecho de apellido Sierra me dijo que él era el responsable y se dirigió a contestar la llamada del señor Decano. Después de la llamada el equipo continuó funcionando hasta más o menos las 12 m.".

Las pruebas que se acaban de analizar tienen la virtualidad jurídica de desvirtuar los fundamentos de hecho de las Resoluciones atacadas en este proceso, con la consecuencia lógica de que se debe declarar la nulidad de las mismas. Ciertamente, se trata de un conjunto testimonial que guarda armonía en lo referente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar y que no ofrece contradicciones. De otra parte, entre los declarantes no figura ninguno de los estudiantes contra los cuales se adelantó investigación con motivo de los hechos acaecidos en la Universidad Nacional el 6 de octubre de 1981.

Además, la prueba testimonial en referencia fue pedida en oportunidad procesal, debidamente decretada y recepcionada en audiencia pública, después de haber sido citados los declarantes por intermedio de la propia Universidad. Pero lo procedente hubiera sido que ella se practicara estando presente el mandatario judicial de ese importante claustro, para que hubiera ejercitado el derecho de contrainterrogar a los testigos y de esta manera, a través de la controversia, no dejar la menor duda de que se está frente a una prueba plena sobre los hechos de que se ha hecho mérito y, especialmente, sobre el comportamiento pacificador y prudente del demandante, sin que lo anterior demerite la prueba en su valor legal. Pero, se repite, lo ideal era que esta prueba en particular hubiera sido contradicha.

Por último, se hace alusión a la petición de restablecimiento formulada por el actor: Este solicitó que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se le reintegre como estudiante regular de quinto año de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad y que se retiren de su hoja de vida estudiantil los cargos a él imputados, a lo cual deberá accederse. Más no en cuanto a la condena, así sea en abstracto, relacionada de los perjuicios de todo orden que le ocasionaron los actos atacados, en atención a que éstos no se han demostrado, siquiera someramente, de ninguna manera. Y como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación, el daño debe ser cierto, real y concreto y, en ningún caso, eventual o hipotético.

Por lo expuesto, al 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 Agente del Ministerio Público,

FALLA:

PRIMERO.— Declárase la nulidad de las Resoluciones números 444 de 28 de octubre de 1981 y 91 de 10 de marzo de 1982, expedidas por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

SEGUNDO.— Como consecuencia de la anterior declaración se le ordena a la Universidad Nacional de Colombia que restablezca al señor HERNANDO PERDOMO BLANCO como estudiante regular de quinto año de la Facultad de Derecho en la Sede de Bogotá, y que retire de su hoja de vida estudiantil los cargos que contienen las resoluciones que se anulan.

TERCERO.— Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.—

1.— **Vigilancia de control fiscal.**

2.— **Control fiscal. Objeto.**

3.— **¿Sobre qué entidades se ejerce?**

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

Consejero Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 4593.
Autoridades Nacionales.
Actor: **Electrificadora de Sucre S.A.**

En ejercicio de la acción pública la "ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A." solicitó de esta Corporación se declarara la nulidad de la Resolución No. 10119 de fecha 15 de julio de 1983 dictada por la Contraloría General de la República, en sus artículos 10, 11 y 12.

En los hechos de la demanda, luego de transcribirse las disposiciones acusadas, dice el apoderado de la demandante que ésta es una sociedad de economía mixta constituida por escritura pública, cuyo funcionamiento fue autorizado por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, clasificada como entidad descentralizada indirecta del orden Nacional sometida al régimen legal prescrito para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en el Decreto 3130 de 1968, razón por la cual no puede estar sometida al control previo, perceptivo o posterior en la forma señalada por el acto acusado, pues requieren de un control que haga fácil y expedito su funcionamiento y no uno que la entrabe y dificulte como ocurriría con el establecido por la Contraloría General de la República.

Se considera en el libelo que el acto acusado viola la Ley 20 de 1975 en sus artículos 5o. y 20; los artículos 9 y 11 del Decreto 1950 de 1973; los Decretos 1050 artículos 1o. y 30 y el Decreto 3130 de 1968; con relación a los cuales se expresa el concepto de la violación.

En providencia del 27 de febrero del año en curso se admitió la demanda de la referencia y se dispuso el trámite que en ley le correspondía. Así mismo, en élla se negó la suspensión provisional que en el mismo libelo se había impetrado de las disposiciones acusadas. La actora alegó de conclusión y el señor Agente del Ministerio Público conceptuó que las pretensiones de la demanda debían despacharse desfavorablemente, por no existir violación alguna de norma superior por parte del acto que se impugnó.

CONSIDERACIONES:

Por medio de la Resolución No. 010119 de julio 15 de 1983, la Contraloría General de la República estructuró las plantas de personal de unas Auditorías Especiales y se trasladaron unos cargos. En sus artículos 10, 11 y 12 que son los que se acusan específicamente de dicho acto, se dispuso lo siguiente:

"Artículo 10.— Dependiente de la Auditoria General ante el Ministerio de Minas y Energía, se organiza la Auditoría Especial ante la Electrificadora de Sucre S.A. en Sincelejo, cuya estructura y planta de personal será la siguiente:

No. de cargos	Denominación	Nivel	Grado
1	Auditor Especial	Ejecutivo	6
1	Revisor de Documentos	Técnico	1
1	Revisor de Documentos	Técnico	1

"PARAGRAFO.— El cargo de Auditor Especial, Nivel Ejecutivo, Grado 6, se establece teniendo en cuenta la planta de personal para las Auditorías Generales, Especiales, Regionales y Revisoría Delegadas, según el Decreto-Ley 342 de 1981.

"Artículo 11. Trasladar un cargo de Revisor de Documentos, Nivel Técnico, Grado 1, de la planta de personal de la Auditoría Regional ante el Servicio Seccional de Salud de Sucre, en Sincelejo, a la planta de personal de la Auditoría Especial ante la Electrificadora de Sucre S.A. en Sincelejo.

"Artículo 12.— Trasladar un cargo de Revisor de Documentos, Nivel Técnico, Grado 1, de la planta de personal de la Revisoría Delegada ante la Oficina Seccional del Instituto de Seguros Sociales ISS en Sincelejo, a la planta de personal de la Auditoria Especial ante la Electrificadora de Sucre S.A. en Sincelejo.

Para la demanda estas determinaciones de la Contraloría General de la República son violatorias de preceptos de orden superior como los artículos 5o. y 20 de la Ley 20 de 1975, que señalan los mecanismos operativos para el control fiscal en los establecimientos públicos descentralizados adscritos a los Ministerior o Departamentos Administrativos, pero no para las sociedades de economía mixta que son independientes del fisco. El artículo 5o. dice lo siguiente:

"Las empresas industriales del Estado tendrán sistemas adecuados de fiscalización que consulten principios modernos de auditoría y el giro especial de sus negocios.

Y el artículo 20 expresa:

"A solicitud de la Junta Directiva de las empresas industriales y comerciales del Estado, el Contralor establecerá controles previos en las dependencias o unidades administrativas de tales organismos. Asímismo establecerá controles previos, permanentes o temporales, cuando en el examen posterior de cuentas o en visitas que practique la Contraloría aparezcan frecuentes o repetidas irregularidades.

La vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley dice el artículo 59 de la Constitución Nacional.

La Ley 20 de 1975 en su artículo primero dice que la vigilancia de la Contraloría General de la República sobre la gestión fiscal de la administración ejercerá de conformidad con las normas, sistemas y directrices que se señalan en dicha ley.

El control fiscal tiene por objeto evitar que los gobernantes se excedan en las partidas que el presupuesto les ha asignado y que se empleen los fondos públicos en fines distintos de los que la misma ley les ha señalado. Y dentro del complejo mecanismo administrativo de ahora, que exige para su desenvolvimiento una contabilidad técnica, regular y el cumplimiento de normas legales preestablecidas, se impone una rigurosa fiscalización por los organismos competentes a los ingresos, las órdenes de pago, las imputaciones previas, la entrega de fondos, etc., de ahí el que se afirme que el control es necesario y se justifica fundamentalmente desde el punto de vista del Estado, del funcionario y del pueblo que contribuye. Además, ese control que compete a la

Contraloría General de la República conforme el artículo 59 transcrito y que se ejerce conforme a la ley, se extiende a todas las entidades que manejan fondos públicos, así sean ellas públicas o privadas y hagan parte de la administración o no, pues basta que la entidad administre, recaude o invierta fondos públicos, para que deba someterse a dicho control.

Para sacar avante sus pretensiones en torno a la nulidad de las disposiciones acusadas de la Resolución No 010119 de julio 15 de 1983, de la Controlaría General de la República, el demandante pone de presente a la Sala, en su alegato de conclusión, la sentencia de la Sala Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia de 24 de abril de 1980 que declaró inexequible algunos artículos del Decreto-Ley 924 de 1976, y que, según el actor, al acoger el salvamento consignado a la sentencia del 11 de diciembre de 1979 de la Corte, dejó sin piso jurídico los mecanismos operativos del control fiscal atribuido a la Contraloría por mandato de la Ley 20 de 1975.

Pero para la Corporación tales argumentaciones no son de recibo, pues ellas constituyen apenas una opinión de la antigua Sala Constitucional de la Corte expresada en providencia en la cual se decidió, no sobre la exequibilidad de la Ley 20 de 1975, sino del Decreto-Ley 924 de 1976. "Por el cual se establece la estructura orgánica de la Contraloría General de la República". Además, no debe olvidarse, que de la Ley 20 citada sólo ha declarado inexequible la Corte su artículo 56, por medio de la sentencia del 15 de febrero de 1979. Consecuencialmente, la Contraloría en su labor de control de obrar con sujeción a ella.

De tal manera que si como lo dispone la Ley 20 de 1975 en su artículo 1o., la vigilancia de la Contraloría General de la República sobre la gestión fiscal de la Administración "se ejercerá de conformidad con las normas, sistemas y directrices que se señalan en esta ley", pues es forzoso entonces por ordenarlo así el artículo 2o. de la misma ley, en concordancia con los artículos 4o. y 21, y los mismos artículos 5o. y 20 citados por la demandante en particular, que entidades como la Empresa Electrificadora de Sucre se sometan a un control fiscal que le garantice al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes o ingresos de su propiedad, que reciben y manejan, más aún que como sociedad de economía mixta que es según consta en los títulos escriturarios aportados al expediente, con aportes de la Nación equivalentes al 93.89%, está sometida al mismo régimen de vigilancia fiscal consagrado para las empresas industriales y comerciales del Estado. Y ello no es nuevo, porque ya la Ley 151 de 1959 "Sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados" y el Decreto-Ley 3130 de 1968 en su artículo 41, habían consagrado ese control fiscal. Además, no debe olvidarse que el artículo 3o. de este último decreto dice que, "Las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

Dice el señor apoderado de la actora que según el articulado del acto acusado, éstos establecen en la Electrificadora de Sucre S.A. el control fiscal en todas sus etapas, lo cual viola claras normas legales de jerarquía superior.

Sin embargo, observa la Sala, que en parte alguna del acto acusado se ha establecido algún tipo de control previo, perceptivo o posterior; dicha resolución solo establece regulaciones en cuanto a la creación de ciertos cargos y traslados dentro de la estructura misma de la planta de personal en algunas Auditorias Especiales, entre ellas las destacadas o adscritas a la "Electrificadora de Sucre S.A." en Sincelejo.

Se dice así mismo en la demanda, que la resolución cuya nulidad se solicita viola los Decretos 1950 de 1973, artículos 9o. y 11; artículos 1o. y 30 del Decreto 1050 de 1968, y el Decreto 3130 del mismo año.

Sobre las anteriores disposiciones debe anotar la Sala, en primer lugar, que en cuanto a las normas del Decreto 1950 de 1973, ellas se refieren a la formación o reformas de las plantas de personal en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, etc., y a la petición que para tales efectos se debe dirigir al Departamento Administrativo de Servicio Civil, acompañada de los documentos que se indican en el artículo 11.

En segundo lugar, que los artículos 1o. y 30 del Decreto 1050 de 1968 tampoco vienen al caso, pues el 1o. se refiere a la integración de la Rama Ejecutiva y el 30 a la actividad de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Y en tercer lugar, y en cuanto hace al Decreto 3130 de 1968, que es el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, no se indica en la demanda cuál o cuales de sus 46 artículos son los que se estiman como violados por la resolución impugnada.

De acuerdo con lo expresado en los párrafos anteriores es de concluir, que los cargos que se formularon en el libelo de demanda contra la Resolución acusada proferida por la Contraloría General de la República, no pueden prosperar. Así lo pide el señor Fiscal Primero de la Corporación en el concepto de fondo que rindió en el presente juicio.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Fiscal y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 19 de julio de 1984.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ZONAS FRANCAS.—

1.— Fijación de tarifas. ¿A quién corresponde? Funciones.

2.— Reserva de espacios para depósitos de mercancías. Cobro por la utilización.

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

Consejero Ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**
Proyecto: Abogado asistente **doctor Carlos Urán.**
Referencia: Expediente No. 4420.
Actor: **Andrew L. Clarkson Rodríguez.**

El abogado Andrew L. Clarkson Rodríguez solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución No. G-038-83 de 25 de febrero de 1983 proferida por la Gerencia de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena.

I. EL ACTO ACUSADO

La Resolución que acaba de citarse fue dictada por la autoridad antes mencionada "en uso de sus facultades legales y administrativas". Por medio de ella se modifican los períodos de facturación de la Zona Franca Comercial, en el sentido de que contados treinta días a partir de la fecha de llegada de la mercancía en los terminales se iniciará el cobro del 1% mensual sobre el valor CIF de la mercancía consignada a Zona Franca, aunque la misma no haya sido introducida a la Zona Comercial. Como considerandos de la resolución se dice que las demoras en el traslado de mercancías de los terminales a la Zona Franca Comercial ha producido trastornos administrativos que dificultan el normal funcionamiento de la Zona Franca, ya que ésta debe reservar espacio para el almacenamiento de mercancía consignada a la Zona Comercial, reserva que se hace efectiva una vez conocida la fecha de llegada y descargue de la misma en los terminales.

II. LA DEMANDA

A. LOS HECHOS

Como hechos la demanda señala los relativos a la creación de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, hecha mediante el Decreto número 2077 de 11 de octubre de 1973, y la aprobación de sus estatutos contenidos en el Acuerdo número 004 de 5 de julio de 1974, por medio del Decreto 2828 del mismo año. Dice además que este decreto a través de los artículos 18 y 22 estableció claramente las funciones de la Junta Directiva y las del Gerente de la entidad. Hace alusión luego a la resolución acusada y señala que ya el Acuerdo 848 de 22 de diciembre de 1980, aprobado por el Decreto 550 de 6 de marzo de 1981, había establecido las tarifas por servicios prestados por Puertos de Colombia, COLPUERTOS.

B. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

1. *Normas violadas.* La demanda tiene como tales las siguientes: artículos 18 literal h) del Decreto 2828 de 23 de diciembre de 1974 y 20 y 43 de la Constitución Nacional, además menciona "el principio general de derecho al enriquecimiento sin causa".

2. *Concepto de violación.* a) En cuanto a la violación de la norma del Decreto 2828 de 1974 antes citada, dice que ésta se dio porque dicha norma señala como función de la Junta Directiva, clase C, la de "reglamentar las condiciones para la prestación de los diferentes servicios de la entidad y fijar las tarifas a que haya lugar conforme a las disposiciones vigentes", disposiciones que según la demanda están vigentes, toda vez que el Decreto 1653 de 2 de junio de 1982 que estableció los estatutos orgánicos de las Zonas Francas, la de Cartagena entre otras, no derogó la norma comentada. Como el Gerente de la Zona fue quien dictó la resolución acusada, se produjo entonces la violación no solo de dicho decreto sino también del artículo 20 de la Constitución Nacional, pues se extralimitó en sus funciones.

b) En cuanto a la violación del principio general de derecho del enriquecimiento sin causa, expresa lo siguiente: Según el Decreto 550 de 1981, que aprobó el Acuerdo 848 de la Junta Directiva de COLPUERTOS sobre tarifas por servicios prestados, el dueño de "la mercancía de importación que llegue al país, deberá cancelar a la Empresa Puertos de Colombia el valor de los servicios de almacenaje durante la permanencia en sus instalaciones a partir del sexto día de su llegada, hasta el día en que efectivamente es retirada de ellas para conducirlas a otro lugar". Pero según el contenido de la resolución, y en contraposición con lo que acaba de expresarse, sucede que si un importador dentro de los treinta días siguientes al descargue no ha podido retirar la mercancía que debe trasladarse a la Zona Franca, esta entidad deberá proceder a formularle cuentas de cobro por concepto de un almacenaje no prestado, al mismo tiempo que Puertos de Colombia se la formula por el servicio que sí le prestó. La Zona Franca entonces se está enriqueciendo sin justa causa.

Por la misma razón, agrega la demanda, lo que se termina creando es una contribución, lo que de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución Nacional no puede hacer tal entidad.

III. ALEGATOS DE LAS PARTES

El señor apoderado de la Zona Franca de Cartagena dice en su escrito de conclusión, en síntesis, lo siguiente: El Decreto 1653 de 1982 por medio de su artículo 22, literal r), refiriéndose a las funciones y atribuciones del Gerente establece: "Las demás que se relacionan con la organización y funcionamiento de la Zona Franca y que no se hallen expresamente atribuidas a otro órgano".

De este contenido el impugnador concluye que "es al Gerente a quien corresponde estatutariamente reglamentar las condiciones para la prestación de los servicios a cargo de la Zona Franca, en razón de que dicha función no está asignada en la Ley 47 de 1981, ni en el Decreto 1653 de 1982 a otro órgano de dirección". Agrega que el literal h) de la clase C. artículo 18, del Decreto 2828 de 1974, que le sirve de base al actor para sustentar su acusación, fue derogado por el citado Decreto 1653 de 1982, decreto que en cuanto a funciones de Juntas Directivas y de Gerentes solo dejó vigentes las contenidas en la Ley 47 de 1981. Se operó, dice el impugnador, una derogación orgánica, pues el Decreto 1653 de 1982 abarcó con su nueva reglamentación "toda la materia referente a las funciones y atribuciones de los órganos de dirección y administración de las Zonas Francas".

Refiriéndose al cargo por enriquecimiento sin causa, con base en los artículos 23 y 26 del Decreto 2411 de 1975, señala que como la Zona Franca reserva un espacio de sus áreas de almacenamiento para una determinada mercancía, tiene derecho al cobro, aun si el particular no hace uso de él no diligenciando el traslado de su mercancía o por decisión propia.

IV. CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado conceptúa que no debe accederse a las peticiones de la demanda porque en efecto el Decreto 1653 de 1982 en su artículo 22, literal r), estableció "una cláusula general de competencia asignada o radicada en el Gerente". Tampoco encuentra la violación del principio que prohibe el enriquecimiento sin causa, porque el solo acto de reserva del espacio por parte de la Zona Franca le da derecho al cobro de la tarifa.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose cumplido el trámite propio de este proceso y no hallándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a fallarlo previas las siguientes consideraciones:

1. El Decreto No. 2828 de 1974, por el cual se aprueban los Estatutos de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, dictado en ejercicio de las facultades conferidas por el literal b) del artículo 7o. del Decreto 2077 de 1973, por medio de su artículo 18 establece que las funciones de la Junta Directiva son de tres clases: Clase A, que requieren para su validez aprobación del Gobierno Nacional; Clase B, que requieren para su validez el voto favorable del Ministro de Desarrollo Económico o su delegado, y Clase C, que no requiere para su validez de ninguna formalidad especial. Dentro de estas últimas la identificada con el literal h), establece como función de la Junta Directiva la de "reglamentar las condiciones para la prestación de los diferentes servicios de la entidad y fijar las tarifas a que haya lugar conforme a las disposiciones vigentes".

Sin embargo, posteriormente por medio del Decreto 1653 de 1982, por el cual se dictaron los Estatutos Orgánicos de las Zonas Francas de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Cúcuta y Buenaventura, Decreto dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 73, literal c) de la Ley 47 de 1981, no se incluyó expresamente la función que en forma tan clara había sido señalada en el Decreto 2828 de 1974 antes mencionado.

Refiriéndose a las funciones de las Juntas Directivas y a las funciones y atribuciones del Gerente, el Decreto de 1982 por medio de sus artículos 14 y 22 señaló expresamente las correspondientes a cada uno de estos órganos y dejó vigentes las contenidas en la Ley 47 de 1981. En efecto, en tales artículos se lee lo siguiente: "Las Juntas Directivas de las Zonas Francas a que alude el presente decreto, ejercerán las funciones establecidas en la Ley 47 de 1981 y además las siguientes:.....", y en cuanto al Gerente dice: "Además de las funciones y atribuciones que le asigna la Ley 47 de 1981, el Gerente General tendrá las siguientes funciones y atribuciones....." Dentro de estas últimas, el literal r) del artículo 22 directamente señala: "Las demás que se relacionen con la organización y funcionamiento de la Zona Franca y que no se hallen expresamente atribuidas a otro órgano".

Como se desprende con claridad de la anterior transcripción del Decreto 1653 de 1982, solamente las funciones contempladas en él y las establecidas por la Ley 47 de 1981, son las que pueden servir de base para determinar la competencia de los órganos aludidos, es decir, de las Juntas Directivas y del Gerente General. Por eso es necesario hacer la remisión al contenido de la ley para verificar si en ella está incluída la función referente a la determinación de las tarifas por los servicios prestados.

El artículo 11 de dicha ley, que es el que se refire a las funciones de la Junta Directiva, no señala en ninguno de sus literales la concerniente a la fijación de las tarifas, y en cuanto a las funciones del Gerente, el artículo 13, que es el que las contempla, dice que "son las normas órganicas y estatutarias de cada una de las Zonas Francas las que deberán establecer las funciones del Gerente General, quien previa autorización de la Junta Directiva podrá delegar las que considere necesarias para el eficaz funcionamiento de la Zona. Como se ve, este artículo alude expresamente a los estatutos orgánicos de las Zonas Francas, como el contenido en el Decreto 1653 de 1982, para efectos de la fijación de las funciones del Gerente.

De las anteriores disposiciones de la legislación vigente sobre el punto que se controvierte, se puede concluir fácilmente que al no estar establecida la función por medio de la Ley 47 de 1981 ni en cabeza de la Junta Directiva ni del Gerente y al no haber tampoco el Decreto 1653 de 1982 atribuido la función sobre fijación de las tarifas a las Juntas Directivas, ésta se radica en el Gerente General, amparada en el enunciado general del literal r) del artículo 22 que se refiere "a las demás que se relacionen con la organización y funcionamiento de la Zona Franca y que no se hallen expresamente atribuidas a otro órgano".

No otra puede ser la conclusión, si se tiene en cuenta que el citado Decreto de 1982 pretendió establecer una reglamentación completa al dictar el estatuto orgánico de las Zonas Francas. En tal sentido fue que reprodujo por medio del artículo 14 la mayoría de las funciones de las Juntas Directivas señaladas en el Decreto 2828 de 1974. Al no incluir algunas de ellas, obviamente tiene que entenderse que las estaba derogando tácitamente, como ocurrió con la señalada en el literal h) de las funciones de la clase C. Esta función, pues, de fijar las tarifas a que haya lugar, atribuida a la Junta Directiva en el Decreto 1974, desapareció entonces y pasó a radicarse en cabeza del señor Gerente por medio de un enunciado genérico y vago al señalarse a éste todas las funciones no expresamente atribuidas a otro órgano. Se observa que tratándose de una función tan importante, debió hacerse por medio de un enunciado claro y expreso.

De lo anterior se tiene que concluir que el cargo por violación del artículo 18, literal h), del Decreto 2828 de 1974 no puede prosperar.

2. En cuanto a la violación del principio general de derecho del enriquecimiento sin causa, tampoco le asiste la razón al demandante toda vez que los artículos 23 y 26 del Decreto 2411 de 1975 establecen la obligación para la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena de reservar un espacio para el depósito de mercancías destinadas a almacenes administrados por la Zona, siempre cuando exista ese espacio disponible en los almacenes, patios o cobertizos. Resulta obvio afirmar que tal obligación no está condicionada a que posteriormente el solicitante del espacio para la mercancía haga o no uso de él y, por lo tanto, la Zona Franca está en todo su derecho de cobrar lo correspondiente a la utilización de dicho espacio a partir de los treinta días de llegada y descargue de la mercancía en los terminales, como lo señala la Resolución acusada, así el solicitante antes de proceder a trasladar la mercancía a dicho espacio deba también pagar por el mismo servicio a otra entidad.

3. Por último, en cuanto a la pretendida violación del artículo 43 de la Constitución Nacional, ésta no se da, pues el contenido de dicho artículo ni siquiera guarda relación con lo que se controvierte en este proceso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

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 seis de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD.—

1.— La declaratoria de inexequibilidad equivale a una nulidad del precepto legal y no a una derogatoria del mismo, y por lo mismo, los efectos de ella solo operan hacia el futuro, sin que tenga carácter retroactivo, puesto que, es imposible conseguir que no haya existido lo que existió que no se haya ejecutado lo que se ejecutó. La declaratoria de inexequibilidad, no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico, conforme al cual la norma superior permite la vigencia condicional de la norma "antinormativa", lo que da margen a deducir, que la sentencia de inexequibilidad no implica el desconocimiento de aquellas situaciones jurídicas que se habían constituido y consolidado con anterioridad.

2.— Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justica y del Consejo de Estado.

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

Consejero Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 4374.
Autoridades Nacionales.
Actor: **Andrés Casas.**

Con fundamento en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 el doctor Andrés Casas solicitó fuera declarada la nulidad de la Resolución No. 25-000-513-82 de 30 de diciembre de 1982, de la Seccional de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por medio de la cual se ordenó el reajuste de los avalúos de todos los predios de los municipios adscritos a dicha seccional para la vigencia de 1983 en un diez por ciento anual, acumulable año por año de conformidad con el artículo 1o. del Decreto 3745 de 1982.

Se dijo en los hechos de la demanda que mediante Decreto 3742 de 1982 se declaró el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional por el término de cincuenta días. Que fundándose en dicho decreto el Gobierno dictó el Decreto 3745 del mismo año, por el cual se dictaron normas sobre catastro y se reglamentaron otras disposiciones, con base en el cual la Seccional de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi dictó la resolución acusada; y que mediante sentencia del 7 de marzo de 1983 la Corte Suprema de Justica declaró la inexequibilidad del Decreto 3745 antes citado.

Como normas violadas señaló el actor los artículos 5o. y 8o. de la Ley 153 de 1887 y los artículos 26, 27 y 32 del Código Civil, normas que en su opinión dan con toda claridad base para concluir que lo que es accesorio corre la suerte de lo principal. Con apoyo en tales normas estima que la resolución impugnada, que fue dictada con base en un decreto declarado inexequible, debe correr la misma suerte de él, es decir, debe ser anulado ya que, de otra parte, va contra el principio de la cosa juzgada el que la Corte declare la inexequibilidad de un decreto y no surte efectos jurídicos esa sentencia respecto de un acto administrativo ilegal, olvidando que el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, dice que la sentencia dictada en proceso seguido por acción popular produce cosa juzgada *erga omnes.* Por ello la demanda estima arbitrario el proceder de la Administración, que ante el conocimiento de la sentencia de inexequibilidad no haya modificado su proceder, y más arbitrario aún que a sabiendas de todo ello haya procedido a reavaluar los predios de los municipios adscritos a la Seccional de Catastro de Cundinamarca.

Por medio de auto del 21 de junio de 1983 se admitió la demanda y se ordenó la tramitación que en ley le correspondía. En dicho proferído se negó la suspensión provisional que de modo expreso se había solicitado en el mismo libelo de demanda. Dentro del término de fijación en lista el actor pidió se tuvieran como prueba la copia del acto acusado y la sentencia No. 13 del 7 de marzo de 1983 de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, la parte actora alegó de conclusión y pidió se le concediera audiencia pública, petición a la cual se accedió. Igualmente, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" por conducto de apoderado especial se constituyó como parte y propuso la nulidad de lo actuado por ilegitimidad de personería, lo cual se le negó en providencia del 23 de febrero del año que avanza.

En la audiencia celebrada el 3 de mayo último tanto el actor como el apoderado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi hicieron uso de la palabra. El primero amplió los argumentos consignados en su demanda para impetrar la nulidad del acto acusado, que luego sintetizó en el escrito del 4 de mayo exponiendo que siendo así que el Decreto 3745 de 1982 fue declarado inexequible, la Resolución No. 25-000-513-82 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi quedó sin piso ilegal y lo lógico, lo que la buena fe, lo que el sentido común indica, es que el Instituto dicho ante la desaparición del citado decreto, ha debido revocar la resolución acusada y todos los avalúos practicados. Que ante la no revocatoria de ese acto optó por denunciar en acción de nulidad la resolución aludida basándose fundamentalmente en los artículos 5o. y 8o. de la Ley 153 de 1887 y en los artículos 26, 27 y 32 del Código Civil, los cuales dan fundamento para concluir que la resolución demandada debe ser anulada por cuanto perdió vigencia el decreto sobre el cual se fundó, amén de que la actuación del Instituto va contra el principio de la cosa juzgada. Analizó también el concepto de la Sala de Consulta del Consejo de fecha 24 de mayo de 1983 que considera favorable a la demanda, por cuanto en él se expresa que "desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan". Y el apoderado del Instituto Agustín Codazzi igualmente resumió su intervención en la Audiencia haciendo en su escrito previamente una reseña histórica-legal del catastro desde el año 1939 hasta la fecha en que fue expedido el Decreto 3745 de 1982 con base en el cual el Instituto Geográfico Agustín Codazzi procedió a reajustar por conducto de sus Seccionales todos los avalúos de los inmuebles bajo su jurisdicción dentro de los parámetros y lineamientos señalados en el mismo, expidiendo resoluciones en donde ordena ejecutar lo dispuesto por el decreto, toda vez que las demás pautas indicadas en materia de predios rurales ya se encontraban señaladas en la norma objeto de ejecución. Expresa el señor apoderado del Instituto que a raiz de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 3745 de 1982, consultó por conducto del Ministerio de Hacienda al Consejo de Estado sobre la legalidad de esa actuación, y ésta entidad emitió su concepto del 24 de mayo de 1983 donde da un espaldarazo total a lo realizado por el Instituto. Comenta los alcances de la inexequibilidad que declare la Corte Suprema de Justica y con fundamento en la Ley 153 de 1887 concluye afirmando que éstas deben regir hacia el futuro, respetando las situaciones creadas durante la vigencia de la misma en aras a la confiabilidad que los asociados deben tener respecto de las normas legales que se expidan y sin desconocer los derechos y situaciones creados durante su vigencia, que en el caso presente y en virtud de la labor realizada por el Instituto con fundamento en el Decreto 3745 de 1982, los municipios del Departamento de Cundinamarca entraron *ipso-facto* a cobrar el impuesto predial teniendo como base los avualúos dados por el mismo Instituto, configurando un derecho a favor de dichas fracciones territoriales que no se puede desconocer. Afirma igualmente, que los programas del Gobierno se fundamentan en los impuestos que deben pagar los asociados, hecho que permite desarrollar los objetivos de índole social y económico proyectados y termina enfatizando que las actuaciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi en materia de avalúos catastrales y en todo lo demás, están basadas en la ley así sea transitoria la existencia de ésta y están previstas de buena fe y honradez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por medio del Decreto-Ley No. 3745 de diciembre 23 de 1982 se dictaron normas sobre catastro. Se dispuso en el aludido decreto la actualización de los avalúos catastrales de todos los inmuebles para la vigencia de 1983 y en período que no podía exceder de quince años. Para los predios rurales el reajuste surtirá efectos fiscales para 1983 en un 50% de su valor y para 1984 en el 100%, porcentaje que tendrán en cuenta el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" y las Oficinas de Catastro de Bogotá, Cali, Medellín y Antioquia para vigencias anuales a partir del 1o. de enero de 1984 previo concepto del CONPES.

Con fundamento en el Decreto antes referido el Jefe encargado de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, expidió el 30 de diciembre de 1982 la Resolución No. 25-000-513-82, concebida así en su parte resolutiva:

"ARTICULO PRIMERO.— ORDENASE, el reajuste de los avalúos de todos los predios de los municipios adscritos a la Seccional de Catastro de Cundinamarca para la vigencia de 1983 en un DIEZ POR CIENTO (10&) anual, anualidad que se acumulará año por año, de conformidad con el artículo primero del Decreto 3745 de 1982 (diciembre 23).

"Parágrafo: Para efectos de la presente providencia se exceptúa el municipio de Bogotá, D.E. por no estar adscrito a la seccional de Catastro de Cundinamarca.

"ARTICULO SEGUNDO.— Una vez reajustados los avalúos catastrales elaboráse el listado de propietarios con los nuevos avalúos catastrales, el cual será entregado a la respectiva Tesorería Municipal para que esta proceda a su anotación en los documentos respectivos a efectos del recaudo de Impuesto Predial (sic).

La resolución anterior se impugna en la demanda por considerarse que es violatoria de los artículos 5o y 6o. de la Ley 153 de 1887, y los artículos 26, 27 y 32 del Código Civil, pues como fue dictada con fundamento en el Decreto 3745 de 1983 declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, debe correr la misma suerte de éste, esto es, debe ser anulado por el Consejo de Estado. La Resolución es ilegal dice el demandante, y lo es porque su piso legal fue declarado inexequible y "esa inexequibilidad se lleva de rastre la resolución".

Lo cierto es que el demandante a través de todas sus intervenciones en este proceso ha pedido, en buen romance, se le de aplicación a la sentencia proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia el 7 de marzo de 1983 declarando inexequible, por ser contrario a la Constitución, el Decreto No. 3745 del 23 de diciembre de 1982 "Por el cual se dictan normas sobre catastro y otras disposiciones", en forma que se traduzca en la nulidad del acto acusado para satisfacer en forma favorable los pedimentos que formula en su libelo.

La Sala ha realizado un estudio pormenorizado de este aspecto de la controversia, debiendo concluir, como ya lo ha hecho en forma reiterada la jurisprudencia y la doctrina, tanto en la Corte como del Consejo de Estado, que la sentencia de inexequibilidad sólo produce efectos hacia el futuro, no teniendo por lo mismo, efecto retroactivo. Y son ciertamente abundantes los pronunciamientos que ha hecho tanto al Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, en el sentido de que las sentencias de inexequibilidad no tienen efecto retroactivo.

Y así, en acuerdo de 17 de julio de 1915, dijo la Corte:

"Las sentencias de inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar hacia el futuro. Si tuvieren efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día" (Gaceta Judicial, Tomo XXIII, página 423).

En sentencia del 23 de febrero de 1927 hizo igual afirmación expresando al efecto lo siguiente:

"... razones de orden público exigen que la inexequibiliad no produzca efectos para lo pasado, pues aunque el peticionario no vea la inseguridad social que aquella traería consigo, es innegable que existiría, pues todos los ciudadanos en sus transacciones y negocios tienen que atenerse a la ley que está vigente para estos o aquellos compromisos y proceder de acuerdo con ella. De modo que si una sentencia de inexequibilidad de aquella ley viniera a desconocer los efectos que se habían producido, las relaciones jurídicas de los interesados en los actos y contratos no tendrían estabilidad ninguna". Se hace en el fallo la "salvedad cuando se trate de derechos civiles adquiridos y lesionados con la ley que se declara inexequible, que entonces si pudiera tener efecto para el pasado la inexequibilidad" (Gaceta Judicial Tomo XXXIV, página 127).

El 5 de agosto de 1955, reiteró la Corte aquella doctrina diciendo que "Las consecuencias del fallo de inexequibilidad no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en el pasado los efectos que la ley declara inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor" (Gaceta Judicial No. 2220, Indice y jurisprudencia del Tomo XCI, extracto No. 305).

Y el Consejo de Estado ha sido guiado por el mismo criterio. En sentencia del 23 de noviembre de 1964 dijo que, "La sentencia de inexequibilidad de una ley, decreto u ordenanza por ser contrarios a la Constitución, equivale a una declaración de nulidad del acto".

La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 14 de noviembre de 1969 expresó: "Desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan.— Los hechos cumplidos por aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia que la declara inexequible, subsisten, porque el fallo no tiene efecto retroactivo, salvo "cuando se trate de derechos civiles adquiridos y lesionados con la ley que se declara inexequible", pues, en este caso, sí pueden tener efecto para el pasado la inexequibilidad, como lo admitió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de febrero de 1927".

Esta Sección en sentencia del 22 de mayo de 1974 al analizar los efectos de la sentencia de inexequibilidad entre otras cosas dijo lo siguiente:

"De esta suerte los efectos de inexequibilidad y de la derogatoria ofrecen diferencias sustanciales que no permiten ninguna equiparación: la norma derogada puede y deber ser aplicada con posterioridad a su derogación, en relación con situaciones creadas bajo su vigencia. En cambio, hacia el futuro el efecto de la inexequibilidad es más amplio que el de la derogatoria porque desvirtuado en la sentencia el crédito general de conformidad con la Constitución y por consiguiente, extinguida la fuerza jurídica que la norma superior le comunicaba a la inferior, debe considerarsela para lo sucesivo, como si no hubiese existido. Hacia el pasado y. por la razón antes apuntada, de la validez que le comunica la norma superior a la inferior, todo lo ejecutado en función de aquella también tiene plena validez, lo mismo que las situaciones jurídicas constituídas, y, en mayor medida, las decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, por razón de los efectos de la "cosa juzgada" (Anales 439-440 primer semestre, página 301).

La Sección Segunda del Consejo de Estado en fallos del 21 de marzo de 1980 obró en igual sentido expresando que, "la sentencia de inexequibilidad sólo produce efectos para el futuro, o sea, que no tiene efecto retroactivo. Como lo sintetiza el profesor Luis Carlos Sáchica en su obra "Constitucionalismo Colombiano" (3a. edición, página 104)" "tal sentencia solo tiene efectos profuturo, o sea, que no tiene efecto retroactivo. Se respetan los efectos que ya surtió la ley y las situaciones jurídicas establecidas dentro de su vigencia".

Así mismo la Sala de Consulta y Servicio Civil en pronunciamiento del 26 de abril de 1973, reiterado el 18 de septiembre de 1980 y acogido nuevamente el 24 de mayo de 1983 consignó lo siguiente al señalar los efectos de la sentencia de inexequibilidad:

"Está definido que no tiene efecto retroactivo, sino hacia el futuro, y de consiguiente, que se reconocen los hechos o situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley, antes del pronunciamiento de la sentencia. El mundo de relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando fueren concretadas bajo la forma que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos, y también general armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente".

Resulta entonces claro, conforme las citas anteriores, que la declaratoria de inexequibilidad equivale a una nulidad del precepto legal y no a una derogatoria del mismo, y que por lo mismo, los efectos de ella solo operan hacia el futuro, sin que tenga carácter retroactivo, puesto que, como en alguna ocasión lo dijo el Consejo, es imposible conseguir que ho haya existido lo que existió, que no se haya ejecutado lo que se ejecutó, más aún que de acuerdo con lo que se ha visto, la declaratoria de inexequibilidad, no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma "antinormativa", lo que da margen a deducir, que la sentencia de inexequibilidad no implica el desconocimiento de aquellas situaciones jurídicas que se habían constituido y consolidado con anterioridad.

Y es lo que ocurre en el presente asunto donde se está en frente de situaciones ya consumadas plenamente, pues los actos expedidos y cumplidos bajo la vigencia del Decreto-Ley 3745 de diciembre 23 de 1982, como es el caso de la Resolución No. 25-000-513-82 de diciembre 30 de 1982, expedida por la Seccional de Catastro de Cundinamarca, "Por la cual se reajustaron todos los avalúos catastrales de todos los inmuebles del Departamento, a excepción del Municipio de Bogotá D. E.", surtieron plenamente sus efectos, puesto que la sentencia de inexequibilidad del decreto en mención proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, tiene fecha marzo 7 de 1983, lo que significa que fue pronunciada después de más de dos meses de dictada la resolución impugnada antes referida. Consecuencialmente, no puede hablarse como lo hace el demandante, de violación de los artículos 5o y 8o. de la Ley 153 de 1887 y 26, 27 y 32 del Código Civil, normas éstas que señalan reglas para la interpretación de la ley, puesto que el caso aquí controvertido hace relación lisa y llanamente, según las ideas que se han consignado en esta providencia, a una situación jurídica que había quedado consumada plenamente antes de que la Corte Suprema de Justicia declarara la inexequibilidad del Decreto-Ley 3745 de 1982.

Por manera que las actuaciones adelantadas por la Seccional de Cundinamarca del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" con fundamento en la Resolución acusada, que tenía como base el Decreto 3745 de 1982 declarado inexequible, puesto que los efectos de la sentencia de inexequibilidad de la Corte no pueden modificarlos.

Conforme los razonamientos anteriores, es de concluir que las peticiones de la demanda no pueden prosperar.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contecioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 6 de julio de 1984.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

PROPINA VOLUNTARIA.— Debe especificarse en la factura o recibo que está tiene el carácter y no el de obligatorio, para no inducir al cliente en error. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Vigilancia y control de Precios que establezcan los Ministerios y demás entidades competentes. FIJACION DE PRECIOS en listas o en los bienes mismos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., junio ventinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 4595.
Demandante: **Alejandro Bula O.**

El doctor Alejandro Bual O. en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha demandado ante esta Corporación para que se declare la nulidad de los artículos 15 y 16 de la Resolución No. 0036 de 4 de enero de 1984 del Superintendente de Industria y Comercio.

1.— FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

a).— Hechos.

El actor apoya sus pretenciones en los siguientes hechos, que se sintetizan así:

1. La Resolución impugnada "por la cual se ordena la fijación de precios en listas o en los bienes mismos y se dictan otras disposiciones" reza en su encabezamiento que es dictada por el Superintendente de Industria y Comercio en uso de las facultades conferidas por el Decreto No. 149 de 1976 y el Decreto No. 3466 de 1982.

2.— Procede a continuación el demandante a transcribir los artículos 15 y 16 de la Resolución acusada y los textos que más adelante en su escrito de demanda considera como quebrantados.

b).— Disposiciones violadas y concepto de la violación.

Como normas infringidas por las disposiciones acusadas señala el demandante los artículos 2o, literal g) del Decreto No. 149 de 1976; 21 de la Ley 60 de 1968; 76, numerales 1 y 2 de la Constitución Nacional y 131 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo.

Acerca del concepto de la violación discurre como sigue:

"De los hechos de la demanda se desprenden las siguientes violaciones habidas con la vigencia de los artículos decimoquinto y decimosexto de la Resolución número 0036 de enero 4 de 1984 originaria de la Superintendencia de Industria y Comercio:

"A).— A los artículos segundo del Decreto-Ley 149 de 1976 y 21 de la Ley 60 de 1968.

"Al artículo segundo, literal g) del Decreto-Ley 149 de 1976 en que apoya su propia existencia la resolución cuya nulidad se demanda, y que señala a la Corporación Nacional de Turismo como la entidad única y exclusiva para "el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la fijación, por medio de resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control" para las actividades hoteleras, de restaurantes, bares y similares.

"Al artículo 21 de la Ley 60 de 1968, que fue corroborado y respetado por el dicho Decreto-Ley 149 de 1976 y que le asigna a la Corporación Nacional de Turismo iguales funciones en lo tocante a los hoteles, restaurantes, bares y similares.

"Ambas normas legales, superiores a la resolución demandada, son homotéticas, concordantes y precisas; a esto se agrega que la Ley 60 de 1968 es norma especial dirigida a la organización del turimo como industria y de la cual son parte alícuotas los hoteles, restaurantes, bares y similares; y como norma especial que es, a la Ley 60 de 1968 hay que darle las prelaciones que registran el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887 que reza: "La disposición relativa a un asunto especial de (sic) prefiere a la que tenga carácter general" y el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal: "El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: La ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior".

"Es más, la resolución cuestionada modificó al mismo decreto-ley en que se fundamentó, el 149 de 1976, al arrebatarle la Superintendencia de Industria y Comercio a la Corporación Nacional de Turismo sus funciones legales, específicas e indelegables en relación con los hoteles, restaurantes, bares y similares.

Surgió un acto exhorbitante, (sic) una extralimitación de funciones que constituye una clara violación de la voluntad legislativa que es menester enmendar anulando la resolución materia de esta demanda. El motivo: ilegalidad manifiesta.

"A los artículos 31 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo que es una ley.

"La propina es rubro laboral que se halla encerrado dentro de los parámetros del artículo 131 del Código Sustantivo del Trabajo, que es una ley especialísima por el privilegiado motivo de ser Código; esta clase de leyes no es materia de reglamentación alguna como lo ha hecho la Superintendencia de Industria y Comercio con la resolución

demandada. El Código Sustantivo del Trabajo conlleva jurisdiccionalidad, y entoces es apropiado reproducir el Auto del Honorable Consejo de Estado, febrero 17 de 1962, tomo LXIV, números 397-398, página 189:— "Pero hay otras leyes, como las civiles, comerciales, penales y procesales propiamente dichas, que son el producto de una lenta elaboración en la cual han estudiado y resuelto casi todas las hipótesis reglamentables, cuya directa aplicación corresponde preferentemente al órgano jurisdiccional, y que no son susceptibles de reglamentación ejecutiva, sino que dan lugar a la interpretación por vía jurisprudencial". La vigilancia y control a propina, según el artículo 485 del Código Sustantivo del Trabajo, le corresponde exclusivamente al Ministerio de Trabajo y nunca a la Superintendencia de Industria y Comercio.

"c).— Al artículo 76 de la Constitución Nacional.

"Aunque no puede desconocerse que la Resolución número 0036 de enero 4 de 1984 es una medida conveniente para el mejor control de precios, tampoco puede negarse que ella, en relación con hoteles, restaurantes, bares y similares, implica una gestión a cargo de otras dependencias, que tiene que ver más con la política de establecimientos y fijación de precios que con su simple vigilancia y control, función ésta que no puede llegar hasta disponer que se verifique un registro, quién lo verifique y en donde puede reposar las copias que se archiven. Esto es una medida ya creativa que se sale de la órbita de control asignada ilegalmente a la Superintendencia de Industria y Comercio y sustraída a la Corporación Nacional de Turismo, en lo tocante a hoteles, restaurantes, bares y similares.

"Otro tanto debe decirse en relación con la reglamentación de la propina y cómo debe cobrarse, pues la Resolución 0036 de enero 4 de 1984 se lleva por delante a la jurisprudencia que es consubstancial a todo Código como el Sustantivo del Trabajo y le sustrae al legislador su función de crear, modificar y revocar los códigos y las leyes (artículo 76, numerales 1 y 2 de la Constitución Nacional). Hay, pues, manifiesta inconstitucionalidad".

II. ALEGATO DEL FISCAL

Solicita que las pretenciones del actor se despachen desfavorablemente y para ello se funda en las siguientes razones: Entre las disposiciones que expresamente deroga la Resolución No. 036 enjuiciada está la Resolución No. 130 de 1977 del mismo Superintendente de Industria y Comercio, que en varias oportunidades ha sido demandada ante esta Corporación, inclusive por la misma persona que en este proceso actuó como demandante. Transcribe los artículos 1o. a 5o. de esta última y agrega lo siguiente:

"Todo el articulado que se ha transcrito de la Resolución 130 de 1977 está sintetizado en esencia en el artículo decimoquinto de la Resolución 0036 de 1984, que se acusa, con la única diferencia entre aquella y esta que la frase "fijar en lugar visible al público, una lista con los respectivos precios", que en aquella se echa de menos, pero que en sustancia no modifica su contenido.

"Por otra parte, los parágrafos 1o., 2o. y 3o. del artículo decimoquinto de la Resolución 0036 de 1984, contiene palabra más, palabra menos, el mismo trasfondo de los artículos 2o., 3o. y 4o. de la Resolución 130 de 1977, así como del parágrafo del artículo ibídem.

A continuación vierte apartes de la sentencia de esta Sección Primera (expediente 4098) que desató el proceso de nulidad instaurado contra la Resolución 130 de 1977 comentada para concluir que las argumentaciones que se esgrimen en dicha decisión adversa a la declaratoria de nulidad sirven para negar el cargo que imputa el actor al artículo decimoquinto de la Resolución 036 de 1984.

Por último y en cuanto hace al artículo decimosexto de la resolución demandada, en relación con el cual el demandante estima que viola los artículos 31 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo, la Fiscalía sostiene que aquel no tiene razón "habida consideración a que la propina que reglamenta la Resolución 0036 de 1984, en su artículo acusado, guarda relación con el servicio prestado al usuario o consumidor, mientras que la propina que menciona el actor, hace relación con el contrato de trabajo y son diferentes en su esencia y causa generadora. Por ello, los artículos invocados como violados no tienen relación alguna con el tema que toca el artículo 16".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El proceso recibió el trámite legal que concluye la decisión de Sala Unitaria de denegar la solicitud de suspensión provisional impetrada por el actor (folios 15 a 20).

A. LAS NORMAS IMPUGNADAS

Son los artículos 15 y 16 de la Resolución No. 0036 de 4 de enero de 1984 del Superintendente de Industria y Comercio que rezan como sigue:

"ARTICULO DECIMOQUINTO: Los restaurantes, bares, griles, discotecas, cafeterías y similares, deberán fijar un lugar visible al público, una lista con los respectivos precios y además presentar cartas a los consumidores en las cuales figuren los mismos precios.

PARAGRAFO 1o. Tanto la lista visible al público, como las cartas presentadas al consumidor deberán estar debidamente registradas por la autoridad competente.

PARAGRAFO 2o. Los precios deberan indicarse en pesos colombianos.

PARAGRAFO 3o. Una copia de la lista y carta de precios reposará en los archivos de la Oficina Municipal respectiva y en el Distrito Especial en las correspondientes Alcaldías Menores.

"ARTICULO DECIMOSEXTO: Las facturas o recibos que expidan los restaurantes, bares, griles, discotecas, cafeterías y similares que utilicen el sistema de cobros de propina voluntarias por la consumición (sic) de lo que allí se expenda, deberán tener las siguientes especificaciones:

1.— Descripción clara y detallada de lo consumido, con la cantidad y precio.

2.— Valor total de la cuenta por cobrar.

3.— En la parte inferior de la factura o recibo, quienes utilicen el sistema de cobro de propinas, deberán colocar la siguiente leyenda en mayúscula: "PROPINA VOLUNTARIA" (Apreciado cliente, si usted desea coloque la propina que considere adecuada por el servicio recibido)".

B. LOS CARGOS DE ILEGALIDAD

1.— En primer lugar anota la Sala a las observaciones del Agente del Ministerio Público que, aunque es cierto que la Resolución No. 130 de 1977 que recoge esencialmente las mismas normas ahora acusadas de la Resolución No. 0036, ha sido demandada ante esta jurisdicción y encontrada ajustada a derecho, de otro lado, por ser esta última un acto formalmente diferente que inclusive deroga expresamente la Resolución No. 130, se hace necesario avocar el estudio de las infracciones legales que se le endilgan.

2.— Como primer grupo de textos vulnerados se citan los siguientes: artículo 2o. literal g) del Decreto No. 149 de 27 de enero de 1976 "por el cual se suprime la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyen sus funciones y se revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio", artículo 21 de la Ley 60 de 1968 "por la cual se establecen estímulos a la industria del turismo y se dictan otras disposiciones", y el artículo 76 numerales 1 y 2 de la Constitución Nacional.

Su tenor es el siguiente:

Decreto 149 de 1976

"Artículo 2o. El establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la fijación, por medio de resolución de precios de los bienes y servicios sometidos a control corresponde a las siguientes entidades:

".....".

"g) A la Corporación Nacional de Turismo, para los servicios hoteleros, restaurantes, bares y similares.

Ley 50 de 1968.

"Artículo 21. Corresponde a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia en relación con hoteles, restaurantes, bares y similares, agencias de viajes, empresas transportadoras exclusivamente turísticas y, en general, en todas aquellas entidades que presten servicios de turismo.

"a).— Clasificarlas para todos los efectos legales;

"b).— Otorgarles las respectivas licencias de funcionamiento.

"c).— Reglamentar su operación.

"d).— Vigilar su funcionamiento.

"e).— Señalar las tarifas de sus servicios, en coordinación con el Instituto Nacional de Transporte, cuando se trate de transporte exclusivamente turístico.

"f).— Aplicar las sanciones a que haya lugar por violación de las normas que regulen el ejercicio de su actividad y, en el caso de multas, iniciar ante las autoridades competentes las respectivas acciones por jurisdicción coactiva para el cobro de las mismas".

"Artículo 76 de la Constitución Nacional.

"Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"1a.) Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes;

"2a.) Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus diposiciones....".

Se observa:

a).— Se anota en primer lugar que el actor en la explicación del cargo asimila lo prevenido en el artículo 2o., literal g) de la Ley 149 de 1976 a lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 60 de 1968 y, de ahí que implique el razonamiento sobre el concepto de violación legal de la primera norma a la segunda, sin que entre al análisis detenido de cada una de las funciones que el mentado artículo 21 asigna a la Corporación Nacional de Turismo, Esto se deduce del siguiente aparte del libelo:

"De los hechos de la demanda se desprenden las siguientes violaciones"... Al artículo 21 de la Ley 60 de 1968 que fue corroborado y respetado por el dicho Decreto-Ley 149 de 1976 (se refiere al artículo 2o. literal g) y que le asigna a la Corporación Nacional de Turismo iguales funciones en lo tocante a los hoteles, restaurantes, bares y similares. Ambas normas legales, superiores a la resolución demandada, son homotéticas, concordantes y precisas, a esto se agrega que la Ley 60 de 1968 es norma especial ..." (Se pone entre paréntesis).

Es decir, que la demanda no aporta argumentaciones propias y concretas dirigidas a demostrar la transgresión del artículo 21 de la Ley 60 de 1968, en sus seis diferentes modalidades de funciones atribuidas a la Corporación Nacional de Turismo. Por esta razón, tampoco le es dable a la Sala estudiar este cargo de violación.

b).— Del cotejo que hace la Sala entre la resolución enjuiciada y el artículo 2o., literal g) del Decreto 149 de 1976 no encuentra contrariedad alguna con él. En efecto: En los artículos 15 y 16 de la Resolución No. 0036 de la Superintendencia de Industria y Comercio no se fija política alguna sobre precios, ni se sienta un marco o derrotero para la aplicación de una política de precios, ni tampoco se señalan precios para servicios de hoteles, restaurantes, bares y similares —aspecto reservado sí a la Corporación Nacional de Turismo—, sino que se provee a la ejecución de las facultades que a dicha Superintendencia le confiere el mismo Decreto No. 149 de 1976, en su artículo 6o., literal a) en materia de vigilancia y control, entre otras cosas, de los precios "que establezcan los Ministerios y demás entidades competentes". Facultades éstas que a su vez se encuentran expresamente ratificadas en el artículo 8o., literal g) ibídem, conforme al cual corresponde a dicha entidad: "Dictar los reglamentos en materia de control y vigilancia de precios", con la condigna atribución de imponer las sanciones a que haya lugar (artículo 2o., literal b) ibídem.

Fluye, como consecuencia de lo antes dicho, que el acto acusado no invade la órbita del legislador en su función de interpretar, reformar y derogar las leyes y expedir códigos, a que se refiere el artículo 76, numerales 1 y 2 de la Carta Política.

Lo antes expresado es suficiente para que no prospere el cargo estudiado.

2. Como segundo grupo de textos quebrantados señala el actor los artículos 131 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se observa:

El artículo 131 prescribe que las propinas recibidas por el trabajador no constituyen salario, sin que puedan pactarse como tal. Y el 485 confía al Ministerio de Trabajo la función de vigilancia y control de las normas laborales. Así que a simple vista se ve, como lo observa la Fiscalía, que ninguno de dichos preceptos tiene relación con el artículo 16 de la Resolución No.0036 que dispone sobre cuestión diferente, pues, contempla en defensa del consumidor los detalles que debe contener la factura o recibo

que expidan los restaurantes, bares, griles, discotecas, cafeterías y análogos, cuando utilicen el sistema de cobros de propina voluntaria, debiéndose especificar que ésta tiene el carácter y no el de obligatorio, para no inducir a aquél en error.

Por lo que acaba de expresarse, este cargo tampoco puede prosperar.

En consideración a las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones 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 22 de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

JUICIOS DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARACTER LABORAL.— COMPETENCIA.— ARTICULOS 128, 131 y 132 Decreto 01 de 1984. CUANTIA. La determinación de la cuantía sólo sirve para establecer si el negocio tiene una sola instancia, en el Tribunal, o una segunda ante el Consejo de Estado; o sea que no sirve para determinar la competencia del Tribunal, que de todos modos la tiene, sea en única o en primera instancia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve (19) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 11.463.
Autoridades Nacionales.
Actora: **Hilda Petrona Cordero de Gómez.**

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, por intermedio de apoderado, la señora Hilda Petrona Cordero de Gómez, solicitó que se hicieran "las siguientes declaraciones".

"PRIMERA: Que son nulas las Resoluciones números 6496 de 3 de diciembre de 1982 y 0047 de 26 de octubre de 1983, providencias ambas expedidas por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, por medio de las cuales se negó a la señora Hilda Petrona Cordero de Gómez, el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se declare que la señora Hilda Petrona Cordero de Gómez, tiene derecho a que por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECON", se le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo que hubiere devengado en el último año de servicios, la cual se hará efectiva a partir de la fecha en que el actor demuestre su retiro definitivo del servicio oficial, cualquiera que sea su edad.

"TERCERA: Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo". (folio 2).

Sobre la competencia dice la actora en su demanda:

"Es competente el Honorable Consejo de Estado, para conocer del presente asunto, de conformidad con lo previsto en el numeral 3o. del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el Decreto 1 de 1984, por tratarse de una acción de Restablecimiento de carácter laboral que hasta el momento no es susceptible de estimación en su cuantía, pues al actor no se le adeudan mesadas ya que se encuentra vinculado al sector oficial y solamente a través de esta demanda discute su vocación al reconocimiento de su pensión de jubilación que no le fue decretada por una autoridad del orden Nacional (folios 4 y 5)".

Como la demanda fue presentada dentro de la vigencia del Decreto 1 de 1984, no queda duda alguna en cuanto a que está sometida íntegramente a sus disposiciones y, por consiguiente, la competencia se regula por lo dispuesto en los artículos 128, 131 y 132 ibídem.

Caben entonces las siguientes consideraciones:

Conforme a los artículos 131 y 132 del citado decreto, los Tribunales Administrativos conocen en única o en primera instancia de los procesos de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo y que tengan una cuantía, en el primer caso cuando no exceda ella de trescientos mil pesos ($ 300.000.oo) y en el segundo, cuando sobrepase esa suma (numeral 6 de ambos artículos).

Por su parte, el artículo 128 del mismo decreto dispone que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conoce privativamente y en única instancia de los siguientes procesos, para mencionar solo aquellos que pueden referirse a cuestiones laborales.

. . . . . .

"1. De los de nulidad de los actos administrativos de orden nacional expedidos en cualquiera de las ramas del poder público, por la Procuraduría General de la Nación, por la Contraloría General de la República, por la Corte Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil, y por las entidades privadas cuando cumplan funciones públicas" (Esta disposición se refiere a la acción de nulidad que estaba regulada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941).

. . . . . .

"3. De los de restablecimiento del derecho *que carezcan de cuantía* en los cuales se controviertan actos del orden nacional" (Subraya la Sala. Se anota que este precepto se refiere a las acciones que regulaban los artículos 67 y 68 del subrogado Código Contencioso Administrativo).

"16. De todos los demás, de carácter administrativo, para los cuales no existe regla especial de competencia".

Según las disposiciones primeramente citadas y las transcritas con posterioridad, *todo negocio que tenga una cuantía debe ser conocido por los Tribunales Administrativos*, en forma exclusiva si aquello no excede de trescientos mil pesos, o en primera instancia, si se da el supuesto contrario, por cuanto el Consejo de Estado, salvo aplicación de la llamada "cláusula general de competencia", no conoce en única instancia sino de los negocios sin cuantía.

De modo que, en materia laboral, la ley excluye de la competencia de los Tribunales, para someterlos a la del Consejo de Estado, en única instancia, solamente los procesos sin cuantía, salvo lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 128 ibídem, como son, entre otros, los relativos a los siguientes asuntos: elaboración de hojas de servicios militares y policiales, reconocimiento de tiempo doble de servicio, derecho a ser socio del Club Militar, ascensos, traslado de empleados públicos, inclusión en una carrera o exclusión de ella, nulidad de un decreto de nombramiento o de una remoción, clasificación de servicios de una entidad oficial, unidad de empresa, reconocimiento de personerías jurídicas a organizaciones sindicales o de juntas directivas de las mismas, cancelación de una asociación en el registro sindical, declaración de ilegalidad de una huelga, autorización de despidos colectivos o de cierre de empresas; todo ello en cuanto no se reclame suma alguna.

Antes de la reforma introducida por el Decreto 1 de 1984, tratándose de asuntos laborales, la cuantía incidía, si el acto acusado era de carácter nacional, para determinar si el proceso tenía dos instancias, la primera en el Tribunal y la segunda en el Consejo de Estado, o *única instancia* en esta última Corporación. En cambio, si el asunto se relacionaba con actos de una entidad territorial, la cuantía determinaba si procedía una sola instancia, en el Tribunal, o una segunda ante el Consejo de Estado. Esta última es la solución adoptada por el Decreto 1 de 1984 tanto para los negocios del orden nacional como para aquellos que conciernan a entidades territoriales.

De suerte que hoy la determinación de si el negocio que implica restablecimiento del derecho de carácter laboral *debe iniciarse en el Tribunal*, para culminar en él o subir en segunda instancia al Consejo de Estado, *o ser de conocimiento privativo de esta última Corporación*, depende de su calificación como asunto con cuantía o sin ella. En otros términos, la determinación de la cuantía solo sirve para establecer si el negocio tiene una sola instancia, en el Tribunal, o una segunda ante el Consejo de Estado; o sea que no sirve para determinar la competencia del Tribunal, que de todos modos la tiene, sea en única o en primera instancia.

Ese factor importa transitoriamente con el efecto que se excluye solo para los negocios que cursan en única instancia ante el Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 266 del Decreto 1 de 1984.

Ahora, una cosa es un negocio sin cuantía y otra un negocio con cuantía no determinada o no fácilmente determinable o de no posible determinación al iniciarse el proceso, por cualquier causa. Si el *negocio tiene cuantía* los Tribunales deben conocerlo, en única o primera instancia, *esté o no aquella determinada*, pues, como ya se dijo, esa determinación solo incide para establecer si concluye en dichas Corporaciones el proceso respectivo o es susceptible de subir, en apelación o consulta, al Consejo de Estado.

Y es obvio que la cuantía puede ser desde la menor suma hasta la más grande que se puedan imaginar, teóricamente de un peso o de varios millones de pesos.

Para el apoderado de la demandante es competente para conocer del negocio, en única instancia, el Consejo de Estado "por tratarse de una acción de restablecimiento de carácter laboral que *hasta el momento* no es susceptible de estimación en su cuantía, pues al actor no se le adeudan mesadas".

No comparte la Sala Unitaria el criterio del apoderado de la actora, pues aunque no se reclamen mesadas pensionales, se solicita el reconocimiento y la orden de pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, que tiene un valor, que la misma demanda señala al decir que debe ser "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo que hubiese devengado en el último año de servicios". La operación es simple: consiste en determinar los salarios devengados en el último año de servicios, sacar el promedio mensual y tomar de él un setenta y cinco por ciento, que da una determinada suma de dinero: $ 15.000.00 ó $ 100.000.00 mensuales.

El hecho de que la actora no pueda disfrutar de la pensión de jubilación, en caso de que le sea reconocida, sino cuando se retire definitivamente del servicio no niega que el negocio referente al reconocimiento y orden de pago de dicha prestación tiene una cuantía.

Se concluye, pues, en que el negocio es de competencia del Tribunal Administrativo que señale el factor territorial, en única o en primera instancia.

Ordena el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión que hace el artículo 267 del Decreto Extraordinario 1 de 1984: "El juez rechazará *in limine* la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia" .....Rechazada la demanda, el juez ordenará la devolución de los anexos, sin necesidad de desglose".

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala Unitaria

RESUELVE:

1o.— Recházase *in limine* la demanda presentada por la señora Hilda Petrona Cordero de Gómez.

2o.— Devuélvanse los anexos a la interesada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUPRESION DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.— (Artículo 48 del Decreto 2400 de 1968).

Por motivos de reorganización de una dependencia o de traslado de funciones de una entidad a otra, o por cualquier otra causa. Consecuencias.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 7414.
Autoridades Nacionales.
Actor: **Alfonso Guerrero Olaya.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Caja Nacional de Previsión contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 1982 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se accedió a las súplicas de la demanda que, por conducto de apoderado, había presentado el señor Alfonso Guerrero Olaya.

El demandante hizo las siguientes peticiones:

"1.— Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2019 de fecha 20 de septiembre de 1978, originaria de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión, en su artículo primero y en cuanto hace referencia a la incorporación a la planta de personal del citado organismo del señor Alfonso Guerrero Olaya, como coordinador 5005 grado 19 de la Sección de Archivo y Correspondencia.

"2.— Que se ordene a la Caja Nacional de Previsión que con retroactividad a la vigencia de la Resolución No. 2019 de 1978, declare la incorporación a la planta de personal a que se refiere la citada resolución en el cargo de Jefe de Sección 2075 grado 05 de la Sección de Pagaduría de la División Financiera de la Subdirección Financiera y de Sistemas, o a otro de igual o similar grado de remuneración y nivel jerárquico pero de iguales funciones y requisitos para su desempeño del cargo que desempeñaba antes de la decisión impugnada y correspondiente a su jerárquia dentro de la carrera administrativa.

"3.— Que se condene a la Nación — Caja Nacional de Previsión a pagar al señor Alfonso Guerrero Olaya todas las sumas que correspondan por diferencias de sueldos, primas o bonificaciones entre el empleo a que fue ilegalmente incorporado por la resolución acusada y las señaladas en las normas legales para el cargo a que debe ser correcta y legalmente incorporado o sea de Jefe de Sección 2075 grado 05 de la Sección de Pagaduría de la citada Caja Nacional de Previsión y por todo el lapso que transcurra entre la vigencia de la resolución acusada y la posesión en el empleo que desempeña actualmente y la fecha de posesión o incorporación a que se refiere el literal dos (2) de estas súplicas, así como a pagarle todas las sumas que corresponda por antigüedad o por cambio de escalas de remuneración, durante el mismo lapso y por las mismas razones.

"4.— Que se declare el derecho del actor Alfonso Guerrero Olaya a permanecer en servicio como funcionario escalafonado en carrera administrativa, hasta tanto no incurra en una cualquiera de las causales legales para el retiro de el servicio para esta categoría de funcionarios".

Como disposiciones infringidas se señalan en la demanda los artículos 16, 20 y 62 de la Constitución Nacional, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968, 180, 181, 215 y 244 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y el Decreto 2733 de 1959. En torno a estas disposiciones el actor desarrolla el concepto de la violación.

El siguiente fue el pronunciamiento que hizo el *a-quo* respecto de las súplicas de la demanda:

"1o.— Declárase la nulidad de la Resolución número 2019 de fecha septiembre 20 de 1978, en cuanto al Director General de la Caja Nacional de Previsión incorporó al señor Alfonso Guerrero Olaya en la planta de personal de esa entidad en el cargo de Coordinador Código 5005, Grado 19 de la Subdirección Administrativa.

"2o.— La Caja Nacional de Previsión incorporará al señor Alfonso Guerrero Olaya, con retroactividad a la fecha de incorporación que se hizo efectiva por medio de la Resolución No. 2019 de 1978, en el cargo de Jefe de Sección Código 2075, Grado 05 de la Sección de Pagaduría, División Financiera de la Subdirección Financiera y de Sistemas.

"3o.— La Caja Nacional de Previsión reconocerá y pagará al señor Alfonso Guerrero Olaya todas las sumas que correspondan por diferencia de sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos entre el cargo de Jefe de Sección Código 2075, Grado 05 de la Sección de Pagaduría y el de Coordinador Código 5005, Grado 19 de la Sección de Archivo y Correspondencia, durante el tiempo transcurrido entre la fecha de posesión del demandante en este último cargo y hasta cuando se produzca la incorporación ordenada en este fallo.

"4o.— La Caja Nacional de Previsión dará cumplimiento al presente fallo dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

En la segunda instancia a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto, el apoderado de la Caja Nacional de Previsión solicita al Consejo de Estado que deniegue las súplicas de la demanda por cuanto no hubo agotamiento de la vía gubernativa, pues, en su opinión, el actor interpuso extemporáneamente el recurso de reposición contra el acto acusado y en la misma forma hizó su petición al Consejo Superior del Servicio Civil, cuestiones que fueron objeto de análisis en la sentencia del Tribunal.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita, en su concepto de fondo, que se confirme la sentencia apelada. Dice así el señor Agente del Ministerio Público:

"En el asunto de la referencia se discute el derecho alegado por el demandante a ser reintegrado al cargo de Jefe de Sección 2075 grado 5 de la Sección de Pagaduría de la División Financiera de la Subdirección Financiera y de Sistemas de la Caja Nacional de Previsión y no al de Coordinador de la Sección de Archivo y Correspondencia, como lo ordenó tal entidad.

"El Tribunal del conocimiento decidió positivamente las pretensiones del libelo inicial.

"Se descorre el traslado para el concepto de la Fiscalía:

"La parte apelante sostiene que en el presente caso no se agotó la vía gubernativa, por haber sido extemporáneos tanto el recurso de reposición como la solicitud a que se refiere el artículo 245 del Decreto 1950 de 1973.

"Ocurre, sin embargo, que "El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas." (artículo 15 del Decreto 2733 de 1959).

"Y en relación con la solicitud a que se refiere el canón 245 del Decreto 1950 de 1973, se observa que este ni la ley que lo reglamenta (artículo 48 Decreto 2400 de 1968) hacen obligatoria la solicitud. De consiguiente, el interesado puede presentar la solicitud o intentar las acciones contencioso-administrativas del caso, sin que para su ejercicio válido se requiera previamente que la solicitud se hubiera presentado y decidido.

"La parte apelante, consecuencialmente, no tiene razón.

"Y como, de otro lado, esta Agencia encuentra acertadas las consideraciones que tuvo el Tribunal a-quo para decidir positivamente las pretensiones del libelo inicial, sin neccsidad de más argumentaciones, se solicita la confirmación del proveído apelado".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala comparte los acertados razonamientos hechos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por consiguiente y no teniendo nada que agregar a lo expresado en la sentencia apelada, acoge sus consideraciones como fundamento de este fallo y al efecto las transcribe:

"Le corresponde a la Sala analizar, en primer término, lo relacionado con el planteamiento del apoderado de la entidad demandada en el sentido de que al acto acusado se encuentra ejecutoriado en razón a que el demandante sustentó el recurso de reposición fuera del término previsto en el artículo 14 del Decreto 2733 de 1959. Al respecto se observa que ciertamente dicho recurso se presentó en forma extemporánea, por cuanto el acto de incorporación se expidió en septiembre 20 de 1978, el demandante lo propuso en el momento de la ejecución de la incorporación, es decir al tomar posesión en octubre 11 del mismo año y solo presentó el respectivo escrito de sustentación en diciembre 27. Sin embargo, lo anterior solo conduce a la conclusión de que el actor no interpuso oportunamente el recurso de reposición, pero en manera alguna significa que hubiese perdido la oportunidad de impugnarlo ante este Tribunal, pues el artículo 15 del decreto citado establece que el recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, como tampoco lo es la petición al Consejo Superior del Servicio Civil en el caso señalado en los artículos 48 del Decreto 2400 de 1968 y 245 del Decreto 1950 de 1973, razón por la cual si bien es cierto que —como lo afirma el apoderado de la parte demandada— que el actor dirigió solicitud a ese organismo después de los treinta días de la incorporación, esta Sala puede entrar a resolver sobre el fondo de las controversias, si se tiene en cuenta, además, que de conformidad con los artículos citados, esa petición solo es procedente en el evento de que la autoridad nominadora manifieste que en la nueva planta de personal no existen empleos equivalentes al que venía desempeñando el empleado de carrera, situación distinta a la del demandante, por cuanto la Caja Nacional de Previsión lo incorporó.

"Se controvierte en este proceso la legalidad de la Resolución No. 2019 de septiembre 20 de 1978, en cuanto el Director General de la Caja Nacional de Previsión incorporó al demandante en la planta de personal de esa entidad en el cargo de Coordinador 5005 Grado 19 de la Sección de Archivo y Correspondencia de la División de Servicios Generales de la Subdirección Administrativa.

"Como fundamento de la impugnación se aduce que el actor tenía derecho a ser incorporado en el cargo de Jefe de Sección 2075 Grado 05, Sección Pagaduría, División Financiera, de la Subdirección Financiera y de Sistemas, debido a que ese empleo es equivalente en funciones y nivel jerárquico al que venía desempeñando como empleado de carrera administrativa, o sea el de Pagador.

"La Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión estableció una nueva planta de personal de esa entidad por medio del Acuerdo número 027 de junio 28 de 1978, el cual fue aprobado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto No. 1470 de julio 19 del mismo año. El Director General de la Caja Nacional de Previsión en desarrollo del citado Acuerdo procedió a incorporar a los empleados a la nueva planta de personal y fue así como expidió la Resolución No. 2019 de septiembre 20 de 1978, dentro de la cual

incluyó al demandante en el cargo de Coordinador 5005 Grado 19 de la Sección de Archivo y Correspondencia, División de Servicios Administrativos de la Subdirección Administrativa.

"Se encuentra demostrado que el actor presta sus servicios a la entidad demandada desde el 12 de marzo de 1956 (folio 123 del cuaderno principal) y aparece inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el cargo de Pagador V-20 en virtud de la Resolución No. 391 de julio 29 de 1974 del Departamento Administrativo del Servicio Civil (folio 44 A, 45 y 46 del mismo cuaderno).

"Según las certificaciones del Departamento Administrativo del Servicio Civil que obran a folios 38, 39 y 152 del cuaderno principal, el cargo de Pagador V-20 —en el cual figura inscrito el demandante en el escalafón de la carrera administrativa— sufrió varios cambios en su denominación y nomenclatura, aunque conservó su equivalencia, pues en la planta de personal establecida por medio del Decreto 1556 de 1975 figuró como Pagador VI-24, luego se convirtió en el Pagador VI-17 en virtud del Decreto 540 de 1977 y, por último, apareció como Pagador Código 5045 Grado 17 en los Decretos 710, 711 y 1042 de 1978. Sin embargo, este último cargo no figura en la planta de personal establecida por el Decreto 1470 de 1978, es decir que, como se afirma en la última certificación mencionada, desapareció o se suprimió.

"El actor fue incorporado en el cargo de Coordinador 5005, Grado 19, de la Sección de Archivo y Correspondencia, el cual evidentemente no equivale al de Pagador V-20 o Pagador Código 5045 Grado 17 que venía desempeñando, pues, sin lugar a dudas, como lo sostiene el Jefe de la División de Salarios y Clasificación del Departamento Administrativo del Servicio Civil de fecha diciembre 11 de 1981 —folio 152—, las funciones generales de esos empleos establecidas en el Decreto 2787 de 1979 son distintas y además, las específicas del primer empleo mencionado en la dependencia de Archivo y Correspondencia son de naturaleza bien diferente a la de Pagador de cualquier entidad.

"Como ya se anotó, el Decreto 1470 de 1978 suprimió el empleo de Pagador de la Sección de Tesorería de la planta de personal de la Caja Nacional de Previsión, Código 5045, Grado 17, pero según lo certifica el Departamento Administrativo del Servicio Civil (folio 152), "... se creó la Sección de Pagaduría con un grupo de Pagaduría Auxiliar y dentro de estas dependencias los cargos de Jefe de Sección 2075-05 y Coordinador 5005-19 respectivamente". Esto significa que algunas de las funciones que antes estaban asignadas a la Sección de Tesorería —las de Pagaduría— se atribuyeron a una Sección Especial —precisamente la de Pagaduría— y para dirigirlas se creó el empleo de Jefe de Sección 2075-05, es decir que se presentó un traslado de funciones dentro de la misma entidad.

"El inciso primero del artículo 48 del Decreto 2400 de 1968 dispone lo siguiente:

" "Cuando por motivo de reorganización de una dependencia o de traslado de funciones de una entidad a otra, o por cualquiera otra causa se supriman cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, éstos tendrán derecho preferencial a ser nombrados en puestos equivalentes de la nueva planta de personal o en los existentes o que se creen en la entidad a la cual se trasladen las funciones.

" "La autoridad nominadora, dará cumplimiento a lo dispuesto en el inciso precedente, teniendo en cuenta que concurran condiciones de equivalencia tanto en las funciones del empleo como en las calidades exigidas para su desempeño.

" "Si a juicio de la autoridad nominadora no existieren empleos equivalentes, el interesado podrá formular una petición al Consejo Superior del Servicio Civil para que se considere su caso, el cual será examinado con asistencia de un delegado del organismo y del peticionario, o de su representante.

" "Cuando en un organismo se suprima un cargo desempeñado por un empleado de carrera dentro de los seis (6) meses siguientes fuere creado otro con funciones iguales o similares, el empleado tendrá derecho a ser nombrado sin necesidad de presentarse a concurso, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño" ".

"Si de acuerdo a la norma transcrita el empleado inscrito en la carrera administrativa tiene derecho a ser nombrado en el puesto existente o que se cree en la entidad a la cual se trasladen las funciones del cargo que venía desempeñando, con mayor razón tiene el derecho preferencial a ser designado en el empleo al cual se trasladen sus funciones dentro de la misma entidad, lógicamente si reúne las calidades exigidas para su desempeño, conforme lo preceptúa el inciso 2o. del artículo ibídem.

"Es cierto que de acuerdo al Manual General de Funciones de los empleos de la rama ejecutiva del orden nacional establecido por medio de los Decretos 1042 de 1975 y 452 de 1976 y ahora por el Decreto 2787 de 1979, existen diferencias en las funciones asignadas a los empleados de Pagador Código 5045 Grado 17 y Jefe de Sección 2075-05, pues mientras el funcionario designado para el primer cargo le corresponda "Recibir, pagar, consignar y responder por la custodia y manejo de los fondos y valores que se le entreguen", al nombrado para el segundo se le atribuye la "dirección, supervisión y coordinación de todas las actividades y personal de la sección a su cargo, y colaboración con sus superiores". No obstante lo anterior esas diferencias desaparecen al analizar la naturaleza de las funciones que le corresponde desarrollar a la Sección de Pagaduría, por cuanto también debe recibir, consignar, custodiar y manejar los fondos y valores que se le entreguen y lógicamente la dirección, supervisión y coordinación de esas actividades están asignadas al Jefe. Es decir que si bien es cierto a nivel general no se advierte una similitud entre las funciones de los cargos de Pagador y Jefe de Sección a nivel específico entre los cargos de Jefe de Sección de Pagaduría y Pagador sí existe esa equivalencia, pues el primer funcionario ejerce las mismas funciones que el segundo.

"Es evidente que el cargo de Jefe de Sección Código 2075, Grado 07 es superior en jerarquía y pertenece a distinto nivel que el de Pagador Código 5045, Grado 17. Sin embargo es preciso señalar que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 48 del Decreto 2400 de 1968, las condiciones fundamentales de equivalencia entre dos cargos para efectos de incorporar a un empleado de carrera administrativa, son las relacionadas con las funciones y con las calidades exigidas para su desempeño, las cuales se reunen en el caso del demandante, pues, de una parte, como ya se consignó, existe similitud en las funciones de los dos empleos y, de otra, también reunía los requisitos exigidos para el desempeño del cargo de Jefe de Sección de Pagaduría, por cuanto si bien es cierto que el Manual de Requisitos Mínimos vigente por esa época —Decreto 1042 de 1975 y 452 de 1976— y el actual —Decreto 1577 de 1979— exigen el Grado Universitario para su ejercicio, resulta que el actor puede compensar ese requisito con la experiencia laboral debido a que se encuentra vinculado a la entidad demandada desde el año de 1965.

"En estas condiciones la Sala llega a la conclusión de que el Director General de la Caja Nacional de Previsión ha debido incorporar al actor en el cargo de Jefe de Sección Código 2075, Grado 05 de la Sección de Pagaduría y no en el de Coordinador Código 5005, Grado 19 de la Sección de Archivo y Correspondencia, como se hizo en el acto acusado, razón por la cual se debe declarar la nulidad solicitada y consecuencialmente acceder a las demás peticiones de la demanda. Conviene señalar que en la Resolución

2019 de 1978, por medio de la cual se incorporó a los empleados públicos de la Caja Nacional de Previsión a la Planta de personal establecida por el Decreto 1470 del mismo año, no se designó a la persona que debía desempeñar el empleo de Jefe de Sección Código 2075, Grado 05 de la Sección de Pagaduría, lo cual indica que sí existía la posibilidad para la administración de incorporar al demandante en ese cargo que le correspondía".

Estando la Sala de acuerdo con la decisión del Tribunal, que encuentra ajustada a la ley, habrá de confirmarla.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto de su Fiscal colaborador, 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 14 de mayo 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 1o. de junio de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

ENCAJE BANCARIO Y POSICION MENSUAL DE ENCAJE.— Una cosa es liquidar el encaje, lo cual se hace diariamente y otra bien distinta es la determinación de la posición mensual del encaje.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., julio seis de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Referencia: Expediente No. 4534.
Actor: **Banco Panamericano.**
Nulidad de las Resoluciones No. 493 de febrero 25 de 1977 y 1276 de abril 25 de 1977 de la Superintendencia Bancaria.

Se decide la demanda instaurada por el Banco Panamericano en la que pide la nulidad, y el consiguiente restablecimiento del derecho, de las Resoluciones 0493 de febrero 25 de 1977 y 1276 de abril 25 del mismo año, por medio de las cuales la Superintendencia Bancaria impuso al referido Banco una multa por valor de ciento cincuenta y seis mil novecientos siete pesos con cuarenta y tres centavos moneda corriente ($ 156.907,43) por defecto en la posición de encaje correspondiente al mes de octubre de 1976, decisión tomada con fundamento en la Resolución No. 50 de 1974 artículo 8o.

La acción está dirigida a que se exima al Banco demandante del pago de la multa y en forma subsidiaria, en el evento de que la petición principal no prospere, a que se reduzca la sanción a la justa medida conforme a la ley.

En cuanto a los hechos, el actor expone que la Superintendencia Bancaria expidió la Resolución 0493 de febrero 25 de 1977 y 1276 de abril 25 del mismo año, en la que aplicó inapropiadamente el artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974, alegando que si bien es cierto que se presentarón algunos defectos de encajes parciales en el mes de octubre del año anterior, la posición de encaje mensual de la institución es favorable conforme al balance, y especialmente según aparece de los anexos 7 y 7a. que estan en poder de la Superintendencia Bancaria.

Alega, en la exposición de motivos, que en el capítulo III de la Resolución 50 de 1974 de la Junta Monetaria, en su artículo 6o. se expresa:

"La posición de encaje de los establecimientos bancarios se discriminará para 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 los saldos diarios de las disponibilidades computables que presente el Banco durante el mismo período mensual".

Lo anterior, agrega el actor, equivale a decir que la posición de encaje es la resultante de la ecuación que establece el monto de las exigibilidades, sobre las cuales se liquida el encaje legal requerido que pasa a cubrirse con el monto de las disponibilidades diariamente, alegando de este modo la aplicación del artículo 7o. de la Resolución 50, según el cual existe una posición negativa de encaje, cuando durante todo un mes calendario la suma de los defectos diarios de encaje es superior a la suma de los excesos diarios de encaje. Esta interpretación, dice el demandante, se colige al leer el artículo 7o. de la Resolución 50 citada que dice:

"El exceso o defecto diario de encaje se determina de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior".

Aplicando estas normas resulta, conforme a los anexos 7 y 7a. enviados, que la posición mensual de encaje para el mes de octubre de 1976, era positiva ya que los resultados arrojan cifras concretas para un exceso mensual de encaje de $ 322.689.000.00 insistiendo en que el exceso siempre fue superior al defecto en la suma de $ 131.785.000.00, lo cual demuestra que el Banco tuvo una posición positiva de encaje durante el mes de octubre de 1976, la que la Superintendencia Bancaria ha catalogado como posición negativa, sancionando al Banco con multa, por desencaje diario, sin tener en cuenta el exceso de otros días y el promedio mensual entre los excesos y los defectos de encaje.

De lo expuesto surge como tema de decisión, si el defecto diario es o no sancionable y en que forma y si lo que se debe sancionar la posición mensual negativa de encaje y como se determina está.

En el capítulo III de la Resolución No. 50 de 14 de agosto de 1974 dictada por la Junta Monetaria de la República de Colombia en ejercicio de las facultades acordadas a esta entidad oficial por el Decreto-Ley 2206 de 1963, bajo el acápite "sistema para el computo del encaje", artículos 6o. y 7o. se expresa:

Artículo 6o.— "La posición de encaje de los establecimientos bancarios se determina para cada día en la siguiente forma: el encaje requerido se calculará con base en las

cifras diarias de la exigibilidades sujetas a encaje que registre la respectiva institución durante los días hábiles de cada mes calendario. La cifra así determinada se comparará con los saldos diarios de las disponibilidades computables que presente el banco durante el mismo período mensual".

Artículo 7o.— "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 una 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."

Pero el artículo 8o. ibídem, el cual da fundamento a la resolución sancionatoria, expresa:

Artículo 8o.— "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925, por los defectos de encaje legal en que incurriere un establecimiento bancario, la Superintendencia Bancaria aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional de 2,5 por ciento mensual sobre tales defectos, liquidados con base en los saldos diarios."

Así pues es necesario transcribir apartes esenciales de los actos acusados y hacer un pronunciamiento respecto de su legalidad.

En la Resolución 0493 de febrero 25 de 1977 expedida por la Superintendencia Bancaria se lee en el único considerando:

"Que la consolidación de encaje legal del Banco Panamericano, correspondiente al mes de octubre de 1976, esta Superintendencia estableció que el Banco incurrió en un defecto total de $ 190.904.000.00, y por tanto es procedente aplicar la sanción pecuniaria que a favor del Tesoro Nacional establece el artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 de la Junta Monetaria, sanción que liquidada con base en los saldos diarios al 2.5% mensual sobre tal defecto, asciende a la suma de $ 156.907.43 según consta en la relación que se acompaña como parte integrante de esta providencia."

La Resolución 0493 de febrero 25 de 1977 fue recurrida por el apoderado del Banco Panamericano el cual alegó que el Banco había presentado conforme al balance consolidado en 31 de octubre de 1976, anexo 7a., una posición positiva de encaje, que es la diferencia entre los excesos diarios de encaje durante todo el mes que ascendieron a la suma de trescientos veintidós millones ochenta y nueve mil pesos moneda corriente ($ 322.089.000.00) y los defectos diarios durante el mismo período mensual que ascendieron a la suma de ciento noventa mil novecientos cuatro mil pesos ($ 190.904.000), diferente que en ese mes el Banco tuvo una posición positiva de ciento treinta y un millón setecientos ochenta y cinco pesos mensuales.

A su vez, la posición contraria de la Superintendencia Bancaria esta contenida en los considerandos de la Resolución No. 1276 de 25 de abril de 1976 que resolvió el recurso de reposición de la Resolución No. 0493 de febrero 25 de 1977 en la que se dijo:

"A) Mediante la Resolución 50 de agosto 14 de 1974, la Junta Monetaria recopiló y reestructuró las disposiciones que regulan el encaje legal en moneda nacional de los establecimientos bancarios con fundamento en las facultades de ella asignadas en el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973.— En el artículo 3o. del capítulo segundo de dicha providencia, denominada "sistema para el computo de encaje" se estableció que la posición de encaje de los establecimientos bancarios 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 encaje que registre la respectiva institución durante los días hábiles de cada mes calendario—. La cifra así determinada se comparará con los saldos diarios de las disponibilidades computables que presente el Banco durante el mismo período mensual.— En tal forma y de conformidad con lo previsto en la Circular No. DAB-103 de agosto 23 de 1974, reglamentaria de la citada Resolución No. 50, el encaje requirido se liquida diariamente aplicando a las exigibilidades presentadas en el anexo 7 los porcentajes indicados en dicha circular requerido que una vez determinado debe registrarse en la columna No. 14 de dicho anexo—. La resultante, o sea el total requerido, se compara con los saldos diarios de las disponibilidades computables registradas diariamente en la columna No. 11 del anexo 7, para establecer la posición diaria de encaje, resultante, que a su vez es presentada en la columna 12 o 13 del anterior anexo."

B) De otro lado, el artículo 7o. de la mencionada Resolución 50, cuando dispone que "existe una situación de desencaje o posición negativa de encaje cuando durante un mes calendario la suma de los defectos diarios de encaje" define la posición de encaje mensual para los efectos del artículo 9o. siguiente, según el cual, el establecimiento bancario que presentare en un determinado mes situación de desencaje no tiene acceso al redescuento de bonos de prenda de las operaciones con cargo a los fondos financieros que maneja el Banco de la República y de las operaciones otorgadas en desarrollo de las líneas especiales de crédito con recursos del Banco Emisor, durante el mes contado desde la fecha en la cual se determine la situación de desencaje."

C) Al establecerse a partir del mes de agosto de 1974 el sistema de liquidación diaria de encaje —no mensual como lo da a entender el recurrente— esta Superintendencia impuso una multa por $ 156.907.;43 de que da cuenta la Resolución No. 0493 aplicando sobre el total de los defectos presentados durante el mes de octubre de 1976 en cuantía de $ 190.904.000 la sanción establecida en el artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 de la Junta Monetaria, equivalente al 2.5% mensual sobre tales defectos liquidados con base en los saldos diarios".

Conviene, conforme a la anterior motivación transcribir los artículos 8o. y 9o. de la Resolución 50 de agosto 14 de 1974 a efecto de establecer si es correcta la interpretación que de los artículos 6o., 7o., 8o. y 9o. estos dos últimos pertenecientes al Capítulo III que trata de las "sanciones por defectos y situación de desencaje" de dicha resolución, se hizo por la Superintendencia:

Artículo 8o.— "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925, *por los defectos de encaje legal en que incurriere un establecimiento bancario, la Superintendencia Bancaria aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional de 2,5 por ciento mensual sobre tales defectos, liquidados con base en los saldos diarios.*" (Lo subrayado es de la Sala).

Artículo 9o.— "Si un establecimiento bancario presentare *en un determinado mes situación de desencaje,* no tendrá acceso al redescuento: de bonos de prenda, de operaciones con cargo a los fondos financieros que maneja el Banco de la República y de operaciones otorgadas en desarrollo de líneas especiales de crédito con recursos del Banco Emisor durante un mes, contado desde la fecha en la cual se determina la situación de desencaje " (lo subrayado es de la Sala).;

Al evaluar el traslado al Fiscal Tercero de la Corporación estimó que debe enviarse el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por ser de su competencia y por ser la cuantía inferior a $ 300.000 de acuerdo con la Ley 22 de 1977 que en su artículo 12 elevó tres veces la cuantía,— la Sala no accederá a la petición del señor Agente del Ministerio Público por cuanto al momento de presentarse la demanda no estaba vigente la Ley 22 de 1977— 23 de mayo de 1977.

A su vez la doctora Estela Villegas de Osorio apoderada de la Superintendencia Bancaria que ejerció en esa época las funciones de Jefe de la Oficina Jurídica de esta Entidad, en extenso alegato se opone a las súplicas de la demanda, insiste en la interpretación que se hace en los actos demandandos de los artículos 6o., 7o., 8o. y 9o. de la Resolución 50 de 1974 de la Junta Monetaria, manifestando que el Banco Panamericano se le sancionó por defectos diarios de encaje.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Como queda claro de lo relatado, no se discute que el Banco Panamericano durante ese mes de octubre de 1976 presentó en algunos días defectos diarios de encaje, pues el Banco Panamericano funda su pretensión en la consideración de que comparando los excesos con los defectos diarios de encaje, la suma de los primeros superan a los segundos, por lo cual no habría lugar a la sanción que se le impuso.

De lo expuesto no cabe la menor duda que una cosa es liquidar el encaje, el cual se hace diariamente y otra bien distinta es la determinación de la posición mensual de encaje y finalmente que el defecto diario de encaje de los bancos y demas intermediarios financieros se sanciona con multa impuesta por la Superintendencia Bancaria a razón del 2.5 por ciento mensual sobre los mencionados defectos —que son diarios— a favor del Tesoro Nacional, conforme al artículo 8o. de la Resolución 50 de agosto 14 de 1974 que fue correctamente aplicada por la Superintendencia lo que ocurre es que en la citada Resolución 50 de 1974 se prevee dos situaciones a saber el defecto diario de encaje que aumenta la sanción del 2,5 mensual sobre tales defectos, y la situación o posición negativa de encaje la cual se sanciona conforme al artículo 9o. ibídem prohibiéndole al Banco el acceso al redescuento de bonos de prenda, de operaciones con cargo a los fondos financieros que maneja el Banco de la República y de operaciones otorgadas en desarrollo de líneas especiales de crédito con recursos del Banco Emisor durante un período igual contado a partir de la fecha en la que se determina la situación de desencaje; y si esta situación se prolonga por tres meses consecutivos el Superintendente Bancario está autorizado para tomar respecto del Banco las providencias que autoriza el artículo 5o. del Decreto 3233 de 1965 (multas que debe imponer el Superintendente Bancario por violación de normas estatutarias, legales o de reglamento o de cualquier orden a la cual debe estar sometido el Banco).

Así pues, se repite, y para que quede claro el criterio de la Sala luego de la lectura atenta de las normas pertinentes, artículos 6o., 7o., 8o. y 9o. de la Resolución 50 de 1974, una cuestión definida en el artículo 6o. es la forma como se determina el encaje bancario para cada día, una operación que consiste en calcularlo con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje que se comparan con los saldos diarios de las disponibilidades computables, determinando el exceso o defecto diario de encaje, viene entonces la determinación de la posición "positiva o negativa de encaje", entendiendose que existe "posición de desencaje" o "posición negativa de encaje" cuando durante un mes calendario, la suma de los defectos diarios de encaje, supere a la suma de los excesos diarios de encajes una tercera cuestión es como se penaliza o sancionan los defectos diarios y la posición negativa de encaje respecto de esta última situación, conforme al artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 de la Junta Monetaria, los defectos diarios de encaje se sancionan con multa de 2,5% mensual sobre tales defectos, liquidados con base en los saldos diarios y, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925 según reza el citado artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974. Por el artículo 32 de la Ley 45 de 1923 el Superintendente Bancario está facultado para imponer una multa que no exceda de 1% del promedio de deficiencia en los primeros veinte días en que un Banco no mantuviere el encaje legal requerido y no mayor del 2% del promedio de deficiencia por cada período subsiguiente de veinte días, situación que no parece que hubiere presentado el Banco Panamericano

pues solo se le aplicó la sanción prevista en el artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974, lo cual indica que los defectos diarios de encaje fueron inferiores a veinte días.— Si el defecto de encaje durante el mes supera los excesos de encaje, la Superintendencia Bancaria debe negarle acceso al redescuento de bonos de prenda, de operaciones con cargo a los fondos financieros que maneja el Banco de la República y de operaciones otorgadas en desarrollo de líneas especiales de crédito con recursos del Banco Emisor durante un mes que se cuenta desde la fecha en que se presentó la situación de desencaje conforme al artículo 9o. ibídem, y, si esta situación se prolonga por un período de tres meses, entonces el Superintendente previo el estudio de la situación del Banco puede tomar en relación con sus representantes legales y directores las medidas del artículo 5o. del Decreto 3233 y podrá imponer multas sucesivas al Banco y a sus directores en la cuantía indicada en este artículo.

De lo expuesto y en relación con el aspecto relativo a la interpretación de las normas de la Resolución 50 de 1974, es dable concluir que la Superintendencia Bancaria, en los actos demandados, aplicó estrictamente la ley, y en cuanto al aspecto probatorio, la solución es igualmente contraria al *petitum* de la demanda ya que el Banco Panamericano, tampoco probo que la Superintendencia Bancaria le hubiese aplicado una multa excesiva.

En efecto, los peritos designados consignan en su experticio que no tuvieron a la vista los libros de contabilidad de la sucursal de Cali puesto que el balance del mes de octubre de 1976 se refería tanto a la Oficina principal de Bogotá como a la sucursal de Cali.— Quizás, como se puede colegir del esperticio, la circunstancia de que el Banco Panamericano fue absorvido por Banco del Estado, dificultó la labor de los peritos.— Así las cosas, no habiéndose desvirtuado la actuación de la Superintendencia frente a las normas dictadas para proteger a terceros como son las relativas al encaje bancario, como tampoco que la cuantía de la multa impuesta fuese excesiva se impone la desestimación de la demanda.

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

FALLA:

1o. Desestímase las peticiones del libelo.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTOS.— DEDUCCIONES POR INVERSION EN SOCIEDADES.— La deducción a que se refiere el artículo 13 de la Ley 20 de 1979: "Sólo opera para sociedades anónimas o asimiladas, máxime que, desde que se estableció dicho estímulo a la inversión, se concebió como mecanismo de reproducción de sociedades anónimas, como se aprecia en la Ley 54 de 1977 y su Decreto Reglamentario el 250 de 1978.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., julio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 8242.
Actor: **Bernardo Herrera Molina.**
Nulidad y suspensión provisional concepto No. 016 de 1981 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.
Autoridades Nacionales.

El ciudadano abogado Bernardo Herrera Molina, formuló demanda ante esta Corporación para obtener la nulidad del concepto No. 016 del 7 de enero de 1981 originario de la Sub-dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda sobre el criterio de interpretación del artículo 13 de la Ley 20 de 1979 circunscrito a la parte de dicho concepto que expresa lo siguiente:

"De acuerdo con las normas enunciadas podemos entonces concluir:

"a) Que si bien es cierto, el artículo 13 de la Ley 20 de 1979 no hizo diferencia en cuanto a la clase de sociedad que podría solicitar tal deducción, debe entenderse que ella solo opera para sociedades anónimas o asimiladas".

El actor considera que con el texto anteriormente transcrito se incurrió en nulidad del acto por violación del mismo artículo 13 de la Ley 20 de 1979, del artículo 27 del Código Civil y el artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional.

Como concepto de la violación expresó el actor:

"A través de una supuesta "interpretación" del artículo 13 de la Ley 20 de 1979, la Dirección General de Impuestos estableció bajo la condición de regla general y objetiva, a través del acto administrativo acusado, una limitación nueva, no establecida en la norma "interpretada", en el sentido de *"consagrar"* que las sociedades distintas de las anónimas y asimiladas, v. gr. las de responsabilidad limitada, no puede gozar de la deducción establecida en aquella por vía de incentivo.

"Tan palmaria se presenta la transgresión de la ley, que basta enunciar brevemente el concepto de las violaciones, sin abundar en esfuerzos dialécticos:

"El artículo 13 de la Ley 20 de 1979, en su inciso primero, otorga la deducción que allí se menciona en favor de *"Las sociedades"* que realicen ciertas inversiones, v. gr. la constitución de nuevas sociedades anónimas que se dediquen a los fines allí previstos.

"Al hacerlo, NO DISTINGUE NI ESTABLECE LIMITACION ALGUNA respecto del tipo o molde legal que deben tener tales "sociedades", como condición legal para que puedan disfrutar de tal beneficio, y es por demás sabido que al intérprete no le está permitido distinguir donde la ley no distingue.

"La Dirección General de Impuestos Nacionales empieza por reconocer que el artículo 13 de la Ley violentada "no hizo diferencia en cuanto a la clase de sociedad que podría solicitar tal deducción", pero no obstante, llega a la conclusión que formuló como criterio de aplicación oficial a través de dos consideraciones visiblemente improcedentes.

"La primera de ellas porque si bien, es cierto que el parágrafo del referido artículo 13 consagra un límite al monto de la deducción con fundamento en la renta presuntiva (lo cual no se aplica a las sociedades de responsabilidad limitada), lo que puede deducirse de ello es que el límite de la deducción solo se consagra para las sociedades que sí están sometidas a la renta presuntiva, o en el peor de los casos, que tratándose de sociedades limitadas, habrá que *"calcular"*, simplemente, la cuantía de la renta presuntiva para establecer el límite de la deducción, lo cual no implica que se les esté *"aplicando"* el régimen de la renta presuntiva, que ciertamente les es extraño.

"Lo que sí no se puede, en todo caso, es llegar al exceso, por vía de interpretación, de consagrar exclusiones no establecidas ni buscadas por el legislador; que no fluyen como única conclusión posible, y que tampoco le prestan servicio alguno al propósito visible buscado por el legislador de estimular la creación y el ensanche de sociedades anónimas que emprendan actividades empresariales de marcado interés para el desarrollo del país, lo que supone un esfuerzo del legislador por superar la depresión que afecta a la sociedad anónima, y compensar con incentivos fiscales el desaliento y la desconfianza que ha hecho mella en los inversionistas. Ese esfuerzo, desde luego, se ha visto frustrado con el concepto impugnado, que constituye el criterio oficial de obligada aplicación.

"Sobre el segundo fundamento invocado por la Dirección General, basta anotar que se apoya en un simple decreto reglamentario, que ni excluye expresamente a las sociedades de responsabilidad limitada, (como sí lo hace en forma expresa la Dirección General) ni tiene, —en el evento de que lo hubiere hecho— entidad para modificar el texto de la ley reglamentada.

"Es palpable igualmente la violación del artículo 27 del Código Civil en cuanto al acto administrativo impugnado no se contrae a interpretar una expresión oscura, sino que se ocupó en *agregarle* a la ley previsiones de carácter restrictivo.

"Finalmente, en cuanto a través de un concepto se pretente determinar la forma como habrá de recibir aplicación el parágrafo 1o. del artículo 13 de la Ley 20 de 1979, mediante el procedimiento de atribuírle restricciones al inciso primero del mismo, se ha invadido esferas privativas del Presidente de la República, al ejercitar, en forma ostensiblemente desviada, la facultad reglamentaria".

Simultáneamente solicitó la suspensión provisional, la cual fue negada mediante providencia del 18 de agosto de 1981 y confirmada por la Sala de Decisión mediante providencia del 5 de octubre de 1981.

Durante el trámite del proceso se constituyó en parte impugnadora la Dirección General de Impuestos mediante funcionario autorizado legalmente sosteniendo que un caso igual ya fue resuelto por la Corporación en providencia del 21 de febrero de 1980 y relacionada con el artículo 22 de la Ley 54 de 1977, por la cual solicita que se considere el tema propuesto como cosa juzgada.

Tramitado el negocio dentro de los parámetros legales y sin que se observe nulidad procesal alguna en su tramitación se procede a resolver después de oído el concepto de la Fiscal 6a. del Consejo de Estado.

Como se desprende del concepto de violación el actor entiende que la instrucción acusada modificó limitando los alcances de la norma legal consagrada en el artículo 13 de la Ley 20 de 1979 al afirmar que la deducción a la renta del valor de las inversiones que hayan realizado debe entenderse que rigen solamente para sociedades anónimas cuando el artículo en cuestión habla simplemente de sociedades, sin hacer distingo de ninguna naturaleza.

En el auto admisorio de la demanda para negar la suspensión provisional se afirmó lo siguiente:

"En primer lugar debe advertirse que si el documento de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos fuere un simple concepto no constituiría acto administrativo sometido al control jurisdiccional correspondiente, pero como realmente lo anota el propio demandante, dicho concepto se convirtió en instrucción a todos los subalternos de la Dirección de Impuestos y en esas condiciones el acto es susceptible de ser demandado.

"El fundamento de la demanda radica en el hecho de que la Ley 20 de 1979 habla en términos generales de las sociedades al paso que la instrucción acusada considera que la facultad de deducir de la renta el valor de determinadas inversiones, solo está concedida por la ley a las sociedades anónimas.

"Sin embargo, no puede perderse de vista que el artículo 13 de la Ley 20 de 1979 reemplazó el artículo 22 de la Ley 54 de 1977 y que el artículo 46 del Decreto Reglamentario 250 de 1978 refiriendose a esa específica disposición dispone: "La deducción prevista en el citado artículo 22, no se extiende a las sociedades de responsabilidad limitada y asimilidas, por estar ellas excluídas del régimen de renta presuntiva.

"Igualmente el Decreto Reglamentario 2595 de 1979 en sus artículos 16 a 18 por medio de los cuales hace referencia al artículo 13 de la Ley 20 de 1979 concreta sus disposiciones exclusivamente a las sociedades anónimas.

"Estamos pues enfrente de una interpretación del alcance de la ley que la circular o instrucción acusada hace, pero con fundamento en unos criterios de interpretación señalados por normas de mayor jerarquía como son el Decreto 250 de 1978 y el Decreto 2595 de 1979; y como estas normas no han sido acusadas, o por lo menos no hay decisión jurisdiccional que las anule por ilegales, su eficacia sigue amparada por la presunción de legalidad que naturalmente tiene que proyectarse sobre la circular o instrucción *sub-júdice*.

"Ello no obsta para que ya en un estudio cuidadoso del alcance de la ley se llegue a conclusiones sobre la legalidad o ilegalidad de la instrucción, pero en estas condiciones no es posible aplicar la medida cautelar que se solicita por falta del mencionado estudio, el cual solo puede hacerse con ocasión de la sentencia que se dicte en este proceso".

Este criterio lo reafirma la Sala después de estudiados cuidadosamente los argumentos del actor y el texto mismo de la norma en función de todo el estatuto relacionado con el fomento a la capitalización que constituye el Capítulo III de la Ley 20 de 1979 y de los antecedentes de la norma que vino a ser reemplazo del artículo 22 de la Ley 54 de 1977, reglamentado por el Decreto 250 de 1978 en su artículo 46.

Pero además el muy cuidadoso estudio de la Fiscal 6a. del Consejo de Estado corrobora ese criterio en los siguientes términos que la Sala los adopta como parte de la motivación de esta sentencia.

Dijo así la señora Fiscal:

"El asunto en examen, se contrae a establecer si la interpretación que se hizo en la instrucción acusada, del artículo 13 de la Ley 20 de 1979, resulta acusada o no.

"El actor sostiene que la disposición mencionada es clara en facultar la deducción, de manera genérica, para todas las sociedades.

"En el concepto acusado se estimó, por el contrario, que dicho beneficio solo cobija a las sociedades anónimas.

"El Honorable Consejo, en el auto que resolvió sobre suspensión provisional, expresó, *prima facie*, que los decretos reglamentarios de la Ley 20 de 1979 ilustraban sobre el alcance de su artículo 13 y permitían concluír que dicha disposición se refiere restrictivamente a las sociedades anónimas.

"Censura el actor, en su alegato de conclusión, que se reconozcan o usen los decretos reglamentarios como:

"Fundamento de interpretación de la ley reglamentada, porque con semejante planteamiento se llegaría por muy fácil camino a la transgresión de la ley".

"Compartiría este Despacho el anterior criterio del demandante si, para el caso en examen se estuviera cuestionando la legalidad de los Decretos Reglamentarios 250 de 1978 y 2595 de 1979. Entonces, cabría sostener, que envuelve una petición de principio interpretar la ley con base en los criterios fijados por sus disposiciones reglamentarias. Pero el actor no ha cuestionado la legalidad del Decreto 250 de 1978 (que reglamentó la Ley 54 de 1977), ni del Decreto 2595 de 1979 que reglamentó la Ley 20 del mismo año.

"Por ello, en este evento se plantea un dilema: o los artículos 16 a 18 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979 restringieron incorrectamente los efectos del artículo 13 de la Ley 20 de 1979 al considerar que éste solo se refiere a las sociedades anónimas, o dichas disposiciones corresponden cabalmente al propósito expresado por el legislador en el mencionado artículo 13.

"Si lo primero: el actor ha debido acusar, también, los artículos 16 a 18 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979 a efecto de integrar, cabalmente, la proposición jurídica objeto de acusación.

"Si lo segundo: nada cabe objetar a la Circular acusada, pues, resulta conforme con normas superiores que carecen de vicios.

"En la primera hipótesis, un pronunciamiento de fondo de la jurisdicción contenciosa administrativa, contraido únicamente a la Circular acusada, resultaría inane pues el vicio persistiría en normas superiores. Habría lugar, entonces a fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda derivada de la indebida conformación de la proposición jurídica objeto de acusación.

"Pero ante la segunda hipótesis no puede cuestionarse, como lo hace el actor en su alegato de conclusión, que los decretos reglamentarios se aprovechen en la tarea de interpretación, pues ellos integran y complementan los mandatos del legislador.

"Apenas obvio resulta, entonces, que, atendiendo el carácter indiscutiblemente sistemático del derecho positivo, se recurra a los desarrollos reglamentarios como criterio de orientación para fijar el alcance de las disposiciones legales.

"Y dicha interpretación sistemática se justifica, aún más cuando, como en este caso, la simple lectura del artículo 13 de la Ley 20 de 1979, resulta insuficiente para entender, cabalmente su alcance y es necesario acudir a otras disposiciones legales (como el artículo 11 de la Ley 54 de 1977) para conocer en su integridad el mandato del legislador, pues, la interpretación que propone el actor solo satisface a quien, recortando la norma, se atenga solo a su inciso primero y desconozca los demás preceptos en ella contenidos. Tan modesta exégesis no ordena el artículo 27 del Código Civil.

"Para una adecuada interpretación se precisa, inicialmente, conocer en su integridad el contenido del artículo 13 mencionado, y éste, al limitar en el parágrafo 1o., la deducción que autoriza: al 20% de las utilidades que sobrepasen la renta presuntiva de las sociedades que realicen la inversión", obliga a considerar, obviamente, que dicha deducción solo puede ser solicitada por aquellas sociedades a las cuales se aplica la presunción consagrada en el inciso 1o. del artículo 11 de la Ley 54 de 1977.

En sentido contrario significa, simplemente, que las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas se hallan excluídas del beneficio, pues a ellas no las afecta dicha presunción, conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 11 ya citado.

"Conclusión apenas lógica es, entonces, la contenida en el concepto acusado de que la deducción a que se refiere el artículo 13 de la Ley 20 de 1979: "solo opera para sociedades anónimas o asimiladas" máxime que, desde que se estableció dicho estímulo a la inversión, se concibió como un mecanismo de reproducción de sociedades anónimas, como se aprecia en la Ley 54 de 1977 y su Decreto Reglamentario el 250 de 1978.

"Debe finalmente observar este Despacho, que la imposibilidad de violación del artículo 120-3 de la Carta por funcionario distinto al Presidente de la República, a que se refirió el auto de 18 de agosto de 1981, resulta exacta en cuanto solamente a él se le atribuyó la facultad de reglamentar las leyes para garantizar su cumplida ejecución y, por ende, solo él podría exceder su facultad. Sin embargo existe otra posible hipótesis de violación de la citada norma cual es la de abrogación de competencia para ejercer la Potestad Reglamentaria, en la cual puede incurrir cualquier otro funcionario".

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:

Niéganse 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 27 de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

MERCANCIAS.— ENTREGA.

1.— Es cierto que el artículo 18 del Decreto 849 de 1979 trata de la ENTREGA DE MERCANCIAS importadas mediante el sistema de actas, también es evidente que no alude a mercancías que se encuentre en ZONAS FRANCAS. 2.— REGLAMENTOS GENERALES DE ADUANA. ¿Quien los expide? Facultad de quien los expide. Si los reglamentos en cuestión únicamente pueden emanar del Director General de Aduanas, un funcionario de inferior categoría a él no tiene competencia para derogar, suspender u ordenar la no aplicación, total o parcial de ellos.

Declárase la nulidad de la totalidad de la Circular No. 2943 de 11 de febrero de 1981, emanada de la División Legal de la Dirección General de Aduanas y dirigida a la Aduana Nacional de Cartagena.

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

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 4462.
Actor: **Hernán Gómez Piedrahita.**

En ejercicio de la acción que consagraba el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 y que continúa establecida en el artículo 84 del actual Código Contencioso Administrativo, el ciudadano abogado Hernán Gómez Piedrahita solicitó ante esta Corporación la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. De la Circular No. 2943 de 11 de febrero de 1981, emanada de la División Legal de la Dirección General de Aduanas que dice:

"ADUANAL.—CARTAGENA.—2943.— Referente surad. 89. Conforme Ley 105 año 1958 y Decretos rigen zonas francas mercancías depositadas en ella solo podrán extraerse para la nacionalización o exportación. Decreto 849 de 1979 no señala procedimiento extracción por acta de zonas francas. Reglamento 328 excediose en artículo 29 por tanto no es aplicable en cuanto a entregas por acta desde zonas francas. Consecuencia para aplicar arancelariamente posición y gravámenes es la de solicitud de nacionalización conforme artículo 18 Resolución 61 año 1964. Sobre dicha norma el Honorable Consejo de Estado se pronunció en doctrina de abril 1973. Atentamente.— Noguera Divilegal".

2. De la Circular No. 24597 de 31 de octubre de 1980, de la Dirección General de Aduanas, del siguiente tenor:

"ADUANAL CARTAGENA.— 24597.— Acuerdo literal b artículo 24 y artículo 26 Ley 105 año 1958 mercancía encuéntrase zonas francas lleguen solo puden salir por reexpedición al exterior o nacionalización cumpliendo requisitos legales Punto. En ningún caso en tránsito para zonas aduaneras o aduana interna sin previa nacionalización punto. Sírvase comunicar lo anterior gerentes de zonas francas su jurisdicción y publicar órdenes administrativas y órdenes del día haciendo conocer a usuarios esta aclaración fin evitar cometan errores en perjuicio sus actividades punto. Avise recibo punto. Atte. Vic. Eduardo Meléndez Ramírez Digeaduanas".

A manera de fundamentos de hecho, expone el demandante que en uso de las facultades conferidas a la Dirección General de Aduanas por el Decreto 075 de 1976,

especialmente por su artículo 36 —literal a)—, el jefe de la División Legal de la mencionada Dirección General, mediante la Circular No. 2943 de 1981, dirigida inicialmente a la Aduana de Cartagena y posteriormente transcrita a todas las aduanas del país y aplicadas a todos los importadores que utilizan las diferentes aduanas nacionales, determinó que las mercancías de zonas francas no pueden ser entregadas por acta y que el reglamento 328 excedió en su artículo 29 las facultades legales. Igualmente dice el actor que por medio de la Circular No. 24597 de 1980 el Director General de Aduanas estableció la prohibición de autorizar el tránsito de mercancías de las zonas francas a las zonas aduaneras y a las aduanas internas sin la previa nacionalización y que, además, la misma Dirección ha dicho que esta circular prohibe también la entrega de mercancías de zonas francas por acta, toda vez que para la salida de tal recinto exige la reexpedición al exterior o la nacionalización, con sometimiento a los requisitos legales. Agrega que "así lo vienen aplicando y entendiendo la totalidad de los administradores de aduanas por órdenes de la Dirección General de Aduanas".

Afirma el demandante que la Circular 2943 de 1981 viola los artículos 18 del Decreto 849 de 1979 y 29 del Reglamento General de Aduanas No. 328 del mismo año y que la No. 24597 de 1980 infringe también el artículo 18 del mismo Decreto 849. El concepto de la violación lo presenta así:

"No cabe ninguna duda de orden legal y en virtud del orden jerárquico de normas establecido por la ley, que el jefe de la División Legal al ordenar mediante la circular No. 2943 de 1981 que no se entregue mercancía de zona franca mediante acta, ha violado una disposición superior como es el Reglamento General de Aduanas No. 328 en su artículo 29, que sí lo permite, así como el artículo 18 del Decreto 849 de 1979, que no establece excepción alguna para este régimen de entregas. No puede tener prelación legal una orden de un jefe de División contra un Reglamento General de Aduanas que dicta el Director General, el cual no solamente esta facultado para ello sino también para derogarlo, modificarlo o adicionarlo, si lo estima violatorio de la ley. No ha sucedido tal evento y el artículo 28 continúa vigente en toda su extensión.

"Más, la Dirección General de Aduanas, ha entendido igualmente que la Circular No. 24591 de octubre 31 de 1980 prohibe la entrega por acta de mercancías de zona franca. Aunque el mensaje, a mi entender es claro, en el sentido de indicar que lo prohibido es el tránsito de mercancías de zona franca para zonas aduaneras o para una aduana interna, esta circular del señor Director General de Aduanas ha sido extendida a la prohibición de entrega de mercancías de zona franca, mediante acta.

"El error consiste en darle un interpretación que no se amolda a su texto, pues si así fuera, violaría el artículo 18 del Decreto 849 de 1979 que no establece limitación alguna al respecto. Es principio jurídico de notoria observación universal que donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete. De donde resulta obvio que si la Circular No. 24597 de la Dirección General de Aduanas tuviese el sentido de prohibir entregas por acta a mercancías de zona franca, violaría el tantas veces citado Decreto 849 de 1979.

"Además las excepciones legales deben estar consignadas en la misma ley, y es evidente que ni el Decreto 849, ni norma posterior alguna establecen la excepción que se pretende introducir por funcionarios que carecen de competencia para legislar en esta materia.

"No puede argumentarse que el hecho de que la Ley 105 de 1958 establezca en su artículo 24 que la mercancía de zona franca solamente puede salir para exportación y para importación, impida su entrega por acta, pues una cosa es la importación y otra bien diferente el hecho de la entrega provisional que es la que se hace mediante acta.

Este sistema de entrega por acta fue diseñado por el Gobierno con el fin de descongestionar las bodegas oficiales, los puertos y las zonas francas que como las de Barranquilla, Cartagena y Buenaventura estaban repletas de mercancías de importación. La entrega definitiva de la mercancía es la que se hace una vez agotada la tramitación de nacionalización, y la provisional es la hecha mediante acta. La entrega definitiva es consecuencia de la nacionalización y a ella se refiere la ley."

"....."

"En este orden de ideas, el Decreto 849 de 1979, sí permite la entrega de mercancías por acta, sin excepción alguna y por tanto, habría modificado en lo pertinente la Ley 105 de 1958 (artículo 24 y concordantes). Se estaría entonces ante la violación evidente del Decreto 849 de 1979 por parte de la Circular No. 24597 de 1980".

EL PROCESO

Por medio de este proceso se le ha dado curso a una acción de nulidad en la que se ha planteado una cuestión de puro derecho, ajena por completo a situaciones de hecho.

En la demanda fue pedida la suspensión provisional de los actos impugnados, pero esta medida no fue atendida, por motivos vinculados a la técnica que la gobierna, pues no se señalaron las normas que se estimaran manifiestamente transgredidas y, menos aún, se sustentó esta clase de violación.

Durante el traslado común dado a las partes para presentar alegatos de conclusión, el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado expuso de manera detallada lo que él denomina "el pensamiento de este Despacho sobre el fondo de la *litis*" en el cual solicita que se les dé prosperidad a las pretensiones del actor.

Opina el Agente del Ministerio Público que ambas circulares se relacionan con mercancías depositadas en las zonas francas y después de transcribir los artículos 24 —literal b)— y 26 de la Ley 105 de 1958, citados en la Circular 24597, concluye diciendo que de dichas zonas puede salir cualquier mercancía o materia prima, en el estado en que se encuentren, mediante la importación, previo el agotamiento de los requisitos legales. Agrega que entre las anteriores disposiciones y el artículo 18 del Decreto 849 de 1979 no existe ningún enfrentamiento. El señor fiscal analiza así su punto de vista.

"Por otra parte, en desarrollo de la normatividad expuesta, la Dirección General de Aduanas expidió el reglamento 328 de 1979 por medio del cual se permite tal entrega de mercancías o materia prima, siendo cualquiera de éstos (Ley, Decreto y Reglamento) de superior jerarquía a una circular, como son los actos acusados, sencillamente las últimas deberan guardar las prescripciones ordenadas por aquellos, so pena de violarlos, que es el caso en estudio; porque está plenamente demostrado que las circulares impugnadas en la demanda han infringido tanto al artículo 18 del Decreto 849 de 1979, como el Reglamento 328 del mismo año y, por lo tanto, procede su anulación".

Encontrándose agotado el trámite del proceso y no observándose causal de nulidad alguna que invalide la actuación, procede la Sala a decidir la causa, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La atenta lectura de las circulares cuestionadas en este proceso permite deducir que ellas hacen referencia específica y reiterada a las mercancías depositadas en las zonas francas. Por tanto, el análisis que aquí se hace se circunscribe a esas zonas en particular.

De análoga manera, en vista de que el demandante dice que la Circular 2943 de 1981 infringe los artículos 18 del Decreto 849 de 1979 y 29 del Reglamento General de Aduanas No. 328 del mismo año y que la No. 24597 de 1980 quebranta también el artículo 18 del citado Decreto 849, el estudio de los cargos se reducirá a estas dos normas.

El texto del artículo 18 del mencionado Decreto 849 de 1979 es el siguiente:

"Artículo 18.— Los administradores de aduana entregarán mediante acta, previos reconocimiento y aforo con intervención de la Auditoria Fiscal respectiva, la mercancía importada por personas naturales o jurídicas sujetas al pago de derechos arancelarios, siempre que se constituya previamente el depósito provisional que garantice el pago total de los mismos, conforme al artículo 6o. del presente decreto, y que a la solicitud se acompañen copias autenticadas del registro o licencia de importación, de la factura comercial, de los certificados de origen y fitosanitarios, en su caso, y del conocimiento de embarque debidamente liberado.

"En este caso el formulario del manifiesto de importación deberá presentarse dentro del término fijado por el artículo 2o., de este decreto, so pena de incurrir en la sanción allí prevista".

La transcripción que antecede depara la conclusión de que si bien es cierto que dicho artículo trata de la entrega de mercancías importadas mediante el sistema de acta, también es evidente que no alude a mercancías que se encuentren en zonas francas. Consiguientemente, no puede aceptarse que el artículo 18 resulte transgredido por las circulares impugnadas, porque ellas contemplan una situación diferente. Por esta razón el cargo no guarda adecuación con la materia concreta de que se ocupan tales actos y de ahí el que no pueda tener prosperidad.

Pero no solamente el artículo en mención no versa sobre la entrega de mercancías que se hallen en zonas francas, sino que lo mismo sucede con todo el estatuto del cual hace parte, pues en general el Decreto 849 de 1979, por el cual fue modificado el régimen de aduanas, no se refiere a tales zonas. Para corroborar lo anterior es suficiente con remitirse a la lectura completa del mismo. Es así como también los artículos 17, 19 y 20 del Decreto en comento se refieren de manera especial a la entrega de mercancías por acta. Más tanto éstos como el 18 son extraños a la entrega de mercancías provenientes de zonas francas.

Lo anterior no obedece a una interpretación literal que limite el alcance del tantas veces citado artículo 18, sino que emana de su propia claridad, motivo por el cual en el caso de autos tiene cabida el principio de hermenéutica jurídica que contiene el artículo 27 del Código Civil, a saber: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

2. Si lo hasta aquí expuesto sirve para desechar la violación del artículo 18 del Decreto 849 por los actos acusados, en cambio si deberá dársele acogida a la violación del artículo 29 del Reglamento General de Aduanas No. 328 de 1979, que el actor indica como vulnerado por parte de la Circular 2943 de 1981, pues tal artículo sí se refiere a la entrega de mercancías depositadas en zonas francas. Dice este artículo:

"Artículo 29.— En las entregas por acta de que trata el artículo 18 del Decreto 849 de 1979, la solicitud debe ir acompañada por todos los documentos exigidos en el mismo, la liquidación del total de los derechos arancelarios y demás impuestos que deben depositarse y copia del recibo del depósito provisional expedido por el Banco autorizado. A las solicitudes de entrega por acta de mercancías beneficiadas con

gravámenes preferenciales, conforme a las Notas Adicionales del Arancel de Aduanas vigente en la fecha de su importación o consagradas en otras normas legales especiales, deberán acompañarse copias autenticadas de los documentos que acreditan plenamente la aplicación del gravamen preferencial.

"Si del reconocimiento y aforo se establece que la mercancía está conforme con lo descrito en la Licencia o Registro de Importación, *procederá su entrega mediante acta* que deberá elaborar la Sección de Aforo para mercancías depositadas en la Empresa Puertos de Colombia *o en zonas francas*. Para las depositadas en bodegas de la Aduana o de zonas aduaneras, el acta deberá ser elaborada por el almacenista correspondiente. El acta de entrega se elaborará en original y cuatro (4) copias, en su orden, con el siguiente destino: ....." (Subraya la Sala).

Los Reglamentos Generales de Aduana son expedidos por el Director General de ese ramo, en uso de la expresa facultad que al efecto le fue concedida por el literal d) del artículo 3o. del Decreto 075 de 1976, por el cual se modificó la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, por tanto, de la Dirección General de Aduanas, por ser una dependencia de dicho Ministerio. Este Decreto redistribuyó algunas funciones y fue expedido por el Presidente de la República con base en la Constitución Nacional, especialmente en el ordinal 21 de su artículo 120, y en las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 28 de 1974.

Entonces, si los Reglamentos en cuestión únicamente pueden emanar del Director General de Aduanas, un funcionario de inferior categoría a él no tiene competencia para derogar, suspender u ordenar la no aplicación, total o parcial, de ellos, que es lo que acontece aquí con respecto al artículo 29 del Reglamento en referencia. En efecto, la Circular No. 2943 de 11 de febrero de 1981, dirigida a la Aduana de Cartagena por el Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, expresa: "Reglamento 328 excedióse en artículo 29 por tanto no es aplicable en cuanto entregas por acta desde zonas francas".

De otra parte, el artículo 36 del Decreto 075 de 1976, que señala las funciones de dicha División Legal, no contiene ninguna atribución al respecto, lo que significa que el funcionario que expidió la Circular se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones, pues actuó en el caso de autos fuera del marco de su competencia. Y precisamente esa falta de poder legal, unida a la transgresión del artículo 29 del Reglamento General de Aduanas No. 328 de 1979, por el motivo atrás explicado, determina que se deba declarar la nulidad de la Circular No. 2943.

De lo dicho se desprende, en síntesis, que debe accederse a declarar la nulidad de la Circular 2943, por contrariar el referido artículo 29, y negar la de la Circular 24597 de 1980, contra la cual sólo se formuló el cargo de violar el artículo 18 del Decreto No. 849 de 1979 que, como ya se dijo, no guarda vinculación con la entrega de mercancías depositadas en zonas francas.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su Fiscal colaborador,

FALLA:

Primero.— Declárase la nulidad de la totalidad de la Circular No. 2943 de 11 de febrero de 1981, emanada de la División Legal de la Dirección General de Aduanas y dirigida a la Aduana Nacional de Cartagena.

Segundo.— Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

DEPRECIACION.— Contabilización de la depreciación señalada en el Decreto 1649 de 1976. El Superintendente de Sociedades se tomó para sí la atribución de reglamentar un decreto que a su vez era reglamentario de otro anterior, el 2053 de 1974, sobre bienes depreciables ingresados de activo de los contribuyentes antes del 31 de diciembre de 1975. El Superintendente no podía hacerlo por carecer de facultades para ello. Tal función debería ser asumida por el señor Presidente de la República en ejercicio del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Declárase la nulidad de los numerales 4, 4.1, 4.2, 4.4 y 4.5 de la Circular Externa No. D. 004 de 15 de febrero de 1980 dictada por el Superintendente de Sociedades.

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

Consejero Ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**
Referencia: Expediente No. 4375.
Actor: **José Ignacio Narváez García.**

El ciudadano y abogado José Ignacio Narváez García, en ejercio de la acción de nulidad que contemplaba la Ley 167 de 1941, solicita que se declare la nulidad de los numerales 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 y 4.5 de la Circular Externa No. D. 004 de 15 de febrero de 1980 emanada del Superintendente de Sociedades.

I. EL ACTO ACUSADO

La Circular externa No. D-004 de 15 de febrero de 1980 fue dictada por el señor Superintendente de Sociedades con el objeto "de resolver diversas consultas formuladas a este despacho, en relación con las Depreciaciones" y está dirigida a los "señores representantes legales y revisores fiscales de las sociedades vigiladas". Comprende los siguientes apartes: "Propósito de su contabilización" (de las depreciaciones); "determinación de la vida útil"; "contabilización de la depreciación a tasas normales"; "contabilización de la depreciación a tasas diferentes a las normales (depreciación flexible)". A este último apartado pertenecen los diferentes numerales cuya nulidad se solicita, por medio de los cuales el señor Superintendente "considera necesario exponer su criterio en cuanto a las pautas que deben seguirse para la contabilización de dicha depreciación y su presentación en los estados financieros".

La motivación que tiene dicho apartado cuarto sobre "contabilización de la depreciación a tasas diferentes a las normales (depreciación flexible)", dice que "el Gobierno Nacional dictó el Decreto 1649 de 1976, según el cual pueden aplicarse tasas de depreciación diferentes a los biens depreciables que hayan ingresado al activo fijo del contribuyente con posterioridad al 31 de diciembre de 1975 y que en el momento de ser adquiridos no hubieran tenido uso en el país. La filosofía de dicha norma no es otra que la de facilitar la reposición de maquinaria y equipo para promover la industrialización. Además, constituye una fuente adicional de capital de trabajo para las empresas, al permitírseles diferir el pago de impuestos". Como consecuencia de lo anterior, el señor Superintendente por medio de los numerales acusados fija "las pautas para la contabilización de la depreciación y su presentación en los estados financieros".

II. LA DEMANDA

A. LOS HECHOS

Como hechos de la demanda se refieren los siguientes: Después de dictada la Circular aludida, el señor Samuel Reyes González, contador público, consultó a la Superintendencia sobre la obligatoriedad de su contenido, a lo cual, mediante oficio de 11 de mayo de 1933, se le respondió que ella contiene "el procedimiento que deberán seguir las sociedades que se acojan al sistema de depreciación de activos permitido por el Decreto 1649 de 1976. Dicha circular se encuentra vigente y las sociedades que voluntariamente se acojan al mencionado decreto, deberán darle estricta observancia" (folio 5).

Señala también la demanda que a raíz de la petición que el propio demandante hiciera de una copia de la Circular acusada, la Subsecretaría General de la Superintendencia en oficio 10276 expresó lo siguiente: "Por medio de esta comunicación le doy alcance a la No. 9640 del día 23 de mayo en curso, en el sentido de indicarle que no existe constancia alguna a que por parte de este Despacho se haya ordenado la publicación en el Diario Oficial de la Circular Externa número D-004 del 15 de febrero de 1980" (folio 7). Por último, alude el contenido de los numerales cuya nulidad se demanda.

B. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Se citan como normas violadas las siguientes:

Artículos 120, numerales 3 y 15, y 135 de la Constitución Política de Colombia, 26 del Código Civil; 52 del Código de Régimen Político y Municipal; 19, ordinal 3, 48, 266, 289, 450 y 2035 del Código de Comercio; 1o. y 3o. del Decreto 074 de 1976, y 1o. del Decreto 1649 de 1976 (folio 9).

El concepto de violación se expresa en los siguientes términos:

a) "La Superintendencia de Sociedades puede impartir órdenes o dar instrucciones a las sociedades sometidas a su vigilancia, siempre que se ajusten plenamente a los ordenamientos legales, pues de no ser así infringe el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional".

b) La potestad reglamentaria la ejerce el Presidente de la República y esta función es completamente diferente de la función administrativa de expedir reglamentos puramente administrativos o técnicos para regular ciertas materias específicas. La circular demandada no pertenece al primer orden de reglamentación y, sin embargo, rebasa el segundo, por lo cual la Circular D-004 "viola burda y ostensiblemente el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional".

c) De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Nacional sólo los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos y los Gobernadores pueden ejercer determinadas funciones que corresponden al Presidente de la República, según los disponga el Presidente, pero las funciones que pueden ser delegadas deben ser señaladas por la ley. En el presente caso "con el pretexto de lograr la cumplida ejecución de las leyes, no solamente se atentó en materia grave contra lo dispuesto en el artículo 135 de la Constitución Nacional sino que además se incurrió en la extralimitación de funciones a que se refiere el artículo 20 de la misma.

d) De acuerdo con el artículo 17 del Código Civil, los jueces y los funcionarios de la administración no pueden promover los asuntos de su competencia por la vía de disposición general y reglamentaria; sin embargo, como sucede en el caso de la circular, se está aclimatando en Colombia la costumbre de que algunas dependencias estatales se conviertan en legisladoras a través de circulares con violación del artículo citado y también del 26 del mismo Código. La circular mencionada, en efecto, por medio de los numerales acusados creó nuevas reglas jurídicas con el pretexto de tratarse de una circular externa, la que, como se sabe, no puede rebasar el límite de recordarle a quienes va dirigida el cumplimiento de normas preexistentes.

e) Se produce también violación por exceso de poder por la misma razón antes dicha, puesto que no se dirimió ni puso en conocimiento de los destinatarios un caso particular que haya sido sometido a su decisión sino que estatuyó por vía general.

f) Se violó también el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, porque si la circular incluyó disposiciones generales y pautas reglamentarias, era ineludible la publicidad indispensable de toda normatividad con carácter obligatorio.

g) En cuanto a las normas del Código de Comercio, resultaron violadas porque se establecieron criterios sobre la contabilización de la depreciación y su presentación en los estados financieros, con modificación de lo señalado en los artículos citados previamente: 19, ordinal 3o., 48, 50, 56, 2035, 289, 273, 445 y 450.

Con las violaciones de las anteriores normas del Código de Comercio, la circular acusada propició además una manifestación de la doble contabilidad, pues de acuerdo con el artículo 74 del mismo Código, ésta se configura también cuando el empresario tenga distintos comprobantes sobre los mismos actos, lo que no se excusa en el presente caso por medio de las llamadas "cuentas de orden".

h) La violación de los artículos 1o. y 3o., literal e), del Decreto 074 de 1976 se configura porque por medio de la circular acusada se le arrebató al Director General de Impuestos Nacionales atribuciones en ellas señaladas.

i) Por último, el Superintendente de Sociedades sin facultad para ello decidió reglamentar el Decreto 1649 de 1976, dictado para puntualizar algunos aspectos sobre la depreciación y los activos adquiridos con posterioridad al 31 de diciembre de 1975, decreto que a su vez había reglamentado parcialmente el Decreto 2053 de 1974.

III. ALEGATO DE LAS PARTES

En su escrito de conclusión el demandante reafirma los argumentos ya expuestos en el texto de la demanda y precisa que la acusación fue hecha contra algunos numerales y no contra todo el texto de la circular, porque los apartes 1, 2 y 3 de la misma se limitan a dar opiniones sobre el propósito de registrar la depreciación en la contabilidad, mientras los numerales acusados estatuyen por vía general y obligatoria.

Insiste el actor en que por tratarse de un acto regulador de situaciones jurídicas impersonales debió ser publicado de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 2733 de 1959 y 52 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal. Reafirma también cómo de acuerdo con el artículo 273 del Código de Comercio lo que la Superintendencia de Sociedades puede hacer, tratándose de instrucciones u órdenes, es dictar una resolución motivada para impartir aquellas a cada sociedad como consecuencia de una visita practicada, pero como tales instrucciones sólo pueden versar sobre el modo de ajustar la contabilidad a las exigencias legales y a los principios de la técnica contable. Puede también impartir instrucciones para efectos de cumplir con el requisito del formulario oficial sobre estados financieros (artículo 448 del Código de Comercio), pero nunca para imponer a las sociedades nuevas pautas o reglas generales de contabilidad. La circular acusada no se propuso en ningún momento adicionar la guía ya establecida por la Superintendencia "para elaborar el formulario oficial de estatutos financieros" o algo semejante, sino que en abierta contraposición impuso nuevas reglas de contabilidad con carácter obligatorio.

El Superintendente de Sociedades, dice el demandante, "se extralimitó en su misión y estableció una irritante discriminación en perjuicio de las sociedades sometidas a su vigilancia. En efecto, las que se acojan al sistema de depreciación a tasas flexibles permitido en claras disposiciones tributarias deber dar "estricta observancia a esas pautas", en tanto que las no vigiladas que también se acojan a ese mismo sistema obviamente no están obligadas a acatarlas.

Hace énfasis, por último, en el sentido de que la circular acusada no es equiparable a un reglamento técnico, pues no tiende a lograr la coordinación, regularidad, continuidad y eficacia en la función de vigilar que ejerce, ni está dirigida a funcionarios subalternos de la misma.

IV. CONCEPTO FISCAL

Conceptúa el Fiscal Primero de la Corporación que debe declararse la nulidad solicitada porque, dice, el despacho no encontró en ninguna parte la autorización a la Superintendencia de Sociedades "para dictar reglamentos" o reglamentar materias como la contenida en la circular D-004". Solamente el artículo 448 del Código de Comercio deja entrever la facultad de impartir instrucciones en cada caso, pero no para dictar disposiciones de carácter general como lo hizo el acto acusado. Señala entonces la violación especial del numeral 3o. del artículo 120 de la Carta y de paso el artículo 135 de la misma.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose cumplido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a fallar el presente proceso, previas las siguientes consideraciones:

El punto fundamental que debe ser considerado en el estudio del caso *sub-júdice* es el relativo a la competencia que tiene el Superintendente de Sociedades para proceder a dictar un acto como el acusado Circular Externa No. D-004 de 15 de febrero de 1980 y también el relativo a la naturaleza del contenido de dicho acto.

Los numerales cuya nulidad se solicita estatuyen por vía general y de obligatorio cumplimiento, como "pautas que deben seguirse para la contabilización de la depreciación señalada en el Decreto 1649 de 1976, y su presentación en los estados financieros", las siguientes:

1) Que los sistemas y métodos de contabilidad no deben modificarse de un período de tiempo a otro para poder permitir la comparabilidad de los estados financieros.

2) Que el exceso de depreciación permitido por el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1649 de 1976 no debe afectar los resultados del ejercicio y sólo atiende a fines tributarios.

3) Que dicho exceso debe imputarse como una subcuenta de la "depreciación acumalada" que puede denominarse "depreciación fiscal diferida" y que esa depreciación acumulada en los estados financieros deberá presentarse por el neto de ella y la depreciación diferida.

4) Que la depreciación fiscal diferida se deberá amortizar a partir del ejercicio contable en que el costo del activo se haya depreciado fiscalmente en su totalidad y se establece que la amortización de la depreciación diferida no será deducible fiscalmente.

5) Por último, se establece sobre el impuesto a la renta estimado que debe calcularse teniendo en cuenta la depreciación a tasas normales sin atender a la diferencia originada en la depreciación fiscal, lo que configura ya una regla de carácter tributario.

De este contenido que como dice el numeral 4.2 se hace en regulación del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1649 de 1976 (el que también aparece mencionado al comienzo del numeral cuatro, al cual pertenecen todos los numerales acusados), se desprende inequívocamente que se trata de la fijación por vía general de nuevos criterios, o mejor, de nuevas reglas sobre la contabilización de la depreciación y su presentación en los estados financieros y, por ese medio, se reglamenta el artículo 1o. del aludido Decreto 1640 de 1976.

En una palabra, el Superintendente de Sociedades se tomó para sí la atribución de reglamentar un Decreto que a su vez era reglamentario de otro anterior, el 2053 de 1974, sobre bienes depreciables ingresados al activo de los contribuyentes antes del 31 de diciembre de 1975.

De lo dicho se desprende claramente, aún sin entrar a precisar cada uno de los puntos estatuídos por la circular acusada, que en el caso *sub-júdice* no se trata de un reglamento interno o un reglamento de los llamados "técnicos" que, como bien se sabe, tienen que ver con el funcionamiento de las entidades administrativas, buscando una mayor eficacia en el cumplimiento de sus funciones y que, por lo mismo, pueden ser dictados por las distintas autoridades administrativas. Tampoco se trata de una instrucción precisa para una sociedad determinada como consecuencia de una visita que hubiera sido practicada o de un balance defectuoso, tal como lo establecen los artículos 273, 289 y 448 del Código de Comercio, ni del ejercicio de alguna de las funciones contenidas en la Ley 44 de 1981 o en los siguientes artículos del Código de Comercio: 132, 177, 233 a 267, 268, 270, 271, 273, 276, 279, 281, 289, 423, 448, 450 y 1928 a 1932, que son los que regulan las funciones del Superintendente.

Se trata, en cambio, de estatuir una reglamentación para todas las sociedades que se acojan al sistema de depreciación de activos permitido por el Decreto 1649 de 1976, lo que obviamente el Superintendente no podía hacer por carecer de facultades para ello. Tal función, en efecto, debería ser asumida por el señor Presidente de la República en ejercicio del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución, como lo hizo parcialmente por medio del varias veces mencionado Decreto 1649 de 1976, que como se dijo anteriormente reglamenta otro anterior: más aún, si el contenido de las disposiciones acusadas modifican normas del Código de Comercio, como las que acaban de citarse,

debería ser objeto del contenido de una ley, pero de ningún modo podía ser asumida tal facultad por el Superintendente de Sociedades, cuyas funciones no pueden extenderse hasta convertirse en legislador o reemplazar al Presidente de la República en su función reglamentaria. Siendo esto así se ha violado el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, debe procederse a declarse la nulidad impetrada sin necesidad de entrar a considerar los demás cargos formulados en la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

Declárase la nulidad de los numerales 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 y 4.5 de la Circular Externa No. D. 004 de 15 de febrero de 1980 dictada por el Superintendente de Sociedades.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Peréz Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.— No es potestativo de la autoridad administrativa proceder o no a la notificación, pues el conocimiento de los actos que interesen a un particular o a un tercero es condición de seguridad jurídica. Efectos de su omisión. Reglamentación en el nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984.

MARCAS.— REGISTRO.— OPOSICION.— Reiteración jurisprudencial. Procedimiento. El mismo procedimiento está determinando que la administración no puede voluntariamente fijar otro distinto por cuanto su actividad está reglada. Artículos 587 a 597 del Código de Comercio.

Decrétase la nulidad de la Resolución 541 de 18 de marzo de 1981 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio (Jefe de la División de Propiedad Industrial).

NORMAS SUPRANACIONALES.— Frente a las normas constitucionales y a los principios políticos sustentadores que caracterizan el Estado Colombiano. Reiteración Jurisprudencial.

Decrétase la nulidad de la Resolución 541 de 18 de marzo de 1981 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio (Jefe de la División de Propiedad Industrial).

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

Consejero Ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**
Proyectó: **Abogado Asistente doctor Carlos Urán.**
Referencia: Expediente No. 4526.
Actor: **Fábrica de Productos de Caucho "ETERNA" S. A.**

La sociedad Fábrica de Productos de Caucho "ETERNA" S. A., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicita de esta Corporación las siguientes declaraciones:

1o. Que se operó el fenómeno del silencio administrativo por el no pronunciamiento oportuno de la administración sobre los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra la Resolución No. 541 de 18 de marzo de 1981 dictada por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio;

2o. Que es nula dicha resolución, por medio de la cual se revocó la número 05269 de 18 de diciembre de 1980 dictada por la misma autoridad administrativa;

3o. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene la expedición e inscripción en los libros de la propiedad industrial del título de registro de dibujo industrial concedido a favor de la sociedad actora por medio de la Resolución revocada, y

4o. Que se le dé cumplimiento a la sentencia dentro del término del artículo 121 de la Ley 167 de 1941.

I. EL ACTO ACUSADO

La Resolución No. 541 de 18 de marzo de 1981 fue dictada por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de revocar una resolución. En efecto, por medio de ella se revoca la Resolución No. 05269 de 18 de diciembre de 1980, mediante la cual se concedió a favor de la actora el registro de "un novedoso dibujo industrial que consiste en la combinación de colores gris y azul o cualquier color incorporados a un producto industrial" (guante). Así mismo se niega el registro del dibujo industrial antes aludido a favor de la sociedad actora. Por último se conceden los recursos de reposición y apelación.

Los considerandos de la Resolución acusada se dividen en fundamentos de hecho y fundamentos de derecho. Los primeros se resumen así: La sociedad actora solicitó el 24 de febrero de 1973 el registro de una marca consistente en la forma exterior de un guante de caucho para la mano humana, marca para distinguir artículos de la clase 17 del Decreto 756 de 1972. La Sección de Marcas con fecha 12 de septiembre del mismo año solicitó al peticionario aclarar si se trataba de una etiqueta o si, por el contrario, se trataba de simbolizar un guante de caucho que configuraría un modelo industrial. El ocho de noviembre siguiente el solicitante pidió la continuación del trámite a la Sección Técnica de Patentes, la que rindió el concepto No. P-11336 de 21 de febrero de 1979, en donde se conceptúa que un guante es un modelo referente a indumentaria y, por tanto, no sería susceptible de registro como modelo. Además se dice que consultados los archivos no se encontró solicitud de modelo en trámite o registro de modelo concedido a nombre de la actora correspondiente al artículo "guante" o "forma exterior de guante". Posteriormente, el 20 de marzo de 1980, el peticionario aclaró y modificó su solicitud en el sentido de pedir el registro de un dibujo industrial consistente en "un guante de caucho o de cualquier material para uso industrial y/o doméstico múltiple", petición que fue nuevamente sometida a la Sección de Patentes, la que entonces rindió el

concepto No. M-1813 de 22 de abril de 1980, en el que se expresa que la solicitud reúne los requisitos técnicos exigidos para la publicación del extracto en la Gaceta de Propiedad Industrial, publicación que fue autorizada en un periódico particular, habiéndose cumplido en "La República", sin que dentro del término hábil se hubiera presentado oposición formal u observaciones por parte de terceros.

Examinado nuevamente el expediente por la Oficina de Patente, el 10 de octubre de 1980 se emitió un nuevo concepto, el No. M-1869, que concluye diciendo que "el guante objeto de la presente solicitud está en el mercado desde hace mucho tiempo... careciendo por tal motivo de novedad ante esta oficina". Nuevamente el solicitante reajustó su petición, precisándola, "para lo cual expuso razones verdaderamente ajustadas a las previsiones de la ley", por lo cual la Sección Técnica de Patentes rindió un nuevo concepto, el No. M-1902, que expresa que "la presente solicitud cumple con los requisitos exigidos para que sea considerada como dibujo industrial", y se agrega que consultados los archivos no se encontró patente concedida ni en estudio que ampare el dibujo industrial descrito, "por lo cual se aconseja conceder el registro solicitado", lo que se hizo efectivamente mediante la Resolución 05269 de 18 de diciembre de 1980.

Como fundamento de derecho la Resolución acusada cita los artículos 2o., 45, 44 y 64 de la Decisión 86 del Acuerdo de Cartagena; 581 del Código de Comercio y los artículos 10, 12 y 21 del Decreto 2733 de 1959.

II. LA DEMANDA

1. LOS HECHOS

Como hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda se mencionan los ya resumidos al hacer el anterior recuento del contenido de la Resolución acusada, haciendo énfasis en que la Resolución 05269 de 18 de diciembre de 1980 concedió el registro y ordenó la expedición del título correspondiente a "un novedoso dibujo industrial consistente en la combinación de colores gris y azul o cualquier color, incorporado a un producto industrial (guante)"., a favor de la sociedad demandante, pero que, inexplicablemente, el Jefe de la División "se negó a notificar la Resolución que había firmado", sea personalmente al gerente de la sociedad o a su apoderado, o por medio de edicto. Refiere que ante tal ocurrencia tanto el apoderado como el representante de la sociedad actora "procedimos a darnos por notificados por conducta concluyente", por lo cual no era procedente su revocatoria al haberse constituido a favor de la actora un derecho individual y concreto que requería para ello el consentimiento previo y escrito del titular. Sin embargo, tres meses después, el 18 de marzo de 1981, se dicto la Resolución acusada en este proceso, contra la cual oportunamente se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los que no fueron resueltos antes de la presentación de la demanda el 15 de noviembre de 1983.

2. DISPOSICIONES VIOLADAS

Se señalan las siguientes:

"Constitución Nacional: Artículos 2o., 16, 26, y 30; Decreto-Ley 2733 de 1959, artículos 10, 11, 21 y 24; Código Contencioso Administrativo, artículo 72; Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, artículos 44, 52, y 54; Código de Comercio, artículos 548 a 567, 580 y 581.

3. CONCEPTO DE VIOLACION

El concepto de violación de las normas señaladas está expresado bajo los siguientes capítulos: abuso y desviación de poder por una parte y violación de la ley por otra.

a) El abuso y desviación de poder se habría dado, según la demanda porque de acuerdo con el mandato constitucional las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas, garantizar sus vidas, su honra y sus bienes en la acepción más amplia del término, el que incluye obviamente la propiedad industrial, entendida como bien patrimonial en los términos del Código de Comercio. Dice que, además, los funcionarios sólo pueden hacer lo que les esté expresamentee señalado por la ley, lo que no se observó en el caso analizado, en donde se procedió en forma irregular con abuso y desviación de poder.

b) En cuanto a la violación de la ley señala lo siguiente:

1) la administración revocó su propio acto por considerar equivocada su decisión, a pesar de que este había creado una situación jurídica subjetiva, concreta y de alcance individual a favor de la demandante: para ello, sin embargo, debió observar la plenitud de la forma propia del juicio correspondiente, que no era otro que el de la acción contenciosa respectiva. Al no haberse procedido así se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional, 24 del Decreto 2733 de 1959 y también el 72 del anterior Código Contencioso Administrativo, que permitía a la Administración demandar por medio de los agentes del Ministerio Público la nulidad de los actos administrativos.

2) Los artículos 10, 11 y 21 del Decreto 2733 de 1959 resultaron violados por no haberse notificado debidamente bajo ninguna forma la resolución revocada.

3) Los artículos citados de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena resultaron violados así: el artículo 42, por cuanto habiéndose cumplido el trámite legal, había precluído el término para que la administración volviera a ampliar o revisar el concepto técnico que le sirvió de base; el 44, porque los presupuestos en él indicados como requisitos para la nulidad no se cumplen en el presente caso y porque tratándose de certificados de registro de dibujo o modelo industrial existe una disposición especial, que el artículo 580 del Código de Comercio.

4) En cuanto al artículo 580 del Código de Comercio según la demanda resultó violado porque en el contenido de dicha norma se expresa que la competencia para conocer de la nulidad de certificados de registro de un dibujo o modelo corresponde al Consejo de Estado en forma exclusiva.

III. ALEGATO DE LAS PARTES

En su alegato de conclusión la parte actora insiste en los argumentos ya expuestos en el texto de la demanda, sobre todo en cuanto a que la revocatoria de la Resolución 05269 no podía hacerse sin el consentimiento expreso del titular del derecho reconocido.

A pesar de haberse dictado el auto correspondiente al traslado común a las partes para presentar los alegatos de conclusión, auto que comprendía también el término legal para que el Ministerio Público rindiera su concepto de acuerdo con el artículo 236 del nuevo Código Contencioso Administrativo, éste no lo hizo seguramente por considerar que no era indispensable en el presente proceso.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose cumplido el trámite propio de este proceso y no hallándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a fallarlo previas las siguientes consideraciones:

Como se desprende claramente del concepto de la violación de las diferentes normas tenidas como tales por la demandante, el núcleo de dicha violación está representado por la carencia del consentimiento expreso del titular del derecho reconocido por medio de la Resolución 05269 de 18 de diciembre de 1980, que concedió a la actora el registro de "un novedoso dibujo industrial que consiste en la combinación de colores gris o azul o cualquier color incorporados a un proceso industrial".

El artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959 dice expresamente que cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

En relación con el anterior cargo se hacen las siguientes consideraciones:

1. En los considerandos del acto acusado en este proceso se reconoce que después de haberse cumplido todo el trámite legal allí mismo resumido, se terminó con la expedición de la Resolución 05269 de 1980. Sin embargo, se pretende por parte de la División Industrial que dicha resolución no creó derecho alguno por haberse proferido con violación de la ley, ni causó efectos por no haber sido notificada ni ejecutoriada.

Sobre lo expuesto por la División de Propiedad Industrial se observa por la Sala que no es potestativo de la autoridad administrativa proceder o no a la notificación, pues el conocimiento de los actos que interesen a un particular o a un tercero es condición de seguridad jurídica, requisito indispensable para el cumplimiento de las normas y cabal funcionamiento de un Estado de Derecho. Sostener lo contrario sería afirmar en todo y por todo el principio de la arbitrariedad, ya que en tales condiciones la administración podría tomar determinaciones en secreto y en perjuicio de los particulares, lo que no deja de ser una aberración. Justamente para salirle al paso a semejante posibilidad es que en el nuevo Código Contencioso Administrativo se reglamentó de una manera ejemplar todo lo que tiene que ver con el derecho de información de las actividades de la administración por parte de los administrados, y también en tal sentido todo lo que concierne con el derecho de petición.

Impedir que el particular conozca el contenido de una providencia que le interesa o que le perjudica para poder sostener el argumento de que en tal forma la providencia no produce efectos, es tanto como no publicar en el Diario Oficial la leyes y los actos de contenido general para encontrar la forma de sancionar a los ciudadanos por el incumplimiento de esas normas, cuyo desconocimiento justamente se está propiciando. En el caso concreto se tiene que a pesar de no haber sido notificada la Resolución No. 05269 que creó el derecho a favor de la demandante, ésta por intermedio de su representante y apoderado, se dio por enterada del contenido de dicha resolución de acuerdo con lo que permite el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual obviamente quedó en firme la misma providencia, puesto que los recursos en ella permitidos fueron interpuestos dentro de los términos legales. Nació así un derecho para la sociedad demandante consistente en la propiedad del título de registro del modelo industrial antes mencionado.

2. Consideró la administración que la Resolución No. 5269 de 1980 había sido dictada con violación de la ley y que por ello, de acuerdo con los artículos 21 del Decreto 2733 de 1959 y 44 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, podía proceder a revocar su propio acto. Se observa, sin embargo, que el citado artículo del Decreto 2733 estableció unas condiciones para proceder a dicha revocatoria, consistentes en la manifiesta oposición del acto con la Constitución o con la ley, la inconformidad del mismo con el interés público o social o el agravio injustificado a una persona. Pretende la administración que se configuró la primera de las condiciones señaladas, es decir, la

referente a la oposición con la ley. Pero del contenido mismo de los considerandos de la Resolución acusada se desprende con toda claridad que la sociedad demandante cumplió cabalmente con los requisitos establecidos por los artículos 573 y siguientes del Código de Comercio para poder obtener el registro de dibujos o modelos industriales, por lo cual era obligatorio para la División de Propiedad Industrial concederle el registro. Al respecto, refiriéndose al trámite propio para el registro de una marca, esta Sala en sentencia de 19 de agosto de 1982 (expediente 3013), dijo lo siguiente, que es aplicable al caso *sub-júdice:* "Cumpliendo el trámite del registro, sin oposición de la oficina de Estado y de los particulares, o habiendo sido éstas extemporáneas mal podría la última decisión negar el registro de la marca. De lo contrario el procedimiento para tal efecto y todo el trámite que la ley nacional e incluso la supranacional señala, se tomaría en inocuo.... El mismo procedimiento está determinando que la administración no puede voluntariamente fijar otro distinto por cuanto su actividad está reglada. Si la solicitud se hizo legalmente, si reunió todos los requisitos exigidos, si se ordenó la publicación del extracto de ella, si ésta se hizo y si, finalmente, no hubo oposición formulada de la manera como lo establece la ley, la administración está obligada a otorgar en favor del peticionario el registro que se le solicita, de lo contrario quedaría a simple discreción del funcionario de turno pronunciarse sobre la marca en una forma u otra".

Lo dicho en aquella oportunidad para referirse al trámite propio de la solicitud de registro de marcas contemplado en los artículos 587 a 597 del Código de Comercio es completamente aplicable al trámite para la solicitud de registro de dibujos que, como lo señala el artículo 573 del mismo Código, se asimila a lo dispuesto para la solicitud de patentes, contemplada ésta en los artículos 543 a 550. Allí se indican unos requisitos propios de la solicitud, unos anexos que deben acompañarse, una posibilidad de oposición por cualquier persona sobre el estado de la técnica que pueda afectar la novedad de la invención y unos informes técnicos motivados por parte de la administración, todo lo cual permite concluir ..... con la concesión o denegación de lo solicitado, pero para ello se establecen obviamente unos términos perentorios, vencidos los cuales se hace imperioso avanzar en el trámite respectivo hasta su culminación.

En el caso *sub-júdice* no podía la administración reabrir el término para la ampliación del estudio técnico y si muy tarde se dio cuenta de que la resolución no podía haberse dictado por ser violatoria de la ley, lo pertinente era haber acudido a la jurisdicción contenciosa administrativa en demanda de nulidad de su propio acto o adelantar tal actuación por intermedio del Ministerio Público, de acuerdo con lo que establecía el artículo 72 de la Ley 167 de 1941.

3. En cuanto a la mención que la resolución acusada hace sobre la pretendida fundamentación legal privada del artículo 44 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena incorporada a nuestra legislación por medio del Decreto 1190 de 1978, cabe decir que además de que ella exige que para proceder a la nulidad debe existir previa audiencia con el titular del derecho, en varias oportunidades la Sala ha reiterado el concepto de que las normas supranacionales no pueden derogar o subrogar ni modificar las normas constitucionales ni mucho menos los principios políticos sustentadores que caracterizan el Estado Colombiano, porque el numeral 18 del artículo 76 de la Constitución Nacional no autoriza tal cosa (Auto de 8 de mayo de 1981, expediente 3384 y sentencia de 23 de julio de 1982, expediente 3013).

Lo dicho anteriormente, que confirma la violación de las normas del Decreto 2733 de 1959 y del artículo 44 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, de las normas del Código de Comercio que regulan lo pertinente a la solicitud de registro de dibujos industriales y, sobre todo, la violación de las normas constitucionales citadas que protegen el derecho de las personas sobre los bienes adquiridos es suficiente para que se decrete la nulidad de la Resolución acusada.

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,

FALLA:

1o. Declara que en el presente asunto se operó el fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo por el no pronunciamiento oportuno de la administración sobre los recursos interpuestos por la demandante contra la Resolución 541 de 18 de marzo de 1981 proferida por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2o. Como consecuencia de lo anterior se declara la nulidad de la Resolución No. 541 de 13 de marzo de 1981 dictada por la autoridad administrativa mencionada en el numeral anterior.

3o. A título de restablecimiento del derecho violado se ordena la expedición e inscripción en los libros de Propiedad Industrial del título de registro de dibujo industrial concedido por medio de la Resolución No. 05269 de 18 de diciembre de 1980 a favor de la sociedad demandante.

4o. Désele cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia en el término previsto en la ley.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha julio veintisiete de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

MERCANCIAS.— NACIONALIZACION.—

1.— El Estatuto Penal Aduanero instituye, que cuando en los documentos allegados para la nacionalización de mercancías se haya hecho figurar precios inferiores a los normales, se impondrán las sanciones administrativas contempladas en los reglamentos de aduana que, como tales, son de competencia de las autoridades de esa rama.

2.— Subfacturación.

3.— Competencia para sancionar la inexacta facturación en las importaciones en el evento de la no demostración de giro indebido operación cambio exterior. ¿A quien corresponde?

4.— Las infracciones propiamente cambiarias, están específicamente asignadas a la Superintendencia de Control de Cambios.

Declárase la nulidad de la Resolución No. 0442 de mayo 10 de 1982, expedida por el Superintendente de Control de Cambios.

LEYES CUADRO.— En cuanto al valor dentro de la jerarquía de la norma jurídica estas leyes tienen las mismas fuerzas vinculantes de las leyes ordinarias el Ejecutivo ejercita como atribución constitucional propia con poderes que naturalmente comprenden la derogación o modificación de las leyes que quedan dentro de su órbita las funciones que le otorga la ley cuadro.

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

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 4108.
Actor: **Francisco J. Fuentes Noguera.**

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 176 de 1941, el señor Francisco J. Fuentes Noguera solicitó ante esta Corporación la nulidad de la Resolución No. 0442 de 10 de mayo de 1982, de la Superintendencia de Control de Cambios, por medio de la cual se le impuso una multa, y el restablecimiento del derecho vulnerado, el que hace consistir en que se declare que no está obligado a pagar el valor de la multa y en el reconocimiento de los perjuicios morales que dicho acto le ha ocasionado, equivalentes a mil gramos de oro, conforme al precio comercial que certifique el Banco de la República.

EL ACTO IMPUGNADO

Por la mencionada resolución la Superintendencia de Control de Cambios sancionó al demandante con una multa a favor del Tesoro Nacional, por valor de $ 690.459.73, correspondiente al 50% de $ 1.380.919.46, que es el monto de la infracción cambiaria a él imputada, convertible en arresto a razón de un día por cada $ 30.00.

Narra la parte motiva de la Resolución acusada que el Instituto de Comercio Exterior le dirigió a la Superintendencia los oficios números 148321 y 17880 de 1977, en los cuales se le puso en conocimiento de la existencia de "una posible diferencia entre el valor declarado en los registros de importación y la lista de precios para carros europeos en el mercado español", lo que dio origen a que dicha Superintendencia abriera la correspondiente investigación administrativa contra el actor; que a éste se le recibio declaración sin formula de juramento, diligencia en la que manifestó, entre otras cuestiones, que evidentemente realizó la importación de algunos vehículos automotores, que los registros de importación fueron utilizados en su totalidad y que los vehículos importados corresponden a modelos del año anterior, ya que en Europa no sucede lo que en Estados Unidos, en donde los modelos se adelantan un año.

Agrega la resolución que el material probatorio permite establecer que el accionante importó cuatro automóviles Mercedes Benz, modelos 450 SEL, 1977, sedan de cuatro puertas, originarios de Alemania y comprados en España, y un automóvil Cadillac Seville, modelo 1977, originario de Estados Unidos y adquirido en Miami, y que de acuerdo con las listas enviadas por el INCOMEX los precios de los carros europeos en el mercado español y los de los carros americanos hay una gran diferencia entre el valor declarado en los registros y manifiestos de importación y el que contiene la referida lista, según lo que al respecto se discrimina a continuación:

"1o.	Registro No. 10522 (folio 2)	US$ 11.346.40	
	Precio INCOMEX (folio 1)	US$ 14.060.88	
	Valor despachado (Manif. 2828 F. 58)	6.796.40	
	Diferencia		7.264.48
"2o.	Registro No. 10526 (folio 8)	US$ 13.128.00	
	Precio INCOMEX (folio 5)	US$ 16.481.31	
	Valor despachado (Manif. 2319 F. 55)	8.078.00	
	Diferencia		8.403.31
"3o.	Registro No. 10525 (folio 9)	US$ 13.128.00	
	Precio INCOMEX (folio 5)	US$ 16.481.31	
	Valor despachado (Manif. 2817 F. 57)	8.078.00	
	Diferencia		8.403.31
"4o.	Registro No. 10521 (folio 10)	US$ 13.128.00	
	Precio INCOMEX (folio 5)	US$ 16.481.31	
	Valor despachado (Manif. 2817 F. 56)	8.078.00	
	Diferencia		8.403.31
"5o.	Registro No. 28138 (folio 12)	US$ 10.009.49	
	Precio INCOMEX (folio 11)	US$ 13.359.00	
	Valor declarado (Manif. 1787 F. 59)	8.000.00	
	Diferencia		5.359.00
	Diferencia entre el valor despachado y el precio del INCOMEX. Total...	US$ 37.833.41	

La motivación de la resolución en referencia concluye así:

"Por lo anteriormente expuesto queda plenamente probado que el señor FRANCISCO J. FUENTES NOGUERA, infringió el artículo 246 en concordancia con el artículo 212 del Decreto-Ley 444 de 1967 siendo el monto de la infracción cambiaria comprobada la suma de US$ 37.833.41 que la tasa de cambio de $ 36.50, totaliza $ 1.380.919.

LA DEMANDA

Como fundamentos de hecho el libelo relaciona los que en seguida se resumen:

El señor Francisco J. Fuentes Noguera ejerce desde hace varios años la actividad relacionada con el comercio exterior y en desarrollo de ella en 1977 importó los vehículos de que da cuenta la resolución acusada y que las importaciones estuvieron amparadas por los registros de importación números 10522, 10526, 10525, 10521 y 28138 del citado año, cuyos valores declarados correspondieron exactamente con el precio de compra y que no obstante el INCOMEX le informó a la Superintendencia de Control de Cambios de la existencia de una diferencia entre el valor declarado en los registros y las listas de precios de que se ha hablado, siendo menor el primer valor.

Indica la demanda que la resolución cuestionada viola los artículos 212, 220, 221 y 246 del Decreto-Ley 444 de 1967, 8o. del Decreto-Ley 520 de 1971 y 66 del Código Contencioso Administrativo vigente entonces, y la Ley 21 de 1977.

Después de hacer la manifestación de que el importador adquirió y pagó realmente los vehículos por los precios declarados en los registros de importación, el demandante presenta el concepto de la violación así:

"En realidad de verdad, el texto del artículo 212 invocado por la Superintendencia de Control de Cambios para la imposición de la referida sanción, permite concluir que se trata de una facultad amplia y general que, en principio, cobijaría todos los casos en que se presentaran diferencias entre los valores declarados por el importador y los correspondientes a las listas de precios internacionales que lleva el INCOMEX, y por consiguiente la Superintendencia de Control de Cambios puede aplicar las sanciones contempladas en los artículos 220 y 221 del Decreto-Ley 444 de 1967, de no existir una situación legal que obliga a analizar detenidamente este aspecto para llegar a una acertada conclusión.

"En efecto, cuando de las diferencias de precios de que aquí se trata se origina una sanción, tales diferencias se deben dividir en dos clases para los efectos del análisis anunciado.

"De una parte, las diferencias deducidas de un menor valor declarado por el importador o SUBFACTURACION y por la otra las que se derivan del caso contrario, o sea un mayor valor declarado por el importador que se denomina SOBREFACTURACION. Con la primera se persigue un giro ilegal de divisas que a su vez implica un atentado contra la economía nacional, y con la segunda simplemente se lograría, de llegarse a consumar, el pago de un menor valor de los impuestos de importación correspondientes.

"Y precisamente por ser de menor gravedad la subfacturación y sus consecuencias, la ley sustrajo esta irregularidad de la regla general contenida en el artículo 212 del Decreto-Ley 444 de 1967 como función del INCOMEX y lógicamente también de las sanciones que podía imponer la Superintendencia de Comercio Exterior conforme a los artículos 220 y 221 *ibídem*, dejando de ser tal irregularidad delito o contravención, para convertirla en simple falta administrativa de competencia de la rama gubernativa.

"Así lo dispuso expresamente el artículo 8o. del Decreto-Ley No. 520 de 1971, cuyo texto es del siguiente tenor: cuando la posición arancelaria señalada en la diligencia de aforo difiera de la indicada por el importador, pero la mercancía corresponda a la descripción hecha en el manifiesto y demás documentos sin que cambie el régimen de prohibida importación, se impodrán las sanciones administrativas que para tal hecho establezcan los reglamentos de Aduanas luego de lo cual, se entregará la mercancía, previo el cumplimiento de aquellas, y el pago de los impuestos correspondientes cuando a ello hubiere lugar.

"En igual forma se procederá cuando se establezca que en los documentos presentados para la nacionalización de una mercancía *se haya declarado un valor inferior al normal...*" (subrayo).

"Al respecto el Tribunal Superior de Aduanas según consta en Acta No. 28 del 17 de mayo de 1978, se refirió a este asunto así: '..... A partir de la Ley 21 de 1977, la subfacturación ha dejado de ser expresamente delito o contravención aduanera, para de esta manera quedar fijada la competencia en la rama gubernativa, por constituir una falta administrativa de conformidad con el artículo 8o. del Decreto-Ley 520 de 1971....'.

"No puede quedar duda alguna en el sentido de que el artículo 212 del Decreto 444 de 1967, invocado por la Superintendencia de Comercio Exterior como fuente de su competencia para sancionar estos casos de subfacturación, fue indiscutiblemente modificado por el transcrito artículo 8o. del Decreto-Ley 520 de 1971, en cuanto hace referencia a la subfacturación o menor valor declarado por el importador, quedando

entonces sin competencia o facultad legal para investigar ni menos sancionar tales casos. Resulta también indiscutible tal modificación, si se tiene en cuenta que es una providencia que tiene el mismo carácter jerárquico de la modificada, o sea que ambos son decretos leyes; que el decreto que modifica es posterior, obviamente, al modificado, y que consagra una materia específica y concreta, o sea que tiene carácter de especial, lo cual hace obligatoria su aplicación preferencial frente al Decreto 444 de 1967, según las reglas que sobre aplicación e interpretación de la ley consagra la sabia Ley 153 de 1887.

"La consecuencia inevitable de todo lo anterior, es la de que en la expedición de la providencia acusada, la Superintendencia de Control de Cambios actuó sin competencia, de donde se deduce clara y ostensible la violación de los artículos 212 del Decreto-Ley 444 de 1967 que invocó como fundamento de su facultad legal para dictarlo, 220 y 221 *ibidem* en los cuales sustentó la sanción pecuniaria convertible en arresto, 8o. del Decreto-Ley 520 de 1971 y Ley 21 de 1977 que señalan la competencia a la rama gubernativa, y el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto allí se consagra el abuso de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, o sea el actuar sin facultad legal".

LA OPOSICION

La Superintendencia de Control de Cambios se presentó como parte opositora y del alegato de conclusión formulado por su mandatario judicial se transcribe lo siguiente:

"El artículo 212 del Decreto 444 de 1967, establece:

"Artículo 212. 'La Superintendencia de Comercio Exterior (hoy INCOMEX) estudiará sistemáticamente el movimiento de los precios en el mercado internacional para mantener el control de la exacta facturación de las exportaciones e importaciones colombianas'.

"Cuando en el ejercicio de esta función, la Superintendencia (entiéndase INCOMEX) encontrare diferencias entre el precio declarado y el del mercado internacional, denunciará este hecho al Prefecto (hoy Superintendente) del Control de Cambios para la investigación y sanción consiguientes (lo escrito entre paréntesis es nuestro).

"Según el demandante, esta clara disposición fue modificada en el caso de la subfacturación e importaciones por el artículo 8o. del Decreto-Ley 520 del 1971 que dispone:

"Artículo 8o. El artículo 23 del Decreto-Ley 955 de 1970 queda así: Señalamiento incorrecto de la posición arancelaria cuando la posición arancelaria señalada en la diligencia de aforo difiere de la indicada por el importador, pero la mercancía corresponde a la descripción hecha en el manifiesto y demás documentos, sin que cambie el régimen de prohibida importación se impondrán las sanciones administrativas que para tal hecho establezcan los reglamentos de aduana, luego de lo cual, se entregará la mercancía, previo el cumplimiento de aquellas, y el pago de los impuestos correspondientes, cuando a ello hubiere lugar. En igual forma se procederá cuando se establezca que en los documentos presentados para la nacionalización de una mercancía se haya declarado un valor inferior al normal.

"Es evidente que el artículo 212 del Decreto 444 de 1967 no fue modificado, y mucho menos derogado por el citado artículo 8o. del Decreto-Ley 520 de 1971, ya que las sanciones administrativas de que trata este último deben entenderse y aplicarse sin

perjuicio de las sanciones que compete aplicar a la Superintendencia de Control de Cambios, que también son administrativos, como lo son todas las actuaciones de las Superintendencias.

"En efecto, el Decreto-Ley 520 de 1971 por conducto de las autoridades aduaneras y en el proceso de la nacionalización busca sancionar la subfacturación en cuanto constituye un fraude al fisco nacional, ya que al importador se le liquidan y él paga de esa manera unos derechos de aduana inferiores a los que legalmente corresponden con el consiguiente detrimento del equilibrio fiscal del país. De otro lado se encuentra el control de la facturación de las importaciones colombianas, con mayores implicaciones, función que por mandato del Estatuto Cambiario es compartida entre el Instituto Colombiano de Comercio Exterior y la Superintendencia de Control de Cambios, buscando ya no que las importaciones paguen lo que les corresponde por derechos aduaneros —función adscrita a las autoridades de aduana— sino que las importaciones, como rubro fundamental en las operaciones de comercio exterior que inciden en la balanza de pagos y reservas del país se efectuén regularmente y dentro de los parámetros legales establecidos para tal efecto. Este último busca que el país tenga una visión realista de las operaciones que afectan la balanza comercial y evitar las disposiciones que conllevan la indebida facturación de las mercancías objeto de dichas operaciones. En este orden de ideas, no puede afirmarse, como lo hace el demandante, que la subfacturación es de menor gravedad que la sobrefacturación.

"Es así como el INCOMEX en observancia de lo dispuesto por el artículo 212 del Decreto 444 de 1967 tiene una División de Precios Internacionales, especializada en el estudio sistemático del movimiento de precios en el mercado internacional. Sin un control de la facturación y unas sanciones imponibles por la Superintendencia de Control de Cambios, ese estudio de precios por parte del INCOMEX sería completamente inútil. La Entidad en ejercicio de esta función, debe denunciar las diferencias de precios que encuentre, denuncia que constituye un documento público con el alcance probatorio establecido por el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal.

"Lo dicho hasta ahora armoniza con el Decreto 2011 de 1973 que regula lo relativo al valor de las mercancías en aduana y que en su artículo 24 reza:

" 'Sanciones: Cuando la Dirección General de Aduanas a través de los estudios realizados llegue a comprobar falsedad, incongruencia o mala fe en los valores declarados, a los infractores se les aplicará las sanciones previstas en el artículo siguiente, sin perjuicio de las sanciones adicionales a que dé lugar tal infracción de acuerdo con las normas legales vigentes en cada caso'."

"Es decir, las sanciones administrativas impuestas por la Dirección General de Aduanas por inexacta facturación, con miras a salvaguardiar el fisco nacional, no son compatibles con sanciones impuestas por la Superintendencia de Control de Cambios cuando sea del caso.

"Así las cosas, se desvirtúa lo sostenido por el demandante, poniéndose de presente que el artículo 212 del Decreto 444 de 1967 se encuentra vigente en todas sus partes y no ha sido derogado ni modificado por el Decreto 526 de 1971, artículo 8o. que sólo establece sanciones adicionales imponibles por las autoridades aduaneras.

"Puede afirmarse que éstas junto con la Superintendencia de Control de Cambios protega intereses paralelos pero diferentes y de ninguna manera incompatibles. Por consiguiente, no hay lugar para hablar del tránsito de una legislación a otra ni a aplicar los criterios de interpretación que para eventos oscuros prevé la Ley 153 de 1887, por cuanto las normas comentadas se refieren a situaciones diferentes. Ahora bien, el actor

menciona, apoyado en el Acta 28 del 17 de mayo de 1978 del Tribunal Superior de Aduanas, que a partir de la Ley 21 de 1977, la subfacturación ha dejado de ser expresamente delito o contravención aduanera para de esta manera quedar fijada la competencia en la Rama Gubernativa. A este respecto a los argumentos anteriores se añaden los siguientes: La Ley 21 de 1977 introduce algunas modificaciones al Estatuto Penal Aduanero (Decretos-Leyes 955 de 1970 y 520 de 1971) adscribiendo a la Justicia Penal Aduanera el conocimiento del delito de contrabando, sin que sustraiga de la competencia de la Superintendencia de Control de Cambios el conocimiento y sanción de los casos de subfacturación ni califique esta conducta como contrabando. Las infracciones a nuestro Régimen Cambiario constituyen contravenciones administrativas, sin perjuicio de las demás a que haya lugar"

EL CONCEPTO FISCAL

En su vista de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación considera que las pretensiones del actor deben prosperar. Respalda su opinión en lo expresado por la Superintendencia de Control de Cambios en la Resolución No. 0399 de 2 de julio de 1979, dictada en un caso similar al presente y cuyo texto corre a folios 106 y siguientes de los antecedentes gubernativos, en la que se sostiene que a partir de la vigencia de la Ley 21 de 1977 —artículo 4o.— la subfacturación ha dejado de ser delito o contravención penal aduanera y pasado a ser una falta administrativa, de competencia de la Dirección General de Aduanas, todo esto conforme al inciso segundo del artículo 8o. del Decreto-Ley 250 de 1971, que modificó el 23 del Decreto-Ley 955 de 1970.

Finaliza el señor Agente del Ministerio Público así:

"Es muy diciente lo transcrito y permite comprobar lo ya expresado por el demandante en su libelo demandatorio, porque efectivamente a partir del denuncio realizado por el INCOMEX (folio 1. antecedentes) la Superintendencia dirigió toda la investigación a comprobar que hubo violación del artículo 246 del Estatuto Cambiario, no lográndolo; en cambio, basándose en el artículo 212 profirió la resolución acusada, sin tener en cuenta el criterio fijado en la Resolución 399 de julio 2 de 1979 (antes transcrito), con lo cual violó flagrantemente el mismo artículo invocado para sancionar o imponer la multa (por indebida aplicación de la norma), así como del artículo 264 (sic, es el 246) *ibídem*, por las mismas razones, habida consideración de la no existencia del hecho (giro al exterior sin el lleno de los requisitos establecidos por la Junta Monetaria), en que los antecedentes no aparece probado por la Superintendencia, no obstante las diferentes acciones que realizó tendientes a comprobar tal infracción".

EL PROCESO

Este proceso contencioso administrativo se tramitó bajo la vigencia del anterior Código sobre la materia y aunque la vista fiscal se produjo estando rigiendo el nuevo estatuto, el respectivo traslado fue ordenado bajo el imperior de la Ley 167 de 1941.

Conviene anotar que se decretaron y practicaron las pruebas pedidas, entre ellas el envío de los antecedentes gubernativos que sirvieron de fundamento para la expedición de la resolución acusada, éstos últimos con carácter devolutivo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidirlo previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según se vio al hacer el recuento de la resolución impugnada en este proceso, la Superintendencia de Control de Cambios estimó que al realizar el actor la importación

de los vehículos automotores a que se refieren los autos infringió el artículo 246 del Decreto-Ley 444 de 1967, en concordancia con el artículo 212 del mismo decreto y consecuencialmente se hizo acreedor a la multa a que se refiere dicha resolución.

El inciso tercero del artículo 246 del Estatuto Cambiario establece que la violación a lo dispuesto por esta norma será sancionada por la Superintendencia con las penas previstas en el mismo estatuto para los casos de infracción de sus disposiciones. A su turno, el artículo 212 ibídem dice que el Instituto de Comercio Exterior "estudiará sistemáticamente el movimiento de precios en el mercado internacional para mantener el control de la exacta facturación de las exportaciones e importaciones colombianas" y que cuando econtrare diferencias entre el precio declarado y el del mercado internacional deberá denunciar el hecho a la Superintendencia del ramo para las consiguientes investigaciones y sanción. Conforme al artículo 220 del estatuto en comento, la última solamente puede consistir en multas, que se graduarán en los términos de su artículo 221.

También se vió que el demandante sostiene que la Superintendencia de Control de Cambios actuó sin competencia, toda vez que la subfacturación que se le atribuye dejó de ser delito o contravención en virtud del artículo 8o. del Decreto-Ley 520 de 1971, quedando convertida en una falta administrativa, de competencia de la rama gubernativa, de lo cual deduce que la Superintendencia violó las disposiciones señaladas como tales.

De acuerdo con lo que antecede, la controversia planteada en la presente causa se circunscribe el análisis de si la Administración actuó sin poder legal o si, por el contrario, simplemente hizo uso de sus atribuciones. A ello procede la Sala.

El artículo 23 del Estatuto Penal Aduanero, que corresponde al artículo 8o. del Decreto-Ley 520 de 1971, titulado "Señalamiento incorrecto de posición arancelaria", prescribe que cuando la posición que se señale en la diligencia de aforo difiera de la indicada por el importador, pero que la mercancía corresponda a la descrita en el manifiesto y documentos complementarios, sin variar el régimen de prohibida importación, "se impondrán las sanciones administrativas que para tal hecho establezcan los reglamentos de Aduana, luego de lo cual se entregará la mercancía previo el cumplimiento de aquellas, y el pago de los impuestos correspondientes, cuando a ello hubiere lugar". El inciso segundo de este artículo dispone lo siguiente: "En igual forma se procederá cuando se establezca que en los documentos presentados para la nacionalización de una mercancía se haya declarado un valor inferior al normal".

Por manera que el Estatuto Penal Aduanero instituye que cuando en los documentos allegados para la nacionalización de mercancías se haya hecho figurar precios inferiores a los normales, se impodrán las sanciones administrativas contempladas en los reglamentos de Aduana que, como tales, son de competencia de las autoridades de esa rama.

Así lo interpretó la justicia penal aduanera al abstenerse de abrir investigación alguna en relación con la solicitud que en el anterior sentido le hizo el jefe de la División de Precios Internacionales del INCOMEX, referida a la importación del automóvil marca Cadillac Seville, a saber:

a) En el auto de 31 de enero de 1978, del Juzgado Tercero de Instrucción Penal Aduanero (folio 60 del cuaderno principal), se lee:

"De todo lo anterior se deduce que por parte, de FRANCISCO J. FUENTES NOGUERA, no hubo delito ni contravención alguna en materia penal aduanera, sino

una falta absolutamente administrativa, por lo tanto, la Justicia Penal Aduanera, no es competente para conocer de ella, siendo el administrador de la Aduana Interior de Bogotá, quien debe sancionar la falta cometida.

"La norma de que habla el Jefe de la División de Precios Internacionales del INCOMEX, que no es otra que el artículo 4o. del Decreto 178 de 1966, que no se halla en vigencia, puesto que fue derogado precisamente por el artículo 23 que le quitó el carácter de delito, para convatirlo en una simple falta administrativa.

"Así las cosas, el despacho considera que no es dable abrir la correspondiente investigación en el presente caso, porque nuevamente volvamos a decir, no se trata de contravención ni delito alguno, siendo por lo tanto la Justicia Penal Aduanera incompetente para conocer de este hecho.

"Es el caso de dar aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal dictando auto inhibitorio y ordenando enviar las diligencias al Administrador de la Aduana Interior de Bogotá, para que allí se retenga la mercancía y se cobren los impuestos, todo esto previa consulta con el Honorable Tribunal Superior de Aduanas.

"Por lo expuesto el Juzgado Tercero de Instrucción Penal Aduanero de Bogotá D.E., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

"PRIMERO:— Abstenerse de abrir investigación contra FRANCISCO J. FUENTES NOGUERA, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO:— Ordenar que las diligencias vayan en el estado en que se encuentran al señor Administrador de la Aduana Interior de Bogotá, para lo de su cargo.

"TERCERO:— Si la providencia no fuere apelada consúltese con el Honorable Tribunal Superior de Aduanas".

b) Al ser consultado el auto anterior ante el Tribunal Superior de Aduanas, el Fiscal Primero del mismo conceptuó que se le debía confirmar (folio 68 *ibidem*). Dijo entonces el Agente del Ministerio Público: "Lo anterior significa que como en el presente caso se ha declarado en los documentos un valor inferior al verdadero, se ha incurrido en una falta meramente administrativa, cuya competencia, por no tratarse de delitos ni de contravenciones, radica en la Administración de la Aduana de Bogotá".

c) En providencia de 29 de mayo de 1978, la Sala Plena del aludido Tribunal expresó:

"Ya la Sala se ha manifestado en varias oportunidades sobre el particular, concluyendo luego de mostrar el proceso histórico-jurídico de la norma, que 'De aquí surge, entonces, la razón por el cual la Ley 21 de 1977 suprimió como elemento del delito de contrabando la pura evasión tributaria que es apenas conducta lesiva del Fisco Nacional, (criticada a veces por su carácter político), para darle otro cariz al reato aduanero, con alcances eminentemente económicos y sociales, ajenos a los vaivenes arancelarios. Por eso, y nada más, son formas de manifestación del delito primario al hacerlo con géneros prohibidos, omitir la intervención aduanera o acudir a medios apócrifos en los trámites de importación-exportación. Pero esas afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictuoso a que se refiere el artículo 4o., ordinal 3o. de la Ley 21 de 1977, deben ser expedientes inexcusable y determinante en la comisión del contra-

bando, como cuando se falsifica el permiso de importación, para traer la mercancía al país, o el manifiesto de aduanas para extraerla de la zona aduanera. En cambio, como se ha visto, la falsa o inexacta declaración sobre la mercancía, de ninguna manera constituye información esencial para la importación o nacionalización de la mercancía, no desvirtúa la licitud de la operación aduanera. De ahí que el legislador le haya restado relievancia penal, para instaurar administrativos mecanismos evitativos y represivos de la práctica antifiscal ".

"Estando acordes las motivaciones y conclusiones del Juzgado y de la Corporación, es el caso de confirmar la providencia consultada".

Lo que antecede concuerda con lo aseverado por la propia Superintendencia de Control de Cambios en la Resolución No. 0399 de 2 de julio de 1979, por la cual se resolvió una situación jurídica análoga a la que contempla este proceso, cuya copia fue allegada por el apoderado del demandante y obra a folios 106 a 110 de los antecedentes administrativos. Aunque esta copia no se encuentra autenticada, no fue objetada ni tachada de falsa por la Administración, durante la etapa gubernativa, ni por la parte impugnadora, dentro del proceso que se decide por medio de esta providencia. La Resolución 0399 fue comentada y parcialmente transcrita por el señor Fiscal Primero de la Corporación en su vista de fondo y, en lo que aquí interesa, su tenor es el siguiente:

"1. *En cuanto a la subfacturación y la competencia para sancionar:*

"a. A partir de la expedición de la Ley 21 de 1977 (artículo 4o.), la subfacturación ha dejado de ser expresamente, delito o contravención penal aduanera para de esta manera quedar fijada la competencia en la rama gubernativa (Dirección General de Aduanas), por constituir una falta administrativa de conformidad con el artículo 23 del Decreto-Ley 955 de 1970, norma que a continuación transcribimos: 'En igual forma se procederá cuando se establezca que los documentos presentados para la nacionalización de una mercancía se haya declarado un valor inferior al normal'.

"b. La Ley 6a. de 1971 corresponde a lo que a la doctrina y la jurisprudencia ha dado en denominar 'Leyes cuadro'. Fueron introducidos a nuestro derecho por la reforma constitucional de 1968. Dentro de la redistribución de poderes establecidos por la reforma constitucional, obedecen a la necesidad de la intervención ágil y directa del Ejecutivo en cuestiones de orden técnico administrativo. En cuanto al valor dentro de la jerarquía de la norma jurídica estas leyes tienen la mismas fuerzas vinculantes de las Leyes ordinarias, el Ejecutivo ejercita como atribución constitucional propia con poderes que naturalmente comprenden la derogación o modificación de las leyes que quedan dentro de su órbita las funciones que le otorga la ley cuadro.

"En desarrollo de la Ley 6a. de 1971 se expidió el Decreto 2011 de octubre 4 de 1973 en razón de su posterioridad y de la especialidad regula todo lo referente al valor, deroga tácitamente al artículo 212 del Decreto-Ley 444 de 1967 en lo referente a la competencia para sancionar la inexacta facturación en las importaciones en el evento de la no demostración de giro indebido operación de cambio exterior —artículo 246 del Decreto 444 de 1967—.

"En el caso de que se demuestre que *se han efectuado giros sin el cumplimiento de los requisitos legales*, la Superintendencia de Control de Cambios entraría a sancionar la irregularidad, compartiendo la competencia con la Dirección General de Aduanas, que sancionaría *la inexacta facturación*".

De lo anterior se desprende que evidentemente la Superintendencia de Control de Cambios no tenía competencia para sancionar la falta administrativa imputada al

demandante, por tratarse de una materia sometida al conocimiento de la Dirección General de Aduanas, circunstancia esta que determina la violación de las disposiciones cambiarias que el actor indica como infringidas, pues no pueden ser aplicables por dicha Superintendencia en el asunto *sub-júdice.*

De otra parte, en el proceso se acreditaron las cuestiones necesarias para que él pudiera tener curso, tales como la importación de los vehículos, la utilización total de los registros de importación y el pago del valor de la multa. Y en cuanto al fondo del asunto, por haberse admitido la falta de competencia de la entidad que por medio de la resolución acusada sancionó al demandante, no es indispensable analizar las pruebas que pudieran fijar la inocencia o la culpabilidad del mismo, según el caso, dada la dirección que lleva esta providencia.

Atrás se transcribió el planteamiento hecho por la Superintendencia de Control de Cambios para sustentar su posición jurídica. Al respecto la Sala, además de las razones ya expuestas, acoge y se remite a lo que la Superintendencia expuso en la Resolución No. 0399 de 1979, ya reproducida en este proveído. Agrega la Sala que no puede aceptarse la existencia de una competencia dual entre la Superintendencia y la Dirección General de Aduanas para investigar y sancionar la irregularidad consistente en hacer figurar un valor inferior al precio que consta en las listas del INCOMEX, porque resulta injurídico y, más aún, cuando no hay duda de que esto le corresponde a la entidad aduanera. Distinto es lo referente a las infracciones propiamente cambiarias, que están específicamente asignadas a la Superintendencia de Control de Cambios en el estatuto cambiario. En esto no hay discusión.

Las precedentes consideraciones son suficientes para que se acceda a las pretensiones de la demanda. Por consiguiente, se decretará la nulidad de la resolución impugnada y se ordenará el reintegro del valor de la multa pagada por el actor, más los intereses corrientes en la plaza de Bogotá entre el 10 de septiembre de 1982, fecha en que se consignó la suma de $ 690.459.73 por el citado concepto, y aquella en la que realmente se haga el reintegro. En cambio, no hará condena en cuanto a perjuicios morales, por resultar ellos improcedentes en el caso de autos, atendida su especificidad.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal colaborador,

FALLA:

Primero.— Declárase la nulidad de la Resolución No. 0442 de 10 de mayo de 1982, expedida por el Superintendente de Control de Cambios.

Segundo.— Como consecuencia de la anterior declaración el Tesoro Nacional (Superintendencia de Control de Cambios) deberá reintegrar al señor Francisco J. Fuentes Noguera, dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, la suma de seiscientos noventa mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con setenta y tres centavos ($ 690.459.73) moneda legal, pagada por éste por concepto de multa, y pagarle además, dentro del mismo término, los intereses corrientes de la anterior suma, vigentes en la plaza de Bogotá entre el 10 de septiembre de 1982 y la fecha en que se verifique realmente el reintegro. El mencionado valor fue consignado por el interesado en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el 10 de septiembre de 1982, según el recibo de caja No. AV-029 845 de la misma fecha.

Tercero.— Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cuarto.— Ejecutoriado el presente fallo envíese copia de él a la Dirección General de Aduanas, para todos los efectos legales consiguientes.

Quinto.— En firme esta providencia, devuélvanse a la Superintendencia de Control de Cambios los antecedentes gubernativos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitres de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, se excusó de asistir, **Mario Enrique Pérez, Simón Rodríguez Rodríguez.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

MARCAS.— CANCELACION.— Por causa de la caducidad. Competencia para efectos de oposición el registro de marcas.

Declárase la nulidad de la Circular número 10 de 24 de octubre de 1979 dictada por el jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

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

Consejero Ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**
Proyectó: **Doctor Carlos Urán**, Abogado Asistente.
Referencia: Expediente No. 4579.
Actor: **Ramiro Castro Duque y Augusto Hernández Becerra.**

El abogado Ramiro Castro Duque, en su propio nombre y en representación del señor Augusto Hernández Becerra, en ejercicio de la acción que contempla el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, solicita la declaratoria de nulidad de la Circular No. 10 de 24 de octubre de 1979 expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. EL ACTO ACUSADO

La referida Circular, bajo el título de TRAMITE DE LA CANCELACION POR CADUCIDAD, consta de cinco artículos, que en esencia dicen lo siguiente: 1— La cancelación de un registro por caducidad está establecida en el artículo 595 del Código de Comercio; el término de diez años que antes se señalaba para la operancia de dicha institución se redujo a cinco, que es el mismo de acuerdo con el artículo 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena se fija para la renovación de los certificados, uno de cuyos requistos es precisamente la prueba del uso de la marca durante esos cinco años. Por lo tanto, "la caducidad por inexplotación deja de existir y, en su lugar, ahora simplemente la marca puede ser renovada". 2— La filosofía de la cancelación aludida es la de que una marca puede ser utilizada en beneficio de la industria o el comercio. Encuentra su asidero legal en el artículo 595 del Código de Comercio y por ello su solicitud procede de acuerdo con los artículos 26 y 45 de la Constitución Nacional. 3— Los artículos 1o. y 2o. del Código de Comercio establecen la vía analógica para la tramitación de lo que no esté

regulado expresamente por medio de sus normas o del Código Civil. Además, el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo permite llenar los vacios con las normas del Código de Procedimiento Civil. 4— El numeral 17 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil contempla el proceso abreviado para el trámite de la oposición al registro de marcas, pero esta norma fue derogada tácitamente por el Código de Comercio, el cual trasladó por medio de su artículo 595 estos asuntos al conocimiento de la División de Propiedad Industrial. Luego de reproducir el contenido del artículo 590 del referido Código de Comercio, agrega que el legislador sencillamente prefirió considerar la cancelación mediante texto especial, que es el del artículo 595, es decir, que "si el Código de Procedimiento Civil contemplaba el proceso abreviado tanto para las oposiciones al registro como para la cancelación de las marcas; y si en el Código de Comercio se da la pauta del proceso abreviado (señalando su término de prueba) para conocer de las oposiciones (artículo 590), dicho trámite debe entenderse extendido analógicamente para las peticiones de cancelación (artículo 595)". Cita en apoyo de esta interpretación los artículos 822 de la Ley Mercantil y 4o. y 5o. del Código de Procedimiento Civil. 5— El artículo 5o. se transcribe en su integridad por ser tenido por la demanda como el sustancial dentro del contenido de la circular acusada. Dice así: "En síntesis. Si conforme a la primera de las reglas del Código de Comercio '(...) Los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial *y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas*'. (énfasis de la oficina), la acción de caducidad que ejerzan los particulares para que la Administración cancele una marca tiene que ser tramitada por el proceso abreviado que expresamente señala el propio Código en su artículo 590, como quiera que por el proceso abreviado resolvían los jueces civiles los asuntos de cancelación y oposición que el Código de Comercio asignó a esta Dependencia Administrativa y como quiera que para la cancelación de las marcas no se estableció un procedimiento determinado.

"Por consiguiente, las demandas de cancelación de un registro marcario deben satisfacer los presupuestos formales de que tratan los artículos 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, así como su conocimiento se ceñirá a lo dispuesto en los artículos 415 y siguientes del mismo compendio normativo"

II. LA DEMANDA

1. LOS HECHOS

Como hechos la demanda menciona los siguientes:

En primer lugar recuerda el contenido de los artículos 414, numeral 17, del Código de Procedimiento Civil y 595 del Código de Comercio, referidos a la competencia del Juez Civil del Circuito y de la Oficina de Propiedad Industrial para conocer de la cancelación de los registros de marcas, en frente a los cuales el demandante concluye que "la cancelación de registro marcario por no uso, habiendo sido primero una acción judicial sometida expresamente al procedimiento abreviado, se convirtió por obra del Código de Comercio en un trámite administrativo no sujeto a formalidad procedimental especial, pues en este aspecto la ley no se extendió". A continuación el demandante, refiriéndose a "las solicitudes de cancelación de marcas con base en la caducidad de las mismas", señala que la circular acusada dice directamente que "no se tiene expresamente establecido en la ley el trámite procedimental en cuya virtud ellas deban ser resueltas", y que a pesar de tal reconocimiento la oficina de Propiedad Industrial se dispuso a llenar el vacío legal careciendo de competencia para ello. Por lo tanto, señala la demanda, "la Circular No. 10 viene a ser ni más ni menos un reglamento del artículo 595 del Código de Comercio violándose así, entre otras varias normas de la Constitución Nacional.

2. DISPOSICIONES VIOLADAS

Como violadas tiene las siguientes normas: Artículos 20, 55, 63 y 76 (ordinales 1o. y 2o.) y 120 (ordinal 3o.) de la Constitución Nacional y 595 del Decreto 410 de 1971.

3. CONCEPTO DE LA VIOLACION

El concepto de la violación se resume así: En la ley no se encuentra referencia alguna acerca de haberse establecido un procedimiento especial para el trámite de la caducidad de los registros de marcas comerciales de la acción de caducidad marcaria por no uso distinta de la contenida en el artículo 595 del Código de Comercio, en el cual no se preceptuó un trámite especial para ello. Sin embargo, esto no autorizaba a la División de Propiedad Industrial para llenar por su cuenta este vacío legal. Por ello, al haberlo hecho, la circular "es un acto administrativo creador de una situación jurídica objetiva (impersonal o abstracta y general) y tiene carácter imperativo para todos los administrados".

Por lo anotado, según la demanda se violan las siguientes disposiciones:

a) El propio artículo 595 del Código de Comercio que de esta manera resulta reglamentado, endilgándole "prescripciones no contenidas en dicha norma" y creándole "formalidades distintas a las establecidas en la Ley", pues dispone que debe seguirse un procedimiento abreviado en los términos del Código de Procedimiento Civil, sometiendo entonces "un trámite puramente administrativo, como es el allí contemplado, a normas que le son por completo ajenas, las del procedimiento judicial, artículos 75 y siguientes y 415 y siguientes del Código de Procedimiento Civil".

b) Los artículos 76 (ordinales 1o. y 2o.) y 55 de la Carta Política resultaron violados porque la División de Propiedad Industrial asumió funciones que no le competían.

c) El artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional fue violado porque al pretender reglamentar la ley el acto acusado se usurpó la función privativa del Presidente de la República contenida en dicha norma.

d) Finalmente los artículos 20 y 63 de la misma Constitución Nacional fueron infringidos porque las expresadas autoridades asumieron funciones más allá de las que le han sido señaladas por la ley.

III. ALEGATO DE LAS PARTES

En su escrito de conclusión el actor reafirma los argumentos expuestos en el texto de la demanda.

En cuanto al concepto de fondo del señor Agente del Ministerio Público, éste no fue presentado seguramente por no haberlo considerado necesario en el presente proceso.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose cumplido el trámite propio de este proceso y no hallándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a fallarlo previas las siguientes consideraciones:

En primer lugar se observa que en el propio párrafo introductorio de la Circular No. 10 acusada en este juicio se reconoce que para "las solicitudes de cancelación de marcas con base en la caducidad de las mismas" "no se tiene expresamente establecido

en la ley el trámite procedimental en cuya virtud ellas deben ser resueltas". Es decir, que el objeto directo de la mencionada circular fue el de llenar ese vacío legal, entre otras cosas, "teniendo en cuenta que al Despacho se encuentran algunas solicitudes", tal como allí mismo se menciona.

Salta a la vista la anomalía que significaría que una entidad administrativa cualquiera pretenda asumir funciones que sólo le corresponden a la ley o que, si se trata de su reglamentación, corresponden al Presidente de la República. Sin embargo, bajo este enfoque se procede a analizar el contenido de cada uno de los cargos.

1. *Competencia para efectos de oposición al registro de marcas.* Dice el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil lo que sigue: "Los jueces de circuito de Bogotá conocen en primera instancia de los procesos relativos a patentes, marcas y nombres comerciales, que no estén atribuídos a la autoridad administrativa o a la jurisdicción contencioso administrativa". Por su parte el numeral 17 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil dice lo siguiente: "Se tramitarán y decidirán en proceso abreviado los siguientes asuntos, cualquiera que sea su cuantía: 17. Oposición al registro de marcas o nombres, dibujos industriales o diseños y patentes, o cancelación de aquel".

Del contenido de las normas transcritas es necesario separar dos situaciones para efectos de poder hacer la comparación con las normas del Código de Comercio y apreciar a quién está asignada la competencia en tales asuntos.

En primer lugar el artículo 414-17 se refiere a las oposiciones al registro de marcas, nombres, dibujos, diseños o patentes y luego agrega: "o cancelación de aquel", es decir, del registro. En cuanto a las oposiciones de marcas es necesario deslindar lo siguiente: Como se sabe, dichas oposiciones pueden ser oficiosas o deberse a terceros (artículos 589 y 590 del Código de Comercio); en tales casos se debe seguir el procedimiento señalado por dichos artículos y por el 591 del mismo Código, y contra lo resuelto en las mencionadas oposiciones se puede acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa. Sin embargo, como se ha afirmado en sentencia de esta Sala de fecha 11 de diciembre de 1981 (expediente 3102, actor Segismundo Bodach), "si lo que se persigue es que se reconozca un mejor derecho a la utilización de la marca discutida, por tratarse de una controversia entre dos particulares, la acción debe ser instaurada ante los Jueces de Circuito de Bogotá, según lo establecen los artículos 17 y 414, numeral 17 del Código de Procedimiento Civil, que señala el procedimiento abreviado que se debe seguir".

De acuerdo con lo anterior se tiene que lo relativo a oposición de marcas y nombres, etc., es de competencia de la jurisdicción ordinaria si se trata de obtener el reconocimiento a un mejor derecho para utilizar la marca discutida. En los demás casos la competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa.

Pero tratándose de la cancelación de la marca por causa de la caducidad por no uso se tiene lo siguiente: La competencia para conocer de esta controversia está radicada expresamente en la Oficina de Propiedad Industrial, según lo dispone claramente el artículo 595 del Código de Comercio. La dificultad surge por el hecho de que el citado artículo no señala el procedimiento que debe seguirse en la tramitación de dichas acciones, pues de él los únicos criterios que se desprenden son los siguientes: 1) Que la marca caducará y será cancelada si no ha sido utilizada en Colombia, directamente o por medio de terceros, durante cinco años. 2) Que tales cinco años se contarán "hacia atrás a partir de la fecha de la demanda. 3) Que se pueden oponer como excepciones la fuerza mayor o el caso fortuito y también el hecho de haber sido usada la marca "para uno o varios productos o servicios pertenecientes a determinada clase" o tratarse de "marcas defensivas". 4) Que quien obtenga resolución favorable tendrá derecho preferencial al registro, si lo solicita dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria del fallo.

Por otro lado se observa que el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 414, numeral 17 del Código de Procedimiento Civil sólo obliga a las autoridades judiciales, no a las administrativas, es decir, una autoridad administrativa para el cumplimiento de sus funciones propias no puede acogerse a las normas del Código de Procedimiento Civil u otras de la justicia ordinaria, a no ser que haya mandato expreso de la ley.

La razón de lo dicho es doble: por un lado, porque, como acaba de mencionarse, de acuerdo con el artículo 6o. del Código de Procedimiento Civil, "las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento", pero sólo en el ámbito judicial y no en el administrativo; en segundo lugar, porque si se llenara el vacío del procedimiento administrativo por medio de las normas del procedimiento civil, se estaría haciendo aplicación extensiva de unas disposiciones impropias, ya que no hay mandato de ley para ello y conforme al artículo 26 de la Constitución Nacional nadie puede ser juzgado sino de acuerdo con las leyes preexistentes y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

2. Haciendo aplicación de la doctrina expuesta al caso *sub-júdice* se tiene que el Jefe de la División de Propiedad Industrial que dictó la Circular No. 10, no podía establecer con carácter obligatorio para todos el procedimiento señalado por el Código de Procedimiento Civil para los jueces, como tampoco podía hacer aplicación de alguno de los distintos procedimientos abreviados contemplados en el Código de Comercio, porque a pesar de la similitud de la materia la sola escogencia de uno de tales procedimientos (el del artículo 448 o el del artículo 590, por ejemplo) ya significaría legislar o dictar un reglamento sin tener competencia, porque los artículos 76 y 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional se la da a otros órganos estatales.

En síntesis, al proceder como se procedió por medio de la Circular No. 10 se violaron expresamente los artículos de la Constitución Nacional señalados en la demanda y también las normas del Código de Comercio citadas por el demandante.

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:

Declárase la nulidad de la Circular número 10 de 24 de octubre de 1979 dictada por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CONTRATO DE APARCERIA.—

1.— Los contratos de aparcería celebrados normalmente, NO PARA EFECTOS DE LA DESAFECTACION, se celebran aún verbalmente y se someten, aún contra lo convenido por las partes, a las regulaciones de orden público de la Ley. 2.— Pero en cambio, los contratos de aparcería celebrados para obtener LA DESAFECTACION del artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, por mandato expreso y claro del artículo 2o. del Decreto 135 de 1976, tienen QUE CONSTAR POR ESCRITO Y CEÑIRSE ESTRICTAMENTE "A LOS MANDATOS LEGALES".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto nueve de mil novecientos ochenta y cuatro (agosto 9 de 1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Referencia: Expediente No. 4000.
Actor: **Roberto y Octavio Ortega Builes.**

Los ciudadanos Roberto y Octavio Ortega Builes, por medio de apoderado y en ejercicio de plena jurisdicción, formulan demanda de nulidad del auto de 4 de mayo de 1983 proferido por la gerencia general del INCORA, por medio de la cual se denegó la desafectación del predio rural la "MARIA", integrado por los lotes EL TIGRE, LA QUE SE ANIEGA Y LA RAIMUNDA, en jurisdicción del municipio de Barbosa, departamento de Antioquia y en su lugar que se decrete la desafectación citada.

Expuso como hechos los siguientes:

HECHOS

"1— Mis poderdantes son propietarios de los siguientes lotes rurales ubicados en el municipio de Barbosa, Departamento de Antioquia especificados así:

a) Un lote de terreno denominado la RAIMUNDA, ubicado en el corregimiento de EL HATILLO, municipio de Barbosa, con tres casas de habitación, demás mejoras y enexidades, y que linda: "Por el pie, con Rosalía Sierra y herederos de Francisco Sierra; por un costado, con herederos de Nolasco Ochoa y Rosalía Sierra; y por el otro costado, con predio de Antonio Castaño". Este lote tiene un área aproximada de 26 hectáreas y se distingue con la matrícula inmobiliaria No. 012-0000238.

b) Un lote de terreno denominado EL TIGRE ubicado en el corregimiento de EL HATILLO, cuyos linderos: "por el pie, con los herederos de Romana Sierra; por un costado, por una quebrada arriba, con herederos de Francisco Osorio; por la cabecera, con propiedad de Domingo Velasquez; y por el otro costado, con propiedad de herederos de Bernardo Cañas hasta encontrar propiedad de los herederos de Celsa Suárez. Este lote tiene una extensión aproximada de 30 hectáreas y matrícula inmobiliaria No. 0012-0000181.

c) Un lote de terreno ubicado en el Corregimiento de EL HATILLO, municipio de Barbosa, cuyos linderos son: "Por el pie por Rosalía Sierra; por un costado con una madre del río Medellín, con propiedad de Hernándo y Bernardo Londoño; por la cabecera por el doctor León Londoño y la línea de los Ferrocarriles Nacionales; y por el otro costado, con Rosalía Sierra y los señores Córdoba". Este lote tiene una cabida aproximada de 13 hectáreas y matrícula inmobiliaria No. 012-0000224.

2— El gerente regional del proyecto de Antioquia Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, por medio de las Resoluciones Nos. 238 de marzo 28 de 1979, reformada por la No. 01396 de 24 de octubre del mismo año declaró, demostrada la existencia de veintiséis aparceros y ordenó la adquisición de los predios explotados.

3— Mis mandantes hicieron todas las diligencias posibles para obtener de la mayoría de los aparceros la suscripción de los respectivos contratos de aparcería, pero sin lograrlo.

4— A fin de obtener la prueba de la existencia de los respectivos contratos, a pesar de las resoluciones enunciadas en el hecho segundo de este libelo que los declara como pequeños aparceros, se realizó por el Juzgado Civil Municipal de Barbosa una diligencia de Inspección Judicial con la cual se demostró la existencia de los respectivos contratos y posteriormente, tal diligencia se completo con una visita realizada a los predios por funcionarios del INCORA que establecieron la veracidad de la Inspección Judicial y de las condiciones específicas de cada contrato, las obligaciones de los propietarios y la de los aparceros, demostrando con ello que se encuentran en mejores condiciones a las establecidas por los mínimos estipulados en los modelos aprobados por el Ministerio de Agricultura.

5— En la oportunidad debida y con fundamento en los siguientes hechos solicité al señor Gerente General del INCORA la desafectación de los mencionados predios, la cual fue negada por medio del auto de 4 de marzo del año en curso.

6— Para mis mandantes, la imposibilidad de celebrar los contratos escritos como estipula el inciso primero del artículo 26 de la Ley 6a. de 1975, constituye fuerza mayor, toda vez que son los aparceros quienes sin razón verdadera se niegan a hacerlo.

7— Pero el señor gerente del INCORA, a pesar de estar demostrando por otros medios probatorios la existencia de los contratos de aparcería, los cuales reúnen los requisitos mínimos establecidos por la ley ya citada, artículo 26 el cual establece una presunción legal, lo cual implica que es el INCORA a quien compete desvirtuar la ameritada presunción.

Como disposiciones violadas cita los artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional, 1, 104 y 104 bis de la Ley 135 de 1961, 26 y 29 de la Ley 6a. de 1975, pero no desarrolla el concepto de la violación sino en relación con el artículo 29 de la Ley 6a. mencionada en los siguientes términos:

"En vigencia de la Ley 6a. de 1975 y, especialmente de su artículo 29, el INCORA, al demostrar la existencia de pequeños arrendatarios o aparceros, debió abstenerse de iniciar las correspondientes diligencias de adquisición, salvo que hubiese demostrado que los contratos sean visiblemente violatorios de la ley porque, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 26 de la mencionada ley, la carga de la prueba le corresponde al Instituto en virtud de la presunción *juris tantun* que favorece a los propietarios.

Con las visitas previas se demostró la existencia de 26 aparceros que laboraban en condiciones, por lo demás superiores a los mínimos establecidos en la ley, lo que impedía al Instituto pronunciarse sobre la afectación de los predios.

Luego con la demostración clara y palmaria de que los contratos no sólo se ajustaban a las normas legales sino que era para los precaristas más favorables, no podía negar la solicitud de desafectación sin incurrir en una violación directa del artículo 29 de la

mencionada ley, porque cuando los propietarios demuestren que los contratos están adecuados a la ley de aparcería, el INCORA no puede negarse a la desafectación, ya que la facultad otorgada por la ley al gerente no lo autoriza para defectar o dejar de hacerlo.

Comprobadas las condiciones estipuladas por el artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, el INCORA tiene la obligación de proceder a la desafectación, vale decir, a reconocer los derechos de los particulares, sin entrar a hacer otras consideraciones o discutir sobre otros aspectos.

Los derechos de los particulares frente a la Administración deben ser reconocidos por ésta sin discusión de ninguna especie, cuando los particulares demuestren que son titulares de los mismos.

Dado que mis mandantes demostraron existencia de los contratos, no solo con una inspección judicial sino con la intervención de funcionarios del INCORA, este no podía desconocer el derecho que ellos tienen a que se les desvincule del proceso administrativo de adquisición reconociendo, así, que se hallan cumpliendo estrictamente con las disposiciones legales sobre la materia".

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, no se puede decidir la controversia.

Así las cosas, se comentará el estudio del acto acuerdo frente al artículo 29 citado.

I. EL ACTO ACUSADO

Dice en lo pertinente:

"Es oportuno anotar que el artículo 29 de la Ley de Aparcería concede a los propietarios de todos aquellos inmuebles afectados en desarrollo del artículo 59 bis del Estatuto Agrario, el derecho a solicitar la desafectación de su finca, si demuestra que ha celebrado contratos de Aparcería con sujeción estricta a las disposiciones cotenidas en la aludida Ley 6a. de 1975, los Decretos Reglamentarios 2815 de 1975, 135 de 1976 y la Resolución 093 proferida por el Ministerio de Agricultura.

Analizados los contratos aportados al expediente, a la luz de las normas citadas, se encuentra:

En ninguno de los documentos se identifica por sus linderos la parcela objeto del Contrato de Aparcería.

Falta estipular la fecha a partir de la cual tiene vigencia cada contrato que en el presente caso, dada la clase de cultivos, se contará a partir de la fecha en que éstos entren en producción, de conformidad con lo establecido en los artículos 5o. de la Ley 6a. de 1975 y 5o. del Decreto Reglamentario 2815 del mismo año.

En alguno de estos documentos en la Cláusula referente al término de duración de los contratos, aparecen tachadas las palabras "de tres años" y en su lugar anotaron "indefinido". De conformidad con el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil "las partes enmendadas o interlineadas se desecharán, a menos que las hubiere salvado bajo su firma quien suscribió o autorizó el documento".

Al respecto debe tenerse en cuenta que tanto el artículo 5o. de la ley de aparcería como el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 2815, claramente preceptúan tres años como término mínimo para la duración de esta clase de contrato, plazo que se contará

como ya se indicó, de acuerdo con la condición de permanentes o semipermanentes de los cultivos, a partir del momento en que estos inicien la etapa de producción, clasificación dentro de la cual encajan las especies implantadas en la finca a que se contrae la presente actuación.

Igualmente se observa que en algunos contratos no se estipulan las obligaciones de los propietarios en cuanto al aporte en forma oportuna de las sumas que sean necesarias para atender los gastos que demande la explotación así como la obligación de suministrar a cada aparcero en calidad de anticipo imputable a la parte que a éste le corresponde en el reparto de utilidades, una suma no inferior al salario mínimo legal, por cada día de trabajo empleado en el cumplimiento del respectivo contrato, según reza el artículo 7 del Decreto Reglamentario 2815 de 1975.

Además la distribución de utilidades debe pactarse de conformidad con lo establecido en el artículo 8o. de la ley de aparceria, en concordancia con el capítulo VI del decreto reglamentario tantas veces citado y la Resolución No. 093 de 1975 proferida por el Ministerio de Agricultura, normas que disponen la forma más equitativa en el reparto de los rendimientos obtenidos, evitando lesionar los intereses de las partes, cálculo que debe hacerse sobre la producción general y sin que puedan estipularse cláusulas de las que traen varios de los contratos aportados, donde señalan que el propietario se reserva la facultad de exigir su tercera parte de café tipo federación o de colorado" (folios 151 a 154).

Siendo la esencia del contrato de aparcería la colaboración y participación mutua entre propietario y aparcero en el desarrollo de la explotación, a través de un coordinado aprovechamiento económico del terreno, las obligaciones de las partes deben ser equivalentes al tenor del ordenamiento establecido en la Ley 6a. de 1975 y demás disposiciones concordantes, que informan el verdadero espíritu de su normatividad.

Así mismo de acuerdo con el precepto contenido en los artículos 11 de la Ley 6a. de 1975 y el 10 del decreto reglamentario, en ningún caso podrá estipularse a cargo del aparcero, multa aun a título de cláusula penal, como lo expresa el punto del contrato visible a folio 154.

A folio 154 y 154 Vto. obra copia sin autenticar de un contrato y por ende sin valor probatorio alguno, al tenor del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, de las declaraciones extraproceso rendidas ante el Juez Municipal de Barbosa (Antioquia), se infiere que los contratos verbales tampoco se ajustan a las disposiciones sobre aparcería. En efecto:

a) El señor Antonio José Ortega Arango declaró que hace tres años esta vinculado al fundo, explotando aproximadamente cinco cuadras del fundo, a término indefinido. Preguntando respecto de la autorización de Roberto Ortega para darle la tercera de la cultivado, es decir, café, yuca, plátano y no más. Respecto del aporte del propietario dijo: la explotación ha sido por cuenta mía, el me dijo a mi que sembrara café y no más, pero el no me ha dado nada a mí, que cuando produzca le dé la tercera parte del producto de lo que se coseche.

b) El señor José Angel Vásquez Alzate, entre otros aspectos manifestó: "yo le dije que me diera un pedacito de tierre y él mandó al encargado que me lo diera, no me fijo plazo para la entrega". "El estaba en rastrojo" (el terreno que le entregaron). Preguntando sobre sus obligaciones como aparcero contestó: "la obligación de darle la tercera, de lo que siembre don Roberto, sobre las demás obligaciones no conversamos".

c) Defonso Vásquez Monsalve declaró: que explota una parcela de más o menos cuadra y media, desde hace dos años, sin fijar término para entregarla. En cuanto a las obligaciones en relación con la forma de explotación la participación en las cosechas, manifestó pagarle la tercer a él legalmente.

d) Octavio de Jesús Ortega Ortega declaro que es aparcero, con una extensión aproximada de ocho cuadras de tierra tiene contrato verbal desde hace dos años a término indefinido con la condición de cultivar la tierra y pagar la tercera parte de la producción. Respecto de las obligaciones por parte del propietario dijo: "El le presta plata a uno si necesita para abonar, desyerbar o recolección de café".

Del análisis anterior se infiere, que los contratos (escritos aportados, así como los que se suponen existen en forma verbal, no reúnen la totalidad de las formalidades establecidas por la Ley 6a. de 1975. Además en relación con los contratos verbales la administración se permite anotar, que si bien esta forma de contrato es válida para obtener la desafectación, no es menos cierto que el propietario esta obligado a probar que ellos existen y que se celebraron en los términos de la norma citada, mediante alguno de los medios probatorios legales eficaces y conducentes, pues no en otra forma el Instituto podrá establecer y definir si se dan o no los presupuestos señalados por la Ley 6a. y su Decreto Reglamentario 135 de 1976. En el presente caso, el cumplimiento de los presupuestos señalados se trato de demostrar con una diligencia de inspección ocular practicada por el juez civil, mediante probatorio que de haberse encausado hacia los objetivos que se trataba de demostrar, habría sido perfectamente válida, pero como se anotó anteriormente, resultó insuficiente, en primer término, por cuanto de las actas de la diligencia no se infiere con claridad y exactitud si los contratos se pactaron y se cumplen de acuerdo con la norma pertinente y en su lugar, por cuanto mediante la inspección ocular solo se verificó la situación relacionada con cinco aparceros, pero no está definida o no es clara la situación jurídico contractual del resto de precaristas.

Por último y en cuanto a la presunción que consagra el artículo 26, inciso 2o. de la Ley 6a. de 1975 es de anotar, que el presente caso no tiene operancia, por cuanto esta desvirtuada por las declaraciones de los cinco precaristas interrogados en la diligencia de inspección ocular y por el contenido mismo de los contratos que se allegaron al expediente".

II. El demandante no formuló alegato de conclusión, no así el procurador judicial del INCORA, cuyo alegato obra a folios 19 y siguientes, del expediente. No hubo concepto de la Fiscalía de la Corporación.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) La Sala encuentra ajustada a derecho la providencia impugnada y para defender su legalidad resulta más que suficientes las razones dadas en la parte motiva.

b) Es cierto que según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, "Los propietarios de predios rurales que celebran los contratos de aparcería que regula esta ley, podrán obtener la desafectación de los mismos o de la porción respectiva, en caso de que, con base en el artículo 59 bis, de la Ley 135 de 1961, se encontraren en proceso de adquisición por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria".

c) Y es claro también, conforme al artículo 26 de la misma ley, que si los contratos no constan por escrito o no están debidamente autenticados, "se entienden celebrados de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley", pero esta previsión constituye presunción legal, que admite como tal prueba en contrario.

d) En el asunto *sub-júdice*, varios contratos de aparcería fueron celebrados por escrito y se trajeron a los autos, sin que pueda, por lo mismo aplicarse la presunción del artículo 26 pues el mismo texto del convenio destruye la presunción legal, y basta su lectura para encontrar que el análisis que de ella hace la providencia acusada, se ajusta a la ley.

e) Lo mismo debe decirse en relación con los contratos verbales, pues el dicho juramento de los mismos presuntos aparceros sobre la forma como se han venido cumpliendo tales convenciones, no deja lugar a dudas que ellas no se sujetan a los mandatos legales.

f) Por lo demás, conviene observar que según el artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 135 de 1976, para tener derecho a la desafectación de los predios a que se refiere la Ley 6a. de 1975, se requiere entre otros requisitos: "presentar copia auténtica de los contratos celebrados con sujeción estricta a lo dispuesto por la ley que se reglamenta y al correspondiente decreto reglamentario" y ya se vió, por el acertado análisis que, de los traídos a los autos, hace el INCORA en la providencia impugnada, que ellos no se ajustan a las previsiones legales.

g) Las normas analizadas, tantos las de la Ley 6a. de 1975, como las del Decreto 135 de 1976 y la del también reglamentario, Decreto 2185 de 1975 contienen normas precisas y concretas sobre lo que deben contener los contratos de aparcería y, por considerarlos de orden público, ordenaron tener por no escritas las cláusulas contractuales que los contravengan y someter las situaciones así reguladas a las previsiones legales y reglamentarias.

Esta es la regla general y ella permite que los contratos de aparcería celebrados normalmente, no para efectos de la desafectación, se celebran aún verbalmente y se sometan, aún contra lo convenido por las partes, a las regulaciones de orden público de la ley.

Pero en cambio, los contratos de aparcería celebrados para obtener la desafectación del artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, por mandato expreso y claro del artículo 2o. del Decreto 135 de 1976, tienen *que constar por escrito y ceñirse estrictamente a los mandatos legales*, y ello es lo lógico, pues si se celebran expresamente para acogerse al privilegio excepcional de la desafectación del predio rural, no puede exigirse, o aceptarse menos, que la estricta sujeción al mandato legal.

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 inicial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día nueve de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala, **Jorge Valencia Arango, José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS.— CADUCIDAD.— TERMINO.— Dentro de los años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente No. 3383. Apelación.
Actor: **Florentino y Miguel Antonio Ruiz.**

I

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores Miguel Antonio y Florentino Ruiz Morales, demandaron, por los trámites de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, la nulidad de la Resolución 1224 del 13 de diciembre de 1977 originaria de la Gerencia Regional del Proyecto Cundinamarca No. 2 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, por medio de la cual se ordenó la adjudicación definitiva a Buenaventura Ibañez Caycedo del predio denominado "El Triunfo", situado en el paraje Subía, municipio de Silvania, Departamento de Cundinamarca. Y a título el restablecimiento del derecho solicitaron la cancelación de la inscripción de la resolución mencionada, cumplida en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá.

Como hechos presentaron los demandantes los siguientes:

"1— Mediante la Resolución 1224 de 13 de diciembre de 1977 originaria de la Gerencia Regional del Proyecto Cundinamarca No. 2 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), se ordenó la adjudicación a Buenaventura Ibañez Caycedo del terreno denominado EL TRIUNFO ubicado en el Paraje SUBIA, Departamento de Cundinamarca, cuya extensión ha sido calculada aproximadamente en 8.300 metros cuadrados e individualizado por los siguientes linderos: Punto de partida: Se tomó el detalle él, concurrencia de las colindancias de Carlos Naranjo, Pacífico Rojas y el adjudicatario, Colinda así: Nor-este, del detalle 1 al delta 7, pasando vértice del delta 0, con Pacífico Rojas en 269 metros; SUR, del delta 7 al detalle 3, con Obdulio Moreno en 212 metros; sigue del detalle 3 al 2, con Jairo López en 194 metros; Oeste, del detalle 2 al 1, punto de partida, con Carlos Naranjo en 149 metros y encierra. Estos linderos se transcriben de acuerdo a los que aparecen en la Resolución 1224 de diciembre 13 de 1977, base de la impugnación y de propiedad de mis mandantes.

"2— El antecedente inmediato de dicho acto administrativo es: A) el acta de solicitud de adjudicación de fecha 3 de mayo de 1977, por la cual el adjudicatario, Buenaventura Ibañez Caycedo, presumiéndose colono, solicitó la adjudicación de un predio, que calificó como baldío y, denominado "EL TRIUNFO".— B) Tal solicitud fue aceptada por la Comisión de Titulación de Baldíos No. 69 de fecha mayo 3 de 1977.

"3— El antecedente mediante del mismo acto, puede resumirse en los siguientes hechos:

a) El señor Pablo Enrique Morales Ruiz, el día 10 de marzo de 1967 mediante escritura No. 844 de la Notaría Septima de Bogotá, debidamente registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de Fusagasuga, adquirió entre otros la

parcela situada en el municipio de Silvania, que hace parte de la finca denominada "Las Delicias", de nombre la "Cajita", con una cabida de nueve (9) fanegadas cuyos linderos generales son los siguientes: Por el pie, con posesión de Obdulio Moreno, por el costado derecho, camino de por medio con parcela de Tiberio Chacón; por la cabecera, con predios de Pacífico Rojas y Carlos Naranjo, camino de por medio; y por el costado izquierdo, con predios de Jaime Martínez. Dicho inmueble lo adquirió el comprador por compra que de él hiciera el señor Alfonso Caballero Ferreira, y desde el día de celebración del contrato poseyó el bien con ánimo de señor y dueño, sin interrupción hasta el día de su muerte.

"b) Pablo Enrique Morales Ruiz, falleció el día 19 de agosto de 1970, fecha en que por ministerio de la ley se defirió su herencia a quienes en virtud de esa misma ley están llamados a recogerla. En consecuencia se inicio el proceso sucesivo en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, en el que se hicieron parte en calidad de interesados entre otros mis poderdantes Miguel Antonio y Florentino Ruiz Morales, y como llamados a suceder, como sobrinos legítimos a quienes se les adjudicó en común y proindiviso el bien descrito al inciso "A" de este tercer hecho, adjudicación que mediante partición se celebró por escritura pública No. 580 de fecha 23 de febrero de 1978 en la Notaría Cuarta de Bogotá y la cual se halla debidamente registrada en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados de Fusagasugá Cundinamarca.

"c) Durante el proceso de sucesión mencionado, se solicitó, ordenó y llevó a cabo el secuestro preventivo de los bienes inmuebles de propiedad del causante, diligencia practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito de Silvania de fecha 2 de junio de 1971 en la cual se encontró como administradores del señor Pablo Enrique Morales, al señor Buenaventura Ibáñez Caycedo y de cuyos predios fue dejado en calidad de secuestre al señor Melquisedec Montaña.

"Posteriormente y mediante providencia fechada el día 20 de febrero de 1974, el Juzgado Segundo Civil del Circuito niega el levantamiento de embargo y secuestro de los bienes inmuebles de propiedad del causante Pablo Enrique Morales Ruiz, solicitada por Buenaventura Ibáñez Caycedo.

"d) A partir del fallecimiento del señor Pablo Enrique Morales Ruiz y a pesar de la adjudicación que en el proceso sucesorio se hizo del inmueble a sus sobrinos Miguel Antonio y Florentino Ruiz Morales, el demandado Buenaventura Ibáñez Caycedo se apoderó de dicho bien desconociendo los derechos legales de los adjudicatarios y, hasta la fecha continúa en pertinas e ilegal posesión y disfrute del mismo por tanto es ocupante y poseedor de mala fe, y a sabiendas de que no le pertenece ocupar el inmueble materia de esta acción.

"e) Por las razones aducidas fue necesario iniciar proceso reivindicatorio, por competencia territorial, ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, el cual la admitió el día 22 de enero de 1979 y ella se corrió traslado al demandado Buenaventura Ibáñez Caycedo, quien se opuso la misma aportando como prueba la adjudicación del predio mediante Resolución No. 1224 de diciembre 13 de 1977, proferida por el Gerente Regional del Proyecto Cundinamarca No. 2 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA).

"4) Con la adjudicación efectuada se violó el derecho de mis representados Miguel Antonio y Florentino Ruiz Morales, a quienes por tal razón se les privó de heredar la posesión material, la explotación económica y las mejoras que en tales predios fueron plantadas por su tío Pablo Enrique Morales Ruiz.

"5) De conformidad estatuido por la Ley 135 de 1961, las adjudicaciones que se hagan con violación de las normas de esta ley son nulas y su nulidad puede demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial (artículo 38 concordante civil artículo 14 del Decreto 389 de 1974). Por su parte, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 389 de 1974 aclara que: "En la adjudicación de baldíos, cuya cabida no exceda de 50 hectáreas no se requiere la publicación de la resolución en el Diario Oficial.

"6) Sin otros fundamentos que los ordenados en la aceptación de la solicitud se procedió a adjudicar el bien inmueble.

"7) El predio de mis mandantes no es adjudicable porque no es baldío (675 Código Civil).

"8) Por lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 135 de 1941, ante Tribunal correspondiente, sin necesidad de agotar la vía administrativa".

Sobre tres aspectos hicieron descansar la violación, con la cita de las respectivas normas:

"a) Artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional. Al ordenarse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) la adjudicación del predio EL TRIUNFO, desconoció la limitación que los poderes públicos señalan en su artículo 20 de la Carta Fundamental y la protección que a la propiedad privada consagran los artículos 16 y 30 de la misma obra.

"b) Artículo 8o. del Decreto 547 de 1947 por cuanto en la parte motiva, sólo se dijo que el adjudicatario había acreditado los requisitos y condiciones para la expedición del título, pero no se analizaron ampliamente las pruebas allegadas sobre la explotación económica de los predios, el término de la explotación y la fuerza de convicción de tales pruebas.

"c) Artículo 12 del Decreto 389 de 1974 por cuanto esta disposición ordena que antes de decidir sobre la solicitud de adjudicación el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) verificará la procedencia legal de la petición con el fin de evitar que la adjudicación se haga a favor de solicitantes que no cumplan con las exigencias que prescribe la ley o recaiga sobre terrenos que no reunen las calidades de baldíos adjudicables, revisión que fue omitida".

II

LA SENTENCIA APELADA

Cumplido el trámite de rigor, y sin observar causal de nulidad alguna, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la sentencia del 23 de julio de 1981, denegando las peticiones de la demanda.

El Tribunal para decidir por la negativa de las pretenciones destacó entre otras consideraciones las siguientes:

"b.— *Cargos contra el acto acusado.* "El actor le hace los siguientes cargos al acto acusado:

"1o.— Violación de los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional.

"2o.— Violación del artículo 8o. del Decreto 547 de 1947.

"3o.— Violación del artículo 12 del Decreto 389 de 1974.

PRIMER CARGO:

"VIOLACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL, ARTICULOS 16, 20 y 30

"Sostiene el señor apoderado que se violaron los artículos constitucionales arriba mencionados porque en la adjudicación del predio EL TRIUNFO se desconoció la limitación que los poderes públicos señalan en el artículo 20 y la protección a la propiedad privada de conformidad con los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional.

"No aparece la violación aducida por el actor ya que si él se refería a que los funcionarios del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria extralimitaron sus funciones en la adjudicación del baldío "EL TRIUNFO" no logró demostrarlo efectivamente. Los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional contemplan la obligación por parte de las autoridades de la República pra proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes, etc. y, además, garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título. En el caso de autos ninguna prueba fue traída al juicio donde se demostrara que el predio EL TRIUNFO era de propiedad privada de los actores, ni que los había adquirido con justo título y con arreglo a las leyes civiles. Por el contrario los únicos documentos allegados se refieren a un predio denominado LA CAJITA que tiene algunos linderos iguales con el predio catalogado como baldío.

"El Honorable Consejo de Estado en providencia de junio 30 de 1970 Consejero Ponente doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente No. 739, Actor: Francisco T. Vergara, en un caso donde se alegaba este mismo punto sostuvo:

" "Presupuesto esencial para este estudio es el relacionado con la prueba que debe aportar el demandante de que las resoluciones acusadas han declarado como tierras baldías terrenos de su propiedad o sobre los cuales ejerce la posesión inscrita o la económica. Y se dice que tal prueba es esencial porque de demostrarse que los actos acusados incluyen como baldíos tierras del demandante, habría que acceder a las súplicas del libelo, sin necesidad de entrar a hacer otras consideraciones; y si tal hecho no se demostrare dentro del juicio, no tendría el Consejo para qué estudiar los otros cargos que el actor hace a las providencias acusadas y ello es así porque como en el presente caso se trata de una acción de plena jurisdicción, elemento necesario para el pronunciamiento de una sentencia de fondo es el interés subjetivo del actor.

" "En otras palabras: para la Sala es punto de partida inprescindible la prueba de que las resoluciones demandadas han declarado como baldíos terrenos que son de propiedad del actor o sobre los cuales ejerce actos de dominio y posesión, pues si tal hecho no aparece demostrado, su acción no puede prosperar por dos aspectos: 1) Porque no demostró uno de los cargos que hace a los actos administrativos impugnados; y 2) Por carecer de interés subjetivo para demandar en cuanto a las irregularidades del procedimiento administrativo".

"Toda la actuación acompañada a la demanda demuestra claramente que el baldío adjudicado se denomina "EL TRIUNFO" sin que haya sido desvirtuado por parte del actor este hecho, pues solamente hace en la demanda afirmaciones que no comprobó a lo largo del juicio ya que en la etapa probatoria no solicitó la práctica de ninguna prueba y ni siquiera pidió que los documentos acompañados a la demanda se tuvieran como tales.

"El actor en el presente juicio no logró demostrar que el predio adjudicado como baldío y denominado EL TRIUNFO es el mismo a que hace alusión los documentos allegados con la demanda y que se refieren a un predio llamado LA CAJITA. Ningún documento menciona el inmueble EL TRIUNFO y al no haber demostrado el actor la propiedad de este último en cabeza de los demandantes, sigue el predio citado en la calidad que lo señala la resolución acusada, o sea como baldío. En consecuencia este primer cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO:

"VIOLACION DEL ARTICULO 8o. DEL DECRETO 547 DE 1947

"Manifiesta el actor que en la parte motiva no se analizaron las pruebas allegadas sobre explotación económica de los predios, término de explotación y la fuerza de convicción de tales pruebas.

"El Decreto 547 de 1947 reglamentario de la Ley 97 de 1946 que se refiere a la adjudicación de terrenos baldíos, en el artículo 8o. expresa:

" "En la parte motiva de las resoluciones de adjudicación, deberán analizarse ampliamente las pruebas allegadas sobre la explotación económica del predio, término de ella y la fuerza de convicción que le merezcan al Ministerio para efectos de la presunción consagrada por el artículo 6o. de la ley que se reglamenta.

" "En la parte resolutiva debe hacerse la declaración de si la adjudicación queda o no amparada por la presunción, especificando que ésta no surtirá efectos contra terceros sino pasado un año a partir de la fecha de inscripción de la resolución en la respectiva oficina de Registro".

"Y la Ley 97 de 1946 mencionada por la norma anterior en el artículo 6o. de la Ley 79 de 1946, expresa:

" "Presúmese de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad a la fecha de adjudicación. Respecto de los terrenos ya adjudicados a la vigencia de esta ley, la presunción de que se ha hablado tendrá cabida en la siguientes conclusiones o si se trata de adjudicaciones hechas con cinco (5) o más años a la vigencia de esta ley, deberá acreditarse además de la explotación actual, que no haya sido controvertido el dominio del adjudicatario o que habiéndolo sido el juicio le fue favorable mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada.— Si de adjudicaciones hechas en un período menor, será necesaria la comprobación de la explotación mínima de cinco (5) años además de las circunstancias del caso anterior sobre controversia del dominio la prueba de explotación para estos casos, deberá registrarse por el procedimiento que al efecto señala en el respectivo decreto reglamentario de esta ley. La presunción de derecho que aquí se consagra no surtirá efectos contra terceros sino después de un año, a partir de la fecha de inscripción de la providencia de adjudicación en la Oficina de Registro competente y desde la fecha de inscripción de la providencia en que se declaren cumplidos los requisitos que se indican en el inciso anterior para los casos de adjudicaciones anteriores a la vigencia de esta ley".

"Señala el apoderado de los actores que los requisitos anteriores no fueron cumplidos por el INCORA al proferir el acto acusado y que éste se limitó a expresar que el adjudicatario había acreditado los requisitos y condiciones para la adjudicación.

"Analizando el acto acusado, encuentra la Sala que la parte motiva se ajusta a derecho por cuanto señala que en la adjudicación del terreno baldío denominado EL TRIUNFO, el INCORA le dió el trámite legal a la solicitud y que se acreditaron todos los requisitos y condiciones indispensables para la expedición del título de dominio, implícitamente está señalando que se cumplieron todos los requisitos exigidos por la ley para adjudicar baldíos.

"De conformidad con el considerando de la Resolución No. 1224 de 13 de diciembre de 1977 proferida por el Gerente Regional del Proyecto Cundinamarca No. 2 del INCORA, visible a folio 27 del expediente, queda evidenciado que se dió cumplimiento a la exigencia del artículo 8o. del Decreto 547 de 1947, toda vez que se afirma que se ha dado el trámite legal correspondiente a la solicitud de adjudicación de que trata esta providencia y en contra de esta circunstancia la parte demandante no ha aportado comprobación que la infirme.

TERCER CASO:

VIOLACION DEL ARTICULO 12 DEL DECRETO 398 DE 1974

"El Decreto 398 de 1974 reglamentó parcialmente el Capítulo VIII de la Ley 135 de 1961, con las modificaciones que le introdujo la Ley 4a. de 1973 y dictó el procedimiento para la adjudicación de baldíos.

"El artículo 12 del decreto en mención establece:

"REVISION PREVIA DE LA ADJUDICACION.— "Antes de decidir sobre la solicitud de adjudicación, el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, verificará la procedencia legal de la petición, con el fin de evitar que la adjudicación se haga a favor de los solicitantes que no cumplan con las exigencias que prescribe la ley o recaiga sobre terrenos que no reúnen las calidades de baldíos, adjudicables, tales como los terrenos ejidales, los reservados con destino específico o para comunidades o resguardos indígenas".

"Sostiene el actor que esta revisión fue omitida por el INCORA al adjudicar el baldío a que se refiere la resolución acusada. En realidad de los documentos acompañados con la demanda no se deduce claramente esta omisión. La actuación en la vía gubernativa no fue aportada en su totalidad al expediente, pues a partir del folio 8 de la numeración original, correspondiente al número 15 del expediente, no aparece legible la numeración como tampoco se deduce claramente si los documentos aportados son continuos.

"Es cierto que el artículo 12 del Decreto 389 de 1974 entre otras exigencias previas a la adjudicación, requiere la revisión previa, consistente en que se verifique la procedencia legal de la petición, pero también es cierto que aparece como adoptada la Resolución No. 1224 de 13 de diciembre de 1977 del Gerente Regional del Proyecto Cundinamarca No. 2 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que en sí misma está protegida por la presunción de legalidad que ampara todos los actos de la administración, donde se deduce claramente que se dio cumplimiento a la norma del artículo 12 del decreto arriba mencionado, presunción que tampoco ha sido desvirtuada por la parte demandante.

"Luego, por lo anteriormente expuesto no prospera ningún cargo de los aducidos en la demanda y específicamente el primero, por cuanto el actor no acompañó a lo largo del juicio prueba idónea de su posible propiedad sobre el predio "EL TRIUNFO" calificado como baldío".

Los demandantes, dentro de la oportunidad procesal interpusieron el recurso de apelación, y ante esta Corporación alegaron así:

"El honorable Tribunal, en Sala de decisión, consideró los siguientes aspectos:

"1. La posible caducidad de la acción.

"2. El valor probatorio de las copias aportadas.

"3. La legalidad del acto acusado dividido en:

"a. Generalidades.

"b. Cargos contra el acto acusado.

"Respecto a los numerales 1 y 2 debo manifestar que nada tengo que objetar, puesto que la ley está por encima de las acomodaciones personales y quedó muy en claro que no existe la caducidad de la acción y además que las copias aportadas al proceso tienen suficiente mérito probatorio a la luz del derecho procesal. Pero en cuanto al desarrollo y análisis del punto tercero, es decir en cuanto a la legalidad del acto acusado debo manifestar lo siguiente: Si bien es cierto que la tramitación de la resolución acusada, se efectuó con todas las ritualidades consagradas en la Ley de la Reforma Agraria con sus modificaciones actuales, no es menos cierto que el señor Buenaventura Ibáñez Caycedo, al suministrar los datos RELACIONADOS CON EL PREDIO, este FALSEO LA VERDAD, pues hasta ojear los folios 8 y primero del anexo número uno, de las pruebas de la parte actora, para sacar en claro, que toda la tramitación del expediente de adjudicación, se hizo en base al BAUTIZO DEL PREDIO CON EL NOMBRE DE EL TRIUNFO, cuando en realidad su nombre real y verdadero era LA CAJITA. Así pues el Honorable Tribunal en el folio 145 del expediente nos transcribe los diferentes pasos que se deben tramitar para el logro de la adjudicación informando que a folio 7 y 8 del expediente aparecen las publicaciones de radio y prensa, cosa que no es cierta, pues lo que aparece al folio 8, es la constancia de haberse hecho esas publicaciones, pero con el NOMBRE DE EL TRIUNFO, y NO CON EL NOMBRE DE LA CAJITA, o sea que esas publicaciones son NULAS por cuanto la ley ordena hacer dichas publicaciones, para que las personas se enteren y se opongan a dicha adjudicación. Y el cambio de nombre se hizo en forma mal intensionada, pues con este cambio los opositores desconocían la verdadera identidad del inmueble y por esa razón, NO HUBO OPOSITORES.

"Quiero manifestar a los Honorables Consejeros, que en el transcurso de este proceso, presenté, en su debida oportunidad procesal, un resumen escrito de la Audiencia Pública, que se efectúo ante el Honorable Tribunal, y en la página 3 de este escrito, señalé los requisitos que se necesitan de acuerdo con la ley, para solicitar en adjudicación un terreno. Allí dejé claro, que el señor Buenaventura Ibáñez C. ENGAÑO AL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, al manifestar que ese predio lo tenía con el nombre de El Triunfo, cuando en verdad, se conocía con el de la Cajita, y además no era baldío, pues como el mismo Buenaventura lo ha dicho delante de autoridad, que él ERA ADMINISTRADOR DEL SEÑOR PABLO MORALES. Por esta primordial razón que he acabado de manifestar, y que además hay pruebas suficientes en este proceso es que solicito del Honorable Consejo de Estado, se REVOQUE LA PROVIDENCIA RECURRIDA, y en su lugar decrete la nulidad solicitada, restableciendo el derecho a mis representados.

"Al folio 148 del expediente el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca afirma: "De acuerdo con lo anterior, ningún documento hace mención al predio de "EL TRIUNFO" sino al denominado "LA CAJITA" sin que se vea la

relación que pueden tener estos dos inmuebles, pero si lo que se quizo hacer notar es que estos dos predios son los mismos, en el expediente no aparece ninguna prueba que desvirtúe esta alusión". (cierra comillas) Para demostrarle a los Honorables Consejeros de Estado, que en el expediente sí había prueba que desvirtuara lo que dice el Honorable Tribunal, pido a ustedes, con todo respeto, mirar el folio 117 del expediente, donde aparece la diligencia de Inspección Judicial de la finca denominada "LA CAJITA" y que en esa diligencia, EL SEÑOR BUENAVENTURA IBAÑEZ, AFIRMA DE VIVA VOZ QUE EL FUE EL LE CAMBIO DE NOMBRE A ESE PREDIO. De tal suerte Honorables Magistrados, que con esa prueba, que aparece al folio 117 y posteriormente a folios 1, 2 y 3 del cuaderno de pruebas de la parte actora, demuestro claramente LA IDENTIDAD DEL INMUEBLE.

"Al folio 150 del expediente, la Sala del Honorable Tribunal, transcribe, al desarrollar el primer cargo, que se le formula a la resolución acusada, un parrafo sobre una providencia emanada de esa Honorable Corporación dictada el día 30 de junio de 1970 siendo consejero ponente el doctor Ricardo Bonilla G., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente No. 739 actor Francisco T. Vergara, en un caso donde se alegó el mismo punto. Aquí puedo sacar en claro, que en esta segunda instancia, queda plenamente demostrado, que los terrenos que adjudicó el INCORA, SON TERRENOS DE PROPIEDAD PRIVADA, pues basta observar la escritura No. 580 del 23 de febrero de 1976, la cual se encuentra del folio 29 al 32 del expediente, como también se puede observar, el certificado de Libertad 1602 que obra al folio 4 del cuaderno de pruebas de la parte actora.

"En cuanto al análisis del segundo cargo, debo manifestarles, que el Honorable Tribunal, ha manifestado que la parte resolutiva de la resolución del "INCORA" se acreditaron todos los requisitos y condiciones indispensables para la expedición del título de dominio, pero debo expresar que dicha resolución es NULA, por cuanto sus BASES CARECEN DE VERACIDAD, pues jamás a manera de ejemplo puede permanecer en pie un edificio, si sus bases se encuentran destruidas; pues esto es lo que sucede con la resolución tantas veces citada.

"Respecto al tercer cargo, quiero informarles a los Honorables Consejeros de Estado, que el Instituto de la Reforma Agraria no efectuó la revisión que ordena la ley y concretamente el artículo 12 del Decreto 398 de 1974, pues como lo he expresado reiteradamente a través de mis escritos en este proceso, si dicho instituto hubiera hecho tal revisión, nos hubiera ahorrado la impugnación ante el Honorable Tribunal y por ende ante esa Honorable Corporación, ya que al hacerla, habían descubierto el engaño del solicitante Ibáñez.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS APORTADAS:

"Antes de enumerar las pruebas que existen dentro de este proceso, debo informarles a los Ilustrísimos Magistrados, que en la primera instancia no pudo establecer la identidad del inmueble, porque como lo expresó el Honorable Tribunal, en esta instancia, el apoderado de mis representados, no solicitó en el momento procesal, ninguna prueba, tal vez por desconocer las normas del Derecho Procesal Administrativo, pero que ahora en esta segunda instancia, se encuentran totalmente aportadas y aún más, decretadas y tenidas como tal, según el auto de marzo 5 del presente año, emanado de tal Honorable Corporación. Las pruebas aportadas son:

"1. Folio 5 Certificado de Libertad No. 1505 de 1979 del predio denominado EL TRIUNFO.

"2. Folios 6 al 27 fotocopias del proceso de adjudicación, proceso, que está en su totalidad en el anexo No. 1 de las pruebas de la parte actora, para despejarle la duda al apoderado de la contraparte, al insinuar en la primera instancia, que esas copias no tenían valor probatorio; pero que el Honorable Tribunal de Cundinamarca, les dió valor, por cuanto no fueron tachadas ni redalguidas de falsas.

"3. Folios 29 a 32, está la tercera copia de la escritura pública No. 580 de febrero 23 de 1978, en donde se protocolizó la sucesión del finado Pablo Morales, y aparecen registradas las hijuelas de mis representados, escritura con todas las formalidades de ley, que constituyen plena prueba de la propiedad inscrita en cabeza de mis representados, y que desvirtúa, la calidad de baldío del predio denominado LA CAJITA.

"4. Folios 35 al 37, aparece incorporada la diligencia de secuestro previo de los bienes relictos de la sucesión de Pablo Morales, diligencia practicada el día 2 de junio de 1971, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Silvania, en donde aparece claramente la manifestación del señor Buenaventura Ibáñez C., que él era el administrador de los bienes del difunto Pablo Morales. Con esta prueba se desvirtúa la calidad de colono, que el señor Ibáñez, pretendió demostrar para que le adjudicaran el terreno en disputa. Igualmente se demuestra con esta prueba la MALA FE por parte de Ibáñez Caycedo. Además esta prueba, debe apreciarse con todo el rigor del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

"5. Folio 59. el poder que me faculta para continuar este proceso.

"6. Al folio 117 y 118 aparece, la diligencia de inspección judicial, sobre el predio denominado LA CAJITA, diligencia que se practicó el día 12 de febrero de 1980, por el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, en donde aparece claramente la confesión del señor Buenaventura Ibáñez C., que el predio EL TRIUNFO ES EL MISMO CON QUE SE CONOCIA AL DE LA CAJITA. Esta prueba se aportó también en la segunda instancia, junto con el dictamen pericial y aparece del folio 1 al 3 de las pruebas de la parte actora. Igualmente por ser prueba trasladada del proceso Reivindicatorio de dominio que mis representados persiquen en dicho Juzgado contra Buenaventura Ibáñez C. debe apreciarse tal como lo consagra el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

"7. Al folio 5 del cuaderno de pruebas de la parte actora, aparece el Certificado de Libertad No. 1602 de 1981 correspondiente al predio denominado LA CAJITA, certificado que prueba una vez más la propiedad privada en cabeza de mis representados.

"8. Al folio 5 del cuaderno antes citado, aparece por segunda vez el certificado de libertad del predio denominado por Buenaventura Ibáñez El Triunfo.

"9. Por último, en el anexo número 1. de las pruebas de la parte actora, aparece incorporado totalmente el proceso de adjudicación en fotocopia auténtica. Con estas fotocopias nos damos cuenta que todo el proceso, se tramitó bajo el nombre de El Triunfo, circunstancia que sirvió de base para que los opositores no se presentaran y por ende obtener la adjudicación.

CONCLUSION:

"Hecho el breve análisis de la sentencia recurrida, como también de las pruebas incorporadas al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en el Estatuto Procesal Civil, en concordancia con el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, en donde se demuestra a la luz de Derecho y de la Lógica, que mis representados son las únicas personas que se encuentran al lado de la ley, puesto que el

INCORA y el señor Buenaventura Ibáñez C., están fuera de ella, y por consiguiente ustedes Honorables Magistrados agarrando la espada de la justicia, y en las grandes virtudes humanitarias que ustedes poseen, pido que se REVOQUE, la sentencia de primera instancia, decretando la NULIDAD de la resolución acusada".

III

POSICION DE LA FISCALIA

La Fiscal Segunda en su vista de fondo, solicitó que se revocara el fallo apelado "y en su lugar declare probada la caducidad de la acción".

En apoyo de su posición expuso:

"La acción que los interesados entablaron en el presente caso, fue la de plena jurisdicción del artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, así se afirma en la demanda, y así se desprende del contenido de la misma; y el artículo 83 ha establecido que esta acción prescribe al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto que cause la acción.

"La Ley 135 de 1961 en sus artículos 38 y 42 ha establecido un régimen especial respecto a la oportunidad dentro de la cual debe ser ejercida la acción de nulidad. Sobre este aspecto, la Fiscalía ya ha tenido oportunidad de expresar su criterio y fue así como en abril 18 de 1980 emitió concepto en el negocio radicado con el No. 2795 actor José Manuel Baute Redondo y se dijo:

" "El artículo 42 utiliza la expresión 'los interesados' a quienes atribuye el derecho de 'intentar las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941'. Los interesados en los juicios de adjudicación de un bien baldío son 'inmediatamente' las personas que se crean con mejor derecho sobre el bien, los colindantes y todos los que tengan constituidos presuntos derechos reales sobre el bien, definidos estos por el artículo 665 del Código Civil, 'mediante' son interesados todos los ciudadanos colombianos que en defensa de la Nación, por ser los bienes baldíos "aquellas porciones del territorio de la Nación que pertenecen a esta por no haber sido trasmitidos a persona alguna" (Cas. 15/VII de 1939), quieren intervenir en el proceso.

"A estos interesados el artículo 42 les da el derecho de iniciar, sin limitación, las acciones contencioso-administrativas, es decir la acción de nulidad y la de plena jurisdicción que incluye la indemnizatoria, cuyo término de prescripción es de tres años, o acciones de nulidad y de responsabilidad. Si esto es así, cabe a los interesados la acción de nulidad que como se sabe, carece de término de prescripción. Pero hay que recordar que se trata de la legislación agraria, una de cuyas características es la de mayor celeridad de los procesos como se comprueba por el artículo 12 de la Ley 4a. de 1973 que limita a treinta días el término para iniciar la acción de plena jurisdicción contra resoluciones que declaran extinguido el dominio. Con este mismo espíritu, el artículo 38 de la Ley 136 de 1961 limitó a dos años luego de la publicación de la providencia en el Diario Oficial, las acciones de nulidad contra las resoluciones de adjudicación de baldíos. Esta norma reproducida por el artículo 14 del Decreto 389 de 1974, se refiere 'a los Procuradores Agrarios o a cualquier persona' expresión esta última que cobija obviamente también a 'los interesados' a que hizo alusión el artículo 42.

"Lo anterior quiere decir que 'los interesados' tienen todas las acciones contencioso-administrativas con la sola limitación del término, a dos años, en cuanto a las acciones de nulidad, limitación del término, a dos años, en cuanto a las acciones de nulidad,

limitación de términos que se extiende a los Procuradores Agrarios y a 'cualquier otra persona' según la expresión de la ley. 'Los interesados' entonces pueden, según la legislación agraria demandar en acción de nulidad dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial. Esta interpretación está de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual 'si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho'. (Anales Tomo LXIII página 203)".

"Aplicando lo anterior al presente caso, encontramos que el acto acusado fue dictado el 13 de diciembre de 1977 y no requería ser publicado en el Diario Oficial pues la extensión de tierra objeto de la adjudicación era menor de 50 hectáreas.

"La resolución aparece registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de Fusagasuga el 3 de abril de 1978. La demanda fue presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el día 19 de diciembre de 1979, debe pues concluirse que los cuatro (4) meses que la Ley 167 de 1941 otorga para entablar la acción de plena jurisdicción, ya estaban vencidos".

1. Como quiera que el concepto fiscal introduce un aspecto diferente a los debatidos en el proceso, en cuanto considera que por haberse operado el fenómeno de la caducidad de la acción la sentencia debe quebrarse y, en su lugar, declara su ocurrencia, estima la Sala que, antes de cualquier otro estudio se debe dejar clara su posición sobre el particular, que de manera uniforme ha venido sosteniendo, y que en reciente sentencia, de 17 de mayo de 1984, con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango, reiteró cuando se dijo:

"a. El concepto fiscal se fundamenta en la caducidad de la acción por haber transcurrido más de cuatro meses entre la notificación o la publicación de la resolución y la presentación de la demanda... Pero esta Sala, en varias oportunidades, con una interpretación sistemática y telealógica de los artículos 33 y 42 de la Ley 135 de 1961 (subrogada por la Ley 4a. de 1973) ha llegado a la conclusión que tanto los interesados como el Agente del Ministerio Público, pueden impugnar, dentro de los dos años siguientes, la respectiva resolución de adjudicación, tesis que, entre otras cosas, fue acogida por el nuevo Código Contencioso Administrativo.

2. Entonces, la Sala considera que no se ofrece en el asunto *sub-júdice* la caducidad enunciada por la colaboradora fiscal, puesto que la demanda se presentó, como lo dejó bien advertido el *a-quo*, antes del vencimiento de los dos años que se gozaba para tal efecto. Y es que la caducidad, bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, de estas clases de acciones no encontraba respaldo pleno en esta ley para los fines de señalar el término, sino en la Ley 135 de 1961, artículo 38 subrogado como es sabido, por el artículo 16 en el inciso final, al permitir que la declaratoria de nulidad pudiera demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o por cualquier otra persona, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial. Es decir, el plazo no es el común, previsto en el Código Contencioso Administrativo anterior, sino el especial consignado en la citada Ley 135.

3. El Tribunal denegó las súplicas de la demanda, una vez que analizó cada uno de los cargos formulados por los accionantes. Sobre dos de ellos no se pueden hacer nuevos comentarios puesto que, con suficiente criterio y entendimiento de las situaciones de derecho mostradas dentro del proceso, están precisadas las razones para negar la nulidad invocada de la Resolución 1224 del INCORA. No es dable endilgarle violación de norma alguna al INCORA si, precisamente, al proferir la resolución acusada no hizo

nada distinto que hacer uso de las facultades que las leyes de la República, consagran para la adjudicación de bienes baldíos a los particulares que explotan a plenitud las tierras y, de ese modo, alcanzar la meta, de la función social de la propiedad, en particular, cuando se dice o cree que son del propio Estado.

Tampoco puede convertirse en un instrumento de impugnación el dicho de que no se habían acreditado los requisitos y condiciones para la expedición del título, cuando, el INCORA, al proferir la Resolución 1224, calificó todos los factores que por ley tienen que ser sopesados para la adjudicación de un predio baldío. Ese margen de calificación es propio de la entidad administrativa. La demostración, en sentido contrario, de haberse prescindido de su confrontación y verificación, podía imprimirle validez al cargo, por cuanto la presunción de legalidad de que está asistido el acto, impide cualquier intento de aniquilamiento si no traen al proceso elementos probatorios para su infirmación. Los demandantes, apenas, se encargaron de señalar en un marco conceptual, ese aspecto, que, por tanto, no permite razones para su prosperidad. Bien dijo el Tribunal:

"Analizando el acto acusado, encuentra la Sala que la parte motiva se ajusta a derecho por cuanto señala que en la adjudicación del terreno baldío denominado EL TRIUNFO, el INCORA le dió el trámite legal a la solicitud y que se acreditaron todos los requisitos y condiciones indispensables para la expedición del título de dominio. Implícitamente está señalando que se cumplieron todos los requisitos exigidos por la ley para adjudicar un baldío.

"De conformidad con el Considerando de la Resolución No. 1224 de 13 de diciembre de 1977 proferida por el Gerente Regional del Proyecto Cundinamarca No. 2 del INCORA, visible a folio 27 del expediente, queda evidenciado que se dió cumplimiento a la exigencia del artículo 8o. del Decreto 547 de 1947, toda vez que se afirma que se ha dado el trámite legal correspondiente a la solicitud de adjudicación de que trata esta providencia y en contra de esta circunstancia la parte demandante no ha aportado comprobación que la infirme".

4. El tercer cargo que formulan los demandantes, como quedó anotado al transcribir la sentencia del Tribunal y el análisis que hace del mismo, descansa en que el INCORA no verificó la procedencia legal de la petición, "con el fin de evitar que la adjudicación se haga a favor de solicitantes que no cumplan con las exigencias que prescribe la ley o recaiga sobre terrenos que no reúnen las calidades de baldíos adjudicables, revisión que fue omitida". Se centra el asunto en este punto: el predio que alegan los demandantes como de su propiedad, era baldío, esto es podía el INCORA, en uso de sus atribuciones adjudicarlo o, por el contrario, ¿había salido del dominio del Estado? Para el INCORA, desde el momento mismo que produjo la resolución enjuiciada lo tuvo como baldío, no por haber omitido revisar si era de propiedad privada, sino porque estimó, con los elementos de apreciación de que goza, que, en realidad, todavía formaban parte de los bienes inmuebles del Estado, de este carácter. Para el Tribunal, el predio "El Triunfo", era baldío al momento de adjudicarse al señor Buenaventura Ibáñez Caycedo, y se dió estricto cumplimiento al Decreto 389 de 1974, en particular el artículo 12. Le correspondía, como lo destacó el *a-quo*, al demandante desvirtuar la presunción de legaliad que se recoge del acto acusado, en cuanto al cumplimiento de la revisión previa, hecha por el INCORA para producir la Resolución 1224. Y mientras esto no ocurra, tiene toda su fuerza y validez. Debe insistir la Sala, no es suficiente con la manifestación o declaración en el sentido de advertirle defectos en el tramite de la adjudicación, le correspondia al demandante desvirtuar por los medios probatorios de rigor. Y eso no se logró dentro del proceso.

5. Queda por precisar si el predio sobre el cual recayó la adjudicación por parte del INCORA, mediante el acto acusado, es el mismo que el demandante alega pertenecerle, por haberlo adquirido por el modo de la sucesión, es decir, que no era baldío. Para el Tribunal no se demostró tampoco, este aserto. La prueba del dominio del predio, que según el accionante es el mismo adjudicado, a través de la escritura pública contentiva de la protocolización de las hijuelas de la sucesión de Pablo Enrique Morales Ruiz, distinguida con la número 580 del 23 de febrero de 1978 de la Notaria Cuarta de Bogotá. Y, en verdad, las circunstancias analizadas por el Tribunal, para desantender este cargo, no han sufrido modificación alguna en este grado de instancia. Pretende el demandante demostrar la identidad del predio La Cajita con El Triunfo a través de la diligencia de inspección judicial traída al proceso, y en que se deja constancia por parte del Juez "que según la manifestación del señor Buenaventura Ibáñez este predio el cual él ha denominado "El Triunfo" corresponde al mismo que antes se denominaba "La Cajita". Sin embargo, observa la Sala lo siguiente, para desestimarla con el valor probatorio requerido: a. Esta misma pieza obró en primera instancia, también en condiciones precarias de prueba, puesto que se aportó sin el lleno de las formalidades legales. b. Cuando se tramitaba el recurso de apelación fue traída al proceso, a solicitud del demandante, pero, igualmente, sin reunir las condiciones que el ordenamiento procesal señala para su admisión o aceptación. Establece el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil: "Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella". Y, en verdad, si bien las fotocopias están auténticadas, carecen de las constancias requeridas tales como la clase de proceso, si se contradijo la prueba, si estuvo viciado el proceso, etc. y que son necesarias para ser utilizadas con la fuerza probatoria del caso, y en donde no coinciden ni los linderos ni la extensión superficiaria del predio.

Entiende la Sala, entonces, que la deficiencia probatoria que se observa tanto a la diligencia de inspección judicial como el dictamen traido al proceso, le impide entrar a analizar los alcances intrínsecos de las manifestaciones allí contenidas. Y es que la simple confrontación del título no es suficiente para verificar la identidad del predio, sobre todo si no se puede alcanzar ese propósito por no coincidir los linderos. Era el deber de los demandantes acreditar ese supuesto fáctico, para, luego, hacerle derivar efectos jurídicos al título de adquisición privada. Y al no hacerlo, el cargo está llamado al fracaso.

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 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**, con salvamento de voto.

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

PRUEBA DOCUMENTAL.— (Salvamento de voto).— La sentencia aún en el caso de encontrar algunas irregularidades en la producción de los documentales, estaba en la obligación de "MEJOR PROVEER" para allegarlas en debida forma.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 3383.
Actor: **Florentino y Miguel Antonio Ruiz.**

Las razones que me asisten para separarme de la sentencia mayoritariamente acordada, son las siguientes:

I. Tanto la sentencia de primera instancia, como la de segundo grado, basan su decisión desfavorable en las pretenciones de los demandantes, en los argumentos expuestos en los siguientes párrafos de la sentencia de la cual disiento:

"5. Queda por precisar si el predio sobre el cual recayó la adjudicación por parte del INCORA, mediante el acto acusado, es el mismo que el demandante alega pertenecerle, por haberlo adquirido por el modo de la sucesión, es decir, que no era baldío. Para el Tribunal no se demostró, tampoco, este aserto. La prueba del dominio del predio, que según el accionante es el mismo adjudicado, a través de la escritura pública contentiva de la protocolización de las hijuelas de la sucesión de Pablo Enrique Morales Ruiz, distinguida con la número 580 del 23 de febrero de 1978 de la Notaría Cuarta de Bogotá. Y, en verdad, las circunstancias analizadas por el Tribunal, para desatender este cargo, no han sufrido modificación alguna en este grado de instancia. Pretende el demandante demostrar la identidad del predio La Cajita con El Triunfo a través de la diligencia de inspección judicial traída al proceso, y en que se deja constancia por parte del Juez "que según la manifestación del señor Buenaventura Ibáñez este predio el cual él le ha denominado "EL TRIUNFO" corresponde al mismo que antes se denominaba "La Cajita". Sin embargo, observa la Sala lo siguiente para desestimarla con el valor probatorio requirido: a. Esta misma pieza obró en primera instancia, también en condiciones precarias de prueba, puesto que se aportó sin el lleno de las formalidades legales. b. Cuando se tramitaba el recurso de apelación fue traída al proceso, a solicitud del demandante, pero, igualmente, sin reunir las condiciones que el ordenamiento procesal señala para su admisión o aceptación. Establece el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil: "Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubiere practicado de petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella". Y, en verdad, si bien las fotocopias están auténticadas, carecen de las constancias requeridas tales como la clase de proceso, si se contradijo la prueba, si estuvo viciado el proceso, etc. y que son necesarias para ser utilizadas con las fuerza probatoria del caso, y en donde no coinciden ni los linderos ni la extensión superficiaria del predio.

Entiende la Sala, entonces que la deficiencia probatoria que se observa tanto a la diligencia de inspección judicial como al dictamen traido al proceso, le impide entrar a analizar los alcances intrínsecos de las manifestaciones allí contenidas. Y es que la simple confrontación del título no es suficiente para verificar la identidad del predio,

sobre todo si no se puede alcanzar ese propósito por no coincidir los linderos. Era el deber de los demandantes acreditar ese supuesto fáctico, para luego, hacerle derivar efectos jurídicos al título de aquisición privada. Y al no hacerlo, el cargo está llamado al fracaso.

II. Considero que tales razones no hacen resaltar, con fidelidad, las constancias probatorias del proceso. En efecto:

a) Con la demanda inicial del litigio fue aportada una fotocopia de la diligencia de "secuestro preventivo" practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Silvania, el 2 de junio de 1971, dentro del juicio de sucesión de PABLO ENRIQUE MORALES RUIZ, folio 35 v. y siguientes, y que, en lo pertinente dice:

"El segundo o sea la Cajita, también se encontró cultivada totalmente en pastos "Quicuyo" y dentro de este se encontró que se está construyento un escampadero techado con nueva teja de cinc, encerrada en madera aserrada y piso de barro, de reciente construcción pues solo hace ocho días se comenzó a construir. —*En el sitio se encontró al señor Buenaventura Ibáñez Caycedo, quien manifestó que se encuentra como administrador del señor Pablo Enrique Morales, y además de los bienes inmuebles ya mencionados también existen dos vacas de color la primera careta colorada y la segunda de color negra con pintas blancas topas y que la tiene recibida al aumento del señor Pablo Enrique Morales,* avaluada en ochocientos pesos: que las fincas la ha tenido a nombre de su compadre Pablo Morales—. Además presenta un documento con fecha del año de 1957 y en el consta que el señor Ibáñez Caycedo le compró unas mejoras a Saul Peña, mejoras existentes dentro de la finca la Cajita en extensión de cinco (5) fanegadas, se observa que el documento anterior fue registrado el 15 de febrero de 1971. —*Presenta también unos recibos de pago de impuesto predial sobre esta finca la Cajita y la Esperanza, a nombre del señor Pablo Enrique Morales Ruiz, igualmente las declaraciones de renta desde el año 1968 a 1971 del causante Pablo Enrique Morales, en las cuales aparece denunciadas las fincas ya nombradas por su avalúo catastral.* El señor Ibáñez Caycedo presenta también un memorial en el cual manifiesta que viene desde el año 1955 trabajando con el señor Morales en la administración en estas fincas sin que se haya reconocido hasta el momento sueldo acordado de trescientos pesos mensuales y solamente se le ha permitido utilizar la leche de las vacas, solicitando en consecuencia ser designado como secuestre de las fincas la Cajita y la Esperanza hasta tanto los herederos le cancelen la totalidad de los que el difunto le quedó debiendo, manifiesta que el resto del ganado pues cuando el murió. —Pablo Enrique Morales, quedaron cinco cabezas de ganado de las cuales se vendieron tres para los gastos de la mortuoria y que ésta murió el diecinueve de agosto de 1970. *Deja constancia que no va a pleito de tierra sino que reclamo mi trabajo y mis prestaciones sociales como lo asigna la ley.— En este estado el apoderado del interesado solicita la palabra y concedida dijo:*

b) En cada página aparece el sello de la Notaria Cuarta de Bogotá, que dice:

"El suscrito Notario Cuarto certifica que la presente copia fotostática, es igual a un documento similar que ha traído a la vista, República de Colombia. Luciano Moreno Uribe, 10 de agosto de 1979".

c) Al folio 117 del expediente obra copia auténtica de la diligencia de inspección judicial practicada el 12 de febrero de 1980 por el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, en el inmueble denominado "EL TRIUNFO" y en la cual se lee:

"Dentro del inmueble se encontró al señor Buenaventura Ibáñez quien atendió al personal de la diligencia y manifestó". "Pues esta propiedad con sus mejoras son mías y puestas desde el año de 1957, y que constan de cercas de alambre de púa y pastos porque antes de ese año era monte todo desde entonces ha estado bajo mi dominio en forma pacífica. La construcción de una casa que consta de tres piezas en obra negra con techo en tablado de madera acerrada y cubierta con teja de eternit y construida en ladrillo —bloque, pañetada, en parte y un corredor en cemento de dos metros de ancho por cinco metros de largo, todo esto construido por mi, una ramada a parte de la casa en madera cubierta con teja metálica, provisional, que sirve de cocina. Tengo también un cultivo de mora, arracacha, maíz en una extensión aproximada de unos metros de fanegada. La huerta o sementera se encuentra cercada por todos sus costados con cerca de alambre de púa. Es cuanto tengo que manifestar. Acto seguido se le concede la palabra al señor apoderado de la parte actora quien manifestó: "Respetuosamente solicito al juzgado que el juzgado decrete fuera de los incluidos en la demanda y en el punto relacionado con la peritación, que ellos establezcan la identidad existente entre el predio denominado antes la Cajita y ahora el Triunfo, teniendo en cuenta que el predio motivo de la demanda se denomina en la actualidad El Triunfo, según manifestación expresa que haya hecho el señor Buenaventura Ibáñez a la señora Juez quién manifestó que con tal nombre se lo había adjudicado el INCORA. Anexo para que los peritos tengan en cuenta la copia de la Resolución No. 1224 de 1977 emanada del INCORA y el certificado de libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Fusagasugá. Igualmente, le solicito al Juzgado se deje constancia sobre las afirmaciones realizadas momentos antes de esta diligencia por el señor Buenaventura Ibáñez. De la anterior petición del señor apoderado se le da traslado a los señores peritos quienes manifiestan: Que solicitan del Juzgado se les conceda un término de quince días para rendir el dictamen para lo cual tendrán en cuenta lo solicitado por el señor apoderado. El Juzgado le concede el término solicitado por los señores peritos. *E igualmente deja constancia que según la manifestación del señor Buenaventura Ibáñez este predio el cual él le ha denominado "El Triunfo" corresponde al mismo que antes se denominaba "La Cajita".* No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma por quienes en ella intervinieron una vez que fue leída y aprobada."

d) Al final de la fotocopia de la diligencia anterior:

"Los suscritos Juez y Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá.

HACEN CONSTAR:

Que la anterior fotocopia es fiel copia de su original que obra al folio 50 del cuaderno No. 1, del informativo.— Fusagasugá, febrero veintitrés de mil novecientos ochenta y uno".

La Juez,
Fabiola Orozco de Niño.

El Secretario,
José Ignacio Hernández C.

Hay firmas autógrafas y sellos oficiales.

e) Lo anterior me permite afirmar que, contrario a lo que dice la sentencia, tal prueba documental si es auténtica, son documentos públicos, envuelven constancias de

funcionarios públicos y confesiones del adjudicatario Buenaventura Ibáñez, que constituyen confesión judicial plena de: 1) que los inmuebles "La Cajita" y "El Triunfo", son un mismo inmueble; 2) que Ibañez era administrador de dicho inmueble en nombre de su legítimo propietario Pablo E. Morales, desde 1957; 3) que por lo mismo Ibáñez no era poseedor sino tenedor sin derecho a la adjudicación de dicho inmueble de propiedad privada; 4) que Ibáñez obró con manifiesta mala fe calificada como delictuosa por el Código Penal.

f) La sentencia aún en el caso de encontrar algunas irregularidades en la producción de tales documentales, estaba en la obligación de "mejor proveer" para allegarlas en debida forma, pero no podía legitimar, en nombre de la República y por autoridad de la ley, los beneficios económicos perseguidos por Ibáñez mediante su proceder desleal, repugnante y delictuoso.

Bogotá, D. E., agosto veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PATENTES DE INVENCION.—

1.— Las pequeñas diferencias sustanciales entre las dos legislaciones relativas al otorgamiento de las patentes de invención (Ley 31 de 1925 y Código del Comercio actual), es obvio que la legislación aplicable no puede ser la anterior al otorgamiento, sino la vigente a la hora de conceder la patente, es decir, al momento del nacimiento del privilegio industrial, según el principio general que repite con tanta frecuencia la Ley 153 de 1887, (artículos 20, 23, 26, 32, 35, 36 y 37).

2.— En el ordenamiento legal colombiano esencial en materia de patentes de invención. La regulación se acentuó más y se desarrollo mejor con lo preceptuado por el inciso 3o. del artículo 31 de la Constitución Nacional, que corresponde al artículo 4o. del Acto Legislativo No. 3 de 1970. La DECISION 85 DEL ACUERDO DE CARTAGENA, incorporada a la legislación nacional por el Decreto 1190 de 1978 contiene previsiones semejantes a las del Código de Comercio en cuanto a LA NOVEDAD DE LAS INVENCIONES.

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

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 4198.
Actor: **Cabot Corporation.**

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 y por intermedio de apoderado, la sociedad Cabot Corporation solicitó ante esta Corporación la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 1933 de 18 de junio de 1980 y 3523 de 27 de noviembre de 1981, de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, y la número 550 de 25 de mayo de 1982, del Ministro de Desarrollo Económico, y que, como restablecimiento del derecho, se le otorgue a Cabot Corporation el privilegio de patente de invención para "Pigmentus de Negro Humo y Composiciones de Caucho", de acuerdo con la descripción y las reinvindicaciones que obran en el expediente No. 136452, y se ordene a la citada División expedir el correspondiente certificado de registro y publicarlo en la Gaceta de la Propiedad Industrial para los efectos pertinentes.

LOS ACTOS ACUSADOS

Son los siguientes:

1. La Resolución número 1938 de 18 de junio de 1980, dictada por la División de Propiedad Industrial, Sección de Patentes de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual, se negó la patente de invención para el invento "Pigmentos de Negro Humo y Composiciones de Caucho", solicitada por la demandante, y se advirtió que contra ella procedían los recursos de reposición y apelación. Su motivación dice que después de la publicación del extracto en la Gaceta de la Propiedad Industrial no hubo oposición u observaciones por parte de terceros y que una vez remitido el expediente al Grupo Técnico éste rindió el concepto No. P-11288, que concluyó con la afirmación de que la invención no reunía los requisitos de patentabilidad que la ley exige, "en razón de que el objeto solicitado carece de novedad por estar en el estado de la técnica al existir otra solicitud anterior en donde se involucra el objeto de la presente solicitud". Afirma, además, que dicho concepto fue ratificado por el informe No. P-13154, por todo lo cual la patente no es susceptible de concesión.

2. La Resolución número 3823 de 27 de noviembre de 1981, expedida por la misma División para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la primera, en el sentido de no reponerla. Su motivación se limita a reproducir el contenido del concepto técnico y del informe ya citados.

3. La Resolución No. 550 de 26 de mayo de 1982, emanada del señor Ministro de Desarrollo Económico, la que al decidir el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto contra la primera de las resoluciones acusadas, la confirmó en todas sus partes. Para llegar a la anterior conclusión, expresó:

"El examen definitivo realizado por la Superintendencia se basa principalmente en los conceptos emitidos por el grupo técnico de la misma entidad, los cuales debidamente motivados concluyen con la recomendación de negar el privilegio solicitado. Entonces, el debate aquí planteado se reduce a determinar si el objeto de la solicitud de patente reune o nó los requisitos exigidos por el artículo 2o. de la Decisión 85, del Acuerdo de Cartagena incorporada a nuestra legislación por el Decreto No. 1198 de 1978.

"En efecto, la norma citada consagra que una invención no se considera como nueva si está comprendida dentro del estado de la técnica. De esta manera el requisito de novedad es una condición "sine qua non" para el otorgamiento del privilegio solicitado.

"Ahora bien, obran en el expediente los conceptos de los expertos de la Superintendencia de Industria y Comercio, técnicos en la materia, en los cuales, después del análisis científico de rigor, se concluye que el objeto de la solicitud de patente cae en el

estado de la técnica y recomiendan negarla por falta de novedad con la adehala de que los conceptos técnicos fueron puestos mediante traslado, en conocimiento de la parte interesada sin que esta, en la correspondiente oportunidad procesal, los desvirtuaran".

LA DEMANDA

1. *Los hechos.*— Como tales aduce que la actora formuló la solicitud sobre privilegio de la patente el 7 de diciembre de 1971, cuando aún no había entrado a regir el Código de Comercio (Decreto 418 de 1971), a pesar de lo cual la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio inició el trámite de la misma por medio de la providencia de 10 de mayo de 1972, siguiendo el procedimiento fijado por dicho Código y no por el de la Ley 31 de 1926, sobre protección a la propiedad industrial y que entonces regía, cuyos requisitos de forma y de fondo si reunía la anotada solicitud. Especialmente alude a los documentos que fueron presentados con la solicitud, cuya enumeración hace, y a la publicación de que ella se hizo en la Gaceta de la Propiedad Industrial, sin que ningún tercero formulara oposición.

2. *Normas violadas.*— Al efecto la demanda señala la última parte del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, a consecuencia de la no aplicación de los artículos 1o., 4o. y 9o. de la Ley 31 de 1925, particularmente del último de ellos. La transgresión de las anteriores disposiciones se debió, en sentir de la demandante, a que habiendo sido presentada la solicitud de concesión de la patente bajo la vigencia de la Ley 31 de 1925, ésta debió regir la actuación hasta su culminación y no resolverse con base en el Código de Comercio. En este sentido hace especial hincapié en el artículo 9o. de la citada ley, que dice:

"Artículo 9o. Las patentes de privilegios de invención se expedirán sin previo examen de novedad y utilidad, y no deben considerarse en ningún caso, por tanto, como declaración y calificación de las mencionadas circunstancias. El Gobierno no declare al concederles que son verdaderas o útiles, ni que el privilegiado es realmente el inventor, ni que el objeto es nuevo, ni que son fieles las descripciones o modelos, pues puede el derecho o salvo a los demás interesados, quienes las harán bajo su responsabilidad, quedando sujetos a los resultados, con arreglo a lo previsto en esta ley. Esto no obsta para que el Gobierno pueda verificar en cualquier tiempo la exactitud de las declaraciones en las solicitudes y descripciones respectivas, haciendo uso de los elementos y recursos de que disponga para el efecto".

ALEGATO DE LA PARTE ACTORA

La demandante reitera, en términos generales, los conceptos expuestos en el libelo y concluye solicitando, una vez más, que la patente pedida por ella le sea concedida de acuerdo con la Ley 31 de 1925.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado estima que no le asiste la razón a la demandante y después de hacer una pormenorizada relación de toda la actuación surtida durante la etapa gubernativa, en número de doce puntos, concluye así:

"Pues bien, todas las anteriores actuaciones, tanto de la Administración como de la actora, hacen deducir por este Despacho que, si bien es cierto que cuando se presentó la solicitud (diciembre 7 de 1971), estaban vigentes las Leyes 31 de 1925 y y 94 de 1931 y sus decretos reglamentarios, no es menos cierto, y las pruebas así lo demuestran que durante el trámite (enero 1 de 1972) entró a regir el Decreto-Ley 410 de 1971 (Código de Comercio) al cual la Administración exigió al solicitante acogerse y éste así lo hizo,

como lo comprueba la actuación del apoderado de la actora descrito en el punto 3 por este Despacho, así como la posterior actuación de la solicitante (punto 6) con lo cual se acogió al Decreto 755 de 1972, así como cuando solicita en su sustentación de los recursos se fundamenta en los Decretos 410 de 1971 y 1190 de 1976.

"Ahora, no puede venir a controvertir los actos alegando la aplicación indebida de unas normas a las cuales se acogió, precisamente en concordancia con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, invocando la no aplicación de otras que durante el trámite fueron derogadas, y que era imperativa su no aplicación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del concepto de la violación expresado en la demanda se desprende claramente que la posición jurídica fundamental de la sociedad actora radica en que debió haberse atendido lo que disponía la Ley 31 de 1925 y, en ningún caso, lo establecido por el Código de Comercio, cuya vigencia se inició el 1o. de enero de 1972, después de ser formulada la solicitud referente a la concesión de la patente de invención.

Consta al folio 39 vuelto del expediente que evidentemente la petición de la patente fue presentada el 7 de diciembre de 1971 y al folio 44 vuelto aparece que la División de Propiedad Industrial inició el trámite el 10 de mayo de 1972, cuando dictó el auto mediante el cual le reconoció personería jurídica al apoderado de la demandante y le exigió a ésta la presentación de un nuevo extracto, atemperado a lo prescrito por el numeral 4 del artículo 544 del Código de Comercio, que expresa que el extracto "debera contener, a lo menos, una reinvindicación que caracterice la invención".

Por consiguiente, lo primero que ocupa la atención de la Sala es el análisis, a la luz del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, del tránsito legislativo planteado.

Al efecto se anota que ambas legislaciones (Ley 31 de 1925 y Código de Comercio) contienen disposiciones procesales y sustanciales. En cuanto alude al procedimiento, lo que se alcanzó a efectuar antes de la vigencia del Código de Comercio, esto es, la presentación de la solicitud de patente de invención, quedó comprendida en la legislación anterior y a ella se sujetó la Administración, puesto que lejos de rechazar la petición le imprimió el trámite legal. En cambio, a las etapas inmediatamente siguientes sí los aplicó el nuevo Código de Comercio, tal como lo dispone el artículo 40 en referencia. Esto quiere decir que no fue violado tal artículo y que, por tanto, hay base suficiente para negar la petición relativa al procedimiento. Y en cuanto al derecho sustancial, la demanda parte de la base de que la anterior legislación, Ley 31 de 1925 no exigía la novedad como condición indispensable para otorgar la patente y que el Código de Comercio sí la exige. Más esta afirmación es equivocada, pues a cada paso la Ley 31 de 1925 menciona la novedad como fundamento de la patente de privilegio, lo mismo que actualmente el referido Código. De ninguna manera se puede inferir el artículo 9o. de la indicada ley, atrás transcrito, que el requisito de la novedad sea superflúo. En efecto, lo que quiere decir esa norma es que la Nación, al otorgar la patente, no puede hacerse responsable ante terceros, como garante, de que efectivamente lo que es materia de la patente revista novedad. De otra parte, el Código de Comercio establece procedimientos adicionales nuevos, tendientes a verificar, así sea someramente, el elemento novedad, pero, una vez más, sin garantizarla.

Lo precedente se corrobora haciendo un breve paralelo entre las dos legislaciones. Así, por ejemplo, el artículo 1o. de la Ley 31 de 1925 dice: "Los nuevos descubrimientos, invenciones, mejoras y perfeccionamientos en todos los ramos de la industria confieren a sus autores el derecho exclusivo de explotación....". Y el artículo 4o. *ibídem* precisa: "Son descubrimientos, mejoras o invenciones de los nuevos productos industriales, los

nuevos medios para obtener el resultado de un producto industrial". A su turno, el Código de Comercio vigente establece: "Es patentable toda nueva invención que sea el resultado de una actividad creadora o que tenga altura inventiva, si es susceptible de aplicación industrial". (artículo 534): "Una invención no se considera como nueva si está comprendida en el estado de la técnica, esto es, si se ha hecho accesible al público" (artículo 535): "Se considera que una invención es el resultado de una actividad creadora o tiene altura inventiva cuando se deriva de manera evidente del estado de la técnica" (artículo 536). etc.

En el ordenamiento legal colombiano la novedad ha sido una exigencia esencial en materia de patentes de invención. Pero la actual regulación la acentúa más y por eso desarrollo mejor lo preceptuado por el inciso tercero del artículo 31 de la Constitución Nacional, que corresponde al artículo 4o. del Acto Legislativo No. 3 de 1910, según el cual "Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a *inventos útiles* y a vías de comunicación" (se subraya), lo que quiere decir que no puede ser objeto de privilegio lo que no constituya invento o creación o que no represente utilidad, especialmente en el campo industrial. Sobre el particular se comenta también que la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, incorporada a la legislación nacional por el Decreto 1190 de 1978, contiene previsiones semejantes a las del Código de Comercio en cuanto a la novedad de las invenciones.

Volviendo al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, se agrega que él se refiere a las normas de procedimiento y que en el presente caso no se trata de la ritualidad de los procesos sino de una cuestión de orden sustantivo, como es el vinculado a la novedad de los inventos susceptibles de ser patentados. Esta es una razón más para considerar que dicha disposición no tiene aplicación en el *sub-judice* y que, por ende, no se le puede dar prosperidad al cargo relacionado con su violación.

En cuanto a las pequeñas diferencias sustanciales entre las dos legislaciones relativas al otorgamiento de las patentes de invención, es obvio que la legislación aplicable no podía ser la anterior al otorgamiento, sino la vigente a la hora de conceder la patente, es decir, al momento del nacimiento del privilegio industrial, según el principio general que repite con tanta frecuencia la Ley 153 de 1887, como puede verse en sus artículos 20, 23, 26, 32, 35, 36 y 37. Luego la División de Propiedad Industrial obró correctamente y no incurrió en la violación de las normas al efecto citadas por la actora.

Con fundamento en todo lo que antecede, sostiene que de acuerdo con el Código de Comercio (artículo 534 y siguientes) y los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1190 de 1978, la División de Propiedad Industrial bien podía verificar y exigir que el invento para el cual se solicitó la patente revestía las características de novedad que instituyen tales normas y, además, que sí le era dado acogerse a la nueva legislación en materia de patentes de invención.

La gran conclusión es la de que aquí no se da la transgresión de los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 1o., 4o. y 9o. de la Ley 31 de 1925 y que consecuencialmente deben negarse las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal colaborador,

FALLA:

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 su sesión de fecha veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Mario Enrique Pérez, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

VIATICOS.— A nadie se le puede pagar viático por desemepeñar funciones o realizar actividades en su lugar de trabajo. Los viáticos tienden a compensar los gastos que causa a un empleado o trabajador el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja y viene a otro sitio donde tendrá que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación, principalmente.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 7567.
Autoridades Nacionales.
Actor: **Luis Eduardo Pedraza Beltrán.**

El señor Luis Eduardo Pedraza Beltrán presentó demanda ante el Consejo de Estado, en la cual hizo las peticiones que formula su apoderado:

"1.— Que mediante el proceso ordinario de acción de plena jurisdicción, se ordene, mediante sentencia, que la Entidad demandada, Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—, pague a mi mandante señor Luis Eduardo Pedraza Beltrán, los viáticos a que tiene derecho de conformidad con los hechos y normas citadas".

"2.— Subsidiariamente, y en el caso de que no sean de recibo del Honorable Consejo de Estado los hechos y las razones expuestas, se ordene que la Entidad demandada pague a mi poderdante el valor que le corresponde por prima de 4o. grado en su calidad de Supervisor II de Líneas Físicas y cables desde la fecha en que fue trasladado de Facatativá a Bogotá (15 de junio de 1979) hasta la fecha en que salió pensionado (31 de diciembre de 1981)".

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

"a) "Mi poderdante señor Luis Eduardo Pedraza Beltrán, quien actualmente es pensionado por servicios prestados a la Entidad demandada, Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—, el día 15 de marzo de 1978 desempeñaba en esa Empresa Estatal el cargo de Supervisor II de Líneas Físicas y Cables.

"b) En la fecha citada, 15 de mayo de 1978, fue trasladado de Bogotá, lugar donde prestaba sus servicios, a la población de Facatativa, con el mismo cargo y asignaciones.

"c) En Facatativá, mi poderdante trabajó en el mismo cargo de Supervisor II de Líneas Físicas y Cables, hasta el día 15 de junio de 1979, fecha en que fue trasladado nuevamente a Bogotá con el mismo cargo.

"d) Durante el tiempo que estuvo prestando sus servicios en Facatativá, se pagó a mi mandante una prima llamada "prima de Cuarto grado", consistente en el cincuenta por ciento de todo lo que se devenga por concepto de salarios.

"e) Esta prima de cuarto grado fue creada por la demandada Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— por medio de la Resolución No. 0007035, de fecha 7 de diciembre de 1979, emanada de la Gerencia o Presidencia de la citada Empresa, la cual en su artículo 4o., parágrafo 1o. dispone pagar la referida prima entre otros empleados a los Supervisores II de Línea Físicas y Cables.

"f) La resolución citada en el ordinal anterior, en su artículo 12 dice: "ARTICULO 12.— Habrá derecho al reconocimiento y pago de viáticos en vez de la prima de 4o. grado, únicamente en aquellos casos, en que el personal de cuadrilla, por estrictas necesidades del servicio, se destine temporalmente de una Gerencia Regional a otra, o *de una zona a otra de la misma Gerencia,* con el fin de reemplazar vacaciones, licencias, incapacidades o EFECTUAR TRABAJOS ESPECIALES." (Mayúsculas y subrayado son del que transcribe).

"g) Como dije anteriormente, el demandante Pedraza Beltrán fue trasladado de Facatativá con fecha 15 de junio de 1979, con el mismo cargo de Supervisor II de Líneas Físicas y Cables. Prestó sus servicios hasta el 31 de diciembre de 1982, fecha en la cual se le pensionó, en Bogotá D.E., el servicio que prestó fue desempeñando "trabajos especiales" consistentes en reparaciones locativas.

"h) Pero al señor Pedraza Beltrán no se le pagaron los viáticos de que trata el artículo 12 de la Resolución No. 0007035 de 1979 al decir que "Habrá lugar al reconocimiento y pago de viáticos en vez de la prima de 4o. grado únicamente en aquellos casos en que el personal de cuadrilla, por estrictas necesidades del servicio se destine temporalmente... o de una zona a otra de la misma Gerencia... o efectuar trabajos especiales."

"i) Tampoco se pagó a mi mandante, subsidiariamente ya que es incompatible con los viáticos, la prima de 4o. grado establecida en la misma resolución. Hago énfasis de que esta prima de 4o. grado es inherente al cárgo de Supervisor II de Líneas Físicas y Cables, cargo con el cual se trasladó a mi poderdante de Facatativá a Bogotá. En estas condiciones se le han debido pagar los viáticos o por lo menos la prima de 4o. grado.

"j) Mi mandante en varias oportunidades se dirigió a sus Jefes haciéndoles saber de la anomalía e injusticia de que estaba siendo víctima, sin que se le oyera en sus peticiones."

"k) El día 9 de febrero de 1982, por intermedio de apoderado, estando ya retirado del servicio, hizo reclamación ante el señor presidente de TELECOM. Por medio de la carta No. 000645, de fecha 18 de marzo de 1982, se le negaron sus pretenciones. En carta fechada el 16 de abril de 1982, el señor Pedraza Beltrán interpuso o solicitó reposición y apelación, no obstante de que estos recursos no eran necesarios."

Como normas infringidas se señalan el Decreto 2137 de 1976 y los artículos 4o. y 12 de la Resolución No. 0007035 del 7 de diciembre de 1979, dictada por el presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, "por la cual se reglamenta y señala las poblaciones donde se pagarán las primas graduales de 1o., 2o., 3o., 4o. grado". Con relación a tales disposiciones se expone en la demanda el concepto de violación.

En 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 el derecho alegado por el actor a que se le reconozca viáticos por sus servicios prestados en Bogotá, desde junio de 1979, y subsidiariamente una prima llamada de 4o. grado"

"Se descorre el traslado para el concepto de la Fiscalía:

"El demandante fue trasladado de Bogotá a Facatativá (folio 2) donde devengó la mencionada prima de 4o. grado y después (folio 4) fue trasladado de la segunda ciudad a la primera. Ambas destinaciones fueron por término indefinido como consecuencia de no haber sido en forma temporal."

"En las condiciones anteriores la pretensión principal relacionada con los viáticos no puede prosperar, por la potísima razón de que no se da el requisito de la temporalidad en la destinación (artículo 12 Resolución 0007035)."

"Y en relación con la pretensión subsidiaria, la de la prima de 4o. grado, el libelo inicial dice que "El servicio que prestó (en Bogotá) fue desempeñando "trabajos especiales" consistentes en reparaciones locativas." Luego, conforme con el artículo 4o. de la misma resolución dicho servicio no genera el derecho a devengar aquella prima."

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala está de acuerdo con el criterio expresado por el señor Fiscal, pues el actor no adquirió los derechos que reclama, por las siguientes razones:

a) En lo que respecta a los viáticos, no se causó el derecho, pues el artículo 12 de la Resolución No. 0007035 de 1979, que invoca, dispone textualmente:

"Habrá derecho al reconocimiento y pago de viáticos en vez de la prima de 4o. grado únicamente en aquellos casos en que el personal de cuadrilla, por estrictas necesidades del servicio, se destine temporalmente de una Gerencia Regional a otra, o de una zona a otra de la misma Gerencia, con el fin de reemplazar vacaciones, licencias, incapacidades o efectuar trabajos especiales."

La anterior disposición que establece como condición para el pago de viáticos al personal de cuadrilla que su destinación se haga temporalmente de una Gerencia Regional a otra o de una zona a otra de la misma Gerencia, es lógica, pues aquellos se causan únicamente cuando el trabajador o empleado debe desplazarse de su lugar habitual de trabajo a otro sitio en cumplimiento de una comisión de servicios, por un tiempo determinado.

Al demandante no se le confirmó ninguna comisión de servicio por fuera de su sede, sino que se le trasladó a Bogotá, es decir, esta ciudad vino a ser su nuevo lugar habitual de trabajo. Y a nadie se le puede pagar viático por desempeñar sus funciones o realizar actividades en su lugar de trabajo. Los viáticos tienden a compensar los gastos que causa a un empleado o trabajador el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja y vive a otro sitio donde tendrá que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación, principalmente.

b) En lo que atañe a la petición subsidiaria de que se le pague la "prima de 4o. grado en su calidad de Supervisor II de Líneas Físicas y Cables desde la fecha en fue trasladado de Facatativá a Bogotá", anota la Sala que conforme al artículo 4o. de la Resolución 0007035 de 1979, aquella se paga únicamente "al personal que preste servicios en cuadrillas de mantenimiento de Líneas Físicas y Cables, de servicios a Estaciones (carreteras), de construcción y reconstrucción de Líneas Físicas y a los Guardalíneas de trayecto fijo."

No demostró el actor que realizaba en Bogotá tales actividades. Ciertamente, fue trasladado de Facatativá a Bogotá con el mismo cargo (Supervisor II), la misma asignación mensual ($ 8.793.oo), en el mismo grupo (10) y la misma categoría ("7"), pero no para realizar la misma actividad en "Líneas Físicas y Cables" u otras de las señaladas en el artículo 4o. de la Resolución No. 0007035 de 1979, sino a la "Sección de Sucursales Locales —Jefatura."

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 su Fiscal colaborador,

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 13 de julio de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CARRERA DE SEGURIDAD SOCIAL.— No basta ocupar un cargo de carrera (administrativa o la especial de funcionario de la seguridad social) para quedar automáticamente inscrito en ella, sino que es indispensable que se llenen los correspondientes requisitos legales.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**

Referencia: Expediente No. 6888.

Autoridades Nacionales.

Actor: **Alberto Villa Navarro.**

El doctor Alberto Villa Navarro presentó demanda ante esta Corporación, con el objeto de obtener las siguientes declaraciones y condenas, que solicitó así su apoderado:

"I.— DECLARACIONES:

Declarar que es nula la Resolución No. 4353 de 13 de noviembre de 1981 "Por la cual se declaran insubsistentes unos nombramientos" expedida por el Director General del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, la cual en su artículo primero de la parte resolutiva dice: "Declarar insubsistentes los siguientes nombramientos: ..... doctor Alberto Villa Navarro, del cargo de Médico General — Grado 36 (6 horas) en el CAB Chapinero UPZ Norte de la Seccional de Cundinamarca y D.E".

"Como consecuencia de la declaración anterior, esa Honorable Corporación se servirá pronunciarse como se solicita, en las siguientes:

"II.— CONDENAS:

PRIMERA.— Ordenar al Instituto de Seguros Sociales el reintegro al cargo de Médico General — Grado 26 (6 horas) en el CAB Chapinero UPZ Norte de la Seccional de Cundinamarca y D.E., que venía desempeñando mi poderdante, doctor Alberto Villa Navarro, o a otro de igual o superior categoría".

SEGUNDA.— Ordenar el reconocimiento y pago a mi poderdante de las sumas que por todo concepto (sueldos, viáticos, vacaciones, primas, subsidios, bonificaciones, etc. debidamente actualizadas) hubiere dejado de devengar desde el 13 de noviembre de 1981 hasta el día en que sea reintegrado al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría.

TERCERA.— Declarar que para todos los efectos legales y, en especial, para efectos de prestaciones sociales, se debe considerar que no ha habido solución de continuidad en el tiempo de servicio de mi poderdante desde el citado 13 de noviembre de 1981, fecha en que se declaró la insubsistencia, hasta el día en que se cumpla el reintegro."

Como hechos de la demanda se señalan los siguientes:

"PRIMERO.— Mi poderdante, doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, ingresó a trabajar en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales el día 7 de julio de 1969, en el cargo de Médico de Emergencias."

"SEGUNDO.— Posteriormente, debido a la reestructuración de la entidad y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 1651 de 1977, artículo 134, y Decreto-Ley 1652 de 1977, artículo 35, el doctor Alberto Villa Navarro fue vinculado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES según Resolución número 1219 del 5 marzo de 1980 y tomó posesión del cargo de Médico General — Grado 36 (6 horas)— Atención Básica Equipo de Cuidado Médico en el CAB Chapinero UPZ Norte de la Seccional de Cundinamarca y D.E., según Acta de Posesión de fecha 17 de marzo de 1980, o sea un cargo equivalente al que venía ocupando en la entidad."

"TERCERO.— Durante el ejercicio del cargo de Médico General — Grado 36 — el doctor ALBERTO VILLA NAVARRO se desempeñó con eficiencia, honorabilidad y celo en el cumplimiento de su deber."

"CUARTO.— Debido a que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 413 de 1980, artículo 69, a mi poderdante doctor ALBERTO VILLA NAVARRO se le habilitaron los seis (6) meses anteriores a la fecha de vinculación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con fecha 17 de junio de 1980, es decir, noventa (90) días

después de la fecha de posesión adquirió el derecho a ser inscrito en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social, en sujeción a lo dispuesto en el Decreto-Ley 1651 de 1977, artículo 118, inciso 2o. y Decreto 413 de 1980, artículo 70."

"QUINTO.— Mi poderdante, doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, no era empleado público de libre nombramiento y remoción, sino que pertenecía a la Carrera especial de Funcionario de Seguridad Social, y por lo tanto gozaba de estabilidad."

"SEXTO.— Sin que mediara causa legal alguna, por medio de la Resolución 4353 de 13 de noviembre de 1981, expedida por el Director General del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, fue declarado insubsistente el nombramiento del doctor ALBERTO VILLA NAVARRO del cargo de Médico General Grado 36 (6 horas) en el CAB Chapinero UPZ Norte de la Seccional de Cundinamarca y D.E."

"SEPTIMO.— Por medio del oficio SGP. SC Y DE. No. 71 34 de 18 de noviembre de 1981, suscrito por el Sub-Gerente de Personal ISS, Seccional Cundinamarca y D.E., se le comunicó la Resolución No. 4353 de 13 de noviembre de 1981, por la cual se declara insubsistente su nombramiento."

"OCTAVO.— Mi poderdante, doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, devengaba en el momento del retiro del servicio la suma de TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($ 39.592.oo) M/l."

De la siguiente manera reseña el actor las disposiciones que considera infringidas:

"LEGALES: Ley 12 de 1977, artículos 5o. y 6o. — Decreto-Ley No. 1650 de 1977, artículo 47 Decreto-Ley 1651 de 1977, artículo 3o, 5o., 6o, literal b), 23 literal d), 108, 115, 117, 118, 119, 123 literal d), 124, 128, 129 134. Decreto-Ley 1652 de 1977, artículo 35."

REGLAMENTARIAS: Decreto 2587 de 1978, artículo 25. Decreto 413 de 1980, artículos 3o., 4o. 6o., literal b), 42, 43 literal a), 44, 45, 47, 62, 64, 65 literal c), parágrafo 1o., 66, 67, 69, 70, 71."

"CONSTITUCIONALES: Constitución Nacional, artículos 20, 21, 51, 63, Plebiscito 1o. de diciembre de 1957, artículo 5o. (62, Constitución Nacional)."

Con relación a las anteriores disposiciones el apoderado del actor explica extensamente el concepto de la violación. De lo expuesto al respecto en la demanda, se debe destacar lo siguiente:

1o.— El actor, cuando su nombramiento fue declarado insubsistente, desempeñaba un cargo "de carrera de funcionario de la seguridad social", en su carácter de médico general. Por esta razón, no era empleado de libre nombramiento y remoción.

2o.— Los funcionarios de segurida social tienen derecho a ingresar a la carrera de seguridad social, en la forma y condiciones previstas en el Decreto 1651 de 1977 (artículo 23).

3o.— Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 198 del citado decreto, "el ingreso a la carrera se hará por resolución de inscripción, previa la utilización de un concurso y una vez superado el período de prueba", el actor estaba exonerado de cumplir tales requisitos, por lo siguiente:

a) "La condición previa de realizar un concurso para ingresar a la carrera es válida para las personas naturales que aspiren vincularse al INSTITUTO por primera vez, pues quienes venían vinculados a la entidad con anterioridad a la vigencia de los decretos aludidos, evento en el cual se encontraba mi poderdante, serían nombrados en los empleos de la nueva planta de personal que adoptara el INSTITUTO, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 del Decreto 1651 de 1977 y 35 del 1652 de 1977, como más adelante conceptuaré en forma oportuna. Lo anterior nos pone de relieve que el doctor ALBERTO VILLA NAVARRO no estaba obligado a presentar concurso para ingresar a la Carrera de Funcionario de Seguridad Social."

b) "Dado que mi poderdante doctor ALBERTO VILLA NAVARRO venía vinculado al INSTITUTO prestando sus servicios como Médico de Emergencias desde julio de 1969, es decir, con más de nueve (9) años de anterioridad a la expedición del Decreto 413 de febrero 28 de 1980, y promulgado en marzo 24 de 1980 en el Diario Oficial No. 35483, tenía habilitados los seis (6) meses de período de prueba al momento de su nueva vinculación a la planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, la cual se hizo por medio de la Resolución No. 1219 de marzo 5 de 1980. Así lo preceptúa el artículo 69 del mencionado decreto:

" "Artículo 69.— *De las personas nombradas previamente en cargos de prueba.*— Para efectos de la inscripción en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social, a las personas vinculadas al ISS a la fecha de expedición del presente decreto y que sean nombradas en cargos de carrera, se les habilitarán los seis (6) meses anteriores de servicio al Instituto en cualquier empleo como período de prueba satisfactorio."" (Subrayado mío).

"Es de suyo evidente que mi poderdante tenía habilitados los seis (6) meses de período de prueba y que, además, éste era satisfactorio para efectos de su inscripción en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social a que tenía derecho por mandato legal. La aplicación de esta disposición no puede obedecer a un criterio discrecional por parte de la administración del INSTITUTO sino, por el contrario, es un mandato de obligatorio cumplimiento que no permite dilación alguna. La expresión *"se les habilitarán"* es clara para el intérprete, es decir, la administración debe tenerlos en cuenta a favor del funcionario."

Dice también sobre el particular el apoderado del actor:

"Se presumía que el nombramiento hecho a mi poderdante para ocupar el empleo de Médico General, Grado 36, de la Planta de Personal adoptada por el INSTITUTO SE. SEGUROS SOCIALES era en calidad de período de prueba, por disposición del Decreto-Ley 1651 de 1977, artículo 6o.:

" "Artículo 6o.— *Del Ingreso al Servicio.* El ingreso al servicio se hará:

. . . . . .

" "b) Por nombramiento en período de prueba cuando se trate de un cargo de carrera de funcionario de seguridad social." "

4o.— Con relación a los artículos 42, 43, 44 y 45 del Decreto Reglamentario 413 de 1980, se expresa así:

"La voces de las disposiciones transcritas nos permiten colegir, en primer término, que la administración está obligada a evaluar al funcionario durante el período de prueba; en segundo término, vencido el período de prueba sin que el funcionario fuere

retirado del servicio, la administración está obligada también a inscribirlo en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social. La ley es imperativa cuando obliga a la administración a cumplir con el precepto. La expresión *"... la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera"*, impide que ésta obre en su libre arbitrio. Al decir el legislador *"en todo caso"*, significa que no hay alternativa a escoger. No cabe, pues, hesitación alguna sobre el cumplimiento obligatorio de esta disposición por parte de la administración del INSTITUTO. En tercer término, el incumplimiento de estas obligaciones conlleva la imposición de sanciones para los funcionarios negligentes, en ningún caso la omisión por parte de la administración en el cumplimiento de sus obligaciones puede ir en detrimento de los derechos de sus empleados, en este caso, de los de la Seguridad Social, que tienen el derecho de pertenecer a esta Carrera especial por mandato de la ley. Mucho menos puede conducir a que la administración se arrogue facultades discrecionales de remover libremente a los funcionarios que ocupen los cargos pertenecientes a esta carrera especial, pues el querer del legislador es precisamente consagrar la estabilidad de éstos con miras al buen servicio que debe prestar la Institución."

"Cabe anotar, además, que mi poderdante, doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, no estaba inhabilitado para ser inscrito en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social, es decir, las causales estipuladas en los artículos 119 del Decreto-Ley 1651 de 1977, y 62 del Decreto 413 de 1980, sobre inhabilidades para ser nombrado, no le eran aplicables."

5o.—"Las disposiciones legales y reglamentarias que regían para el caso del doctor ALBERTO VILLA NAVARRO son las preceptuadas en el Decreto 413 de 1980, las cuales figuran como transitorias, artículos 64, 65, 66, 67, 69, 70 y 71, por cuanto el mencionado profesional se vinculó al Instituto de Seguros Sociales por medio de un contrato individual de trabajo el día 7 de julio de 1979, y posteriormente, por mandato del Decreto-Ley 1641 de 1977, artículo 134, del Decreto-Ley 1652 de 1977, artículo 35, fue vinculado a la nueva planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por medio de la Resolución No. 1219 de 5 de marzo de 1980, y tomó posesión del cargo de Médico General — Grado 36 (6 horas), según Acta de Posesión de 17 de marzo de 1980. Las referidas disposiciones legales preceptúan:

" "Artículo 134.— *De la vinculación a la planta de personal.* Las personas que al entrar en vigencia el presente decreto tengan celebrados contratos individuales de trabajo con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, *serán nombrados en los empleos* de la planta de personal que adoptará el Instituto de Seguros Sociales. Si aceptaren la designación, procederán a tomar posesión de sus cargos." " (Subrayado mío).

" "Artículo 35.— *De la planta de personal.* A partir de la fecha de expedición del presente decreto, el Instituto de Seguros Sociales procederá a elaborar la planta de personal de conformidad con las disposiciones establecidas en este estatuto y *hará los nombramientos* de los funcionarios que vayan a desempeñar los diferentes cargos."

" "Las personas que presten servicio al Instituto Colombiano de Seguros Sociales serán nombradas en cargos equivalentes a los que ocupen en la actualidad." "

" "Si aceptaren la designación, se regirán por las normas del presente decreto, a partir de la fecha en que tomen posesión de su cargo. (Subrayado mío)." "

"Como se dijo antes, mi poderdante estaba cobijado por las disposiciones citadas, por estar vinculado a la institución antes de la vigencia de las disposiciones comentadas. Por mandato de éstas, era imperativo para la administración del INSTITUTO

vincularlo a la nueva planta de personal que se adoptará. Tal es el sentido de las expresiones *"serán nombrados"*, *"hará los nombramientos"*, lo que quiere decir que el doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, para efectos de su vinculación a la nueva planta de personal estaba eximido del requisito de presentar concurso; tenía derecho a que se le nombrara en un cargo equivalente."

"Teniendo en cuenta lo anterior, las disposiciones que regían para mi poderdante eran las que por mandato del artículo 71 del Decreto 413 de 1980 debían aplicarse. Este artículo preceptúa:

" "Artículo 71.— *De las personas nombradas previamente en cargos de Carrera.* Las personas que a la vigencia del presente decreto estén desempeñando cargos de carrera en la planta del Instituto de Seguros Sociales deberán regirse, para efectos de nombramiento y escalafonamiento, por las disposiciones transitorias de que trata el presente decreto." "

"Pues bien, mi poderdante, doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, ocupaba el cargo de Médico de Emergencias en la antigua planta de personal, o sea, uno de los pertenecientes a la Carrera de Funcionario de Seguridad Social, y en su equivalente, Médico General — Grado 36 (6 horas), fue nombrado en la nueva planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Sucedido lo anterior, la administración estaba obligada a dar cumplimiento a las disposiciones que regían sobre el particular. Ellas estipulan:

" "Artículo 64.— *De las condiciones para establecer la equivalencia de los cargos.*— Los nombramientos de las personas vinculadas al Instituto de Seguros Sociales a la fecha de expedición del presente decreto se harán por la primera vez en un empleo equivalente, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos. Para tal efecto la equivalencia se establecerá de tal manera, que el cargo al cual se incorpora la persona, corresponda al área funcional o al campo de actividad del empleo al cual estaba vinculado y que la asignación básica de la persona no sea inferior a aquella que venía devengando en el momento de su incorporación." "

" ..... " "

" "Artículo 65.— Las personas vinculadas al Instituto con anterioridad al 21 de noviembre de 1978, fecha de expedición del Decreto 2587 por el cual se adoptó el Manual de Requistos Mínimos, podrán ser nombradas en empleos no directivos de la nueva planta de personal del Instituto de Seguros Sociales y ser inscritos en el escalafón de la carrera sin el lleno de los siguientes requisitos, los cuales deberán acreditarlos dentro de los dos años siguientes a la fecha de su posesión." "

" " ..... " "

" "c) Los títulos o certificados exigidos, siempre que el aspirante acredite, mediante constancia debidamente auténticada de la entidad docente respectiva, que ha terminado y aprobado satisfactoriamente los estudios correspondientes y que, en consecuencia, puede optar o está tramitando el título o certificado respectivo." "

" " ..... " "

" "Parágrafo 1o.— Se exceptúan de lo dispuesto en el literal c) del presente artículo, los títulos o certificados académicos que por disposición del Gobierno Nacional son indispensables para el ejercicio del oficio o profesión correspondiente." "

6o.— "Al doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, como se dijo antes, se le habían habilitado los seis (6) meses de servicio como período de prueba satisfactorio por haber sido vinculado a la nueva planta de personal adoptada por el ISS y porque venía prestando sus servicios de tiempo atrás a la Institución, lo cual le daba el derecho de ser inscrito en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social. Esta inscripción debió realizarse dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión, cuyo límite era el 17 de junio de 1980. Ahora bien: si durante ese período de tiempo y el transcurrido luego hasta la fecha de declaratoria de insubsistencia, la administración del INSTITUTO por negligencia de los funcionarios encargados de ello incumplió la obligación de expedir la resolución de escalafonamiento correspondiente, menos podía aún desvincular discrecionalmente del servicio a mi poderdante. La disposición es clara cuando dice "mientras se expide la resolución de escalafonamiento, los funcionarios no podrán ser discrecionalmente desvinculados del servicio", lo cual implica que mi poderdante gozaba de estabilidad a pesar del incumplimiento por parte de la administración del INSTITUTO para expedir la respectiva resolución de escalafonamiento."

"Esta disposición armoniza con el artículo 118 del Decreto-Ley 1651 de 1977 ya comentado: es el desarrollo que el Ejecutivo le da a la ley por mandato constitucional. Por todo ello, la Resolución 4353 de 13 de noviembre de 1981 es irregular: se opone a la ley."

"No puede mi poderdante padecer las consecuencias que conlleva la omisión en el cumplimiento de la ley por parte de la administración del INSTITUTO. Es ella quien debe responder, como muy bien lo indica el Decreto-Ley 1651 de 1977, artículo 119. La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado nos ilustra sobre el particular:"

" "El artículo 217 *ibídem* establece que al vencerse el período de prueba el funcionario deberá solicitar su inscripción en el escalafón en un plazo de treinta días, pero si no lo hiciere 'su situación se definirá de oficio', de donde se deduce sin lugar a dudas, *que es una obligación de la Administración proceder al escalafonamiento una vez vencido el período de prueba si no existen calificaciones desfavorables para el empleado. Si tales calificaciones no se han producido ello se debe a deficiencias de la Administración que no pueden imputarse al funcionario, ni le puede acarrear perjuicio la mora o la omisión de otros empleados.* (Subrayado mío) (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 10 de febrero de 1981. Consejero ponente doctor Ignacio Reyes Posada, expediente No. 5068)." "

"Sobre la obligatoriedad de la evaluación que debe hacer la Administración durante el período de prueba y de la inscripción que haga ella del candidato de carrera de funcionario de seguridad social, una vez superado el período mencionado, se estipula en el Decreto-Ley 1651 de 1977, artículo 118, y Decreto 413 de 1980, artículos 42, 43, 44 y 45 en los siguientes términos:

" "Artículo 118.— *De los Efectos del Período de Prueba.* Durante el período de prueba el funcionario podrá ser discrecionalmente retirado del Instituto." "

" "En ningún caso podrá excederse el término de seis meses a que se refiere el artículo 117 de este decreto, sin que se produzca el retiro del funcionario o su inscripción en la carrera dentro de los ocho días siguientes, previa evaluación de servicios. Si venciere dicho término sin que el funcionario fuere retirado del Instituto, se entenderá que ha sido calificado satisfactoriamente y la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera." "

" "El incumplimiento de esta obligación constituye falta grave." "

7.— "El nombramiento de mi poderdante, doctor ALBERTO VILLA NAVARRO, fue declarado insubsistente por medio de la Resolución No. 4353 de 13 de noviembre de 1981, como si se tratara de un empleado de libre nombramiento y remoción, pero como plenamente quedó demostrado, él pertenecía a la Carrera especial de Funcionario de Seguridad Social; la declaratoria de insubsistencia debió proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Decreto-Ley No. 1651 de 1977, que dice:

" "Artículo 124.— *De la declaratoria de Insubsistencia.* Podrá ser declarado insubsistente cualquier nombramiento hecho a funcionarios inscritos en carrera por resolución motivada y siempre que como resultado de la evaluación del desempeño obtuviere por dos veces calificación no satisfactoria, dentro de un período de seis meses." "

" "Entre una y otra calificación deberá transcurrir por lo menos un mes." "

"En primer término, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo de Médico General — Grado 36 (6 horas) — hecha al doctor ALBERTO VILLA NAVARRO debió hacerse por resolución motivada, más la Resolución No. 4353 de 13 de noviembre de 1981 carece de motivación, razón por la cual se pone en abierta oposición con la ley. En segundo término, deben darse unas causales, como la no satisfacción de las calificaciones en la evaluación del desempeño del cargo, evento que debe darse dos veces. Estas causales no se dieron en el caso de mi poderdante, no aparecen pruebas en la Hoja de Vida ni se motivaron en la Resolución *sub-júdice.*"

"La pretermisión por parte de la administración del INSTITUTO del procedimiento estipulado en el artículo 124 arriba transcrito es una clara violación de la ley. Por lo tanto, se impone la nulidad del acto demandado."

En su alegato de conclusión, el apoderado del actor reitera los puntos de vista expuestos en la demanda, especialmente con relación a la certificación expedida por la entidad demandada, según la cual el demandante no solicitó su inscripción en la carrera de la seguridad social, no fue inscrito en ella, no existe resolución que lo llamara a concurso, ni que lo escalafonara en dicha carrera (folio 47, 49 a 52).

Al descorrer el traslado que se le dio para que emitiera concepto de fondo, dijo el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado:

"El libelo introductorio no podía admitirse y ha debido devolverse al interesado para que lo corrigiera, por el incumplimiento de la carga establecida en el inciso tercero, en armonía con el primero del canón 86 del Código Contencioso Administrativo, según cuyas voces:"

" "*A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado* con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos." "

" " ..... " "

" "*Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniegue la expedición de la copia o la certificación sobre la publicación, se expresará así en la demanda,* con indicación de la oficina donde se encuentre el original, o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda. (Subrayas de la Fiscalía)." "

"Una correcta inteligencia del texto transcrito permite inferir, sin mayor esfuerzo dialéctico, que él establece una obligación primaria para el actor de acompañar a la demanda "..... una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación,

notificación o ejecución, según los casos". Más, como suele ocurrir que tales documentos no pueden aducirse como lo exige el precepto, por negligencia o por culpa de la administración al no publicar el acto o negar la expedición de la copia o de la certificación de la publicación, el mismo ha previsto el remedio para evitar que la administración haga nugatorio el derecho a accionar contra ella, *obligando al interesado a que lo exprese así en la demanda*, a fin de que sea la jurisdicción contenciosa administrativa quien solicite el documento antes de admitirla."

"Como puede apreciarse, la solicitud de la jurisdicción es subsidiaria del fracaso de la actividad del actor encaminada a obtener directamente de la administración las laudidas copia o certificación y no una carga primaria e incodicionada de aquella."

"La norma está orientada a facilitar al actor el derecho a demandar judicialmente, pero no puede conducir a exonerarlo del cumplimiento de su obligación o que ésta sea sustituida por la jurisdicción, mudando lo subsidiario en principal al aceptar demandas que no cumplen con el requisito de expresar la circunstancia pertinente. Es la afirmación del actor de que el acto ha sido publicado o se le ha denegado la expedición de la copia o la certificación de la publicación, como dice la norma, la que posibilita la solicitud por el sustanciador antes de admitir la demanda y permite a la administración probar en contrario a tal afirmación al contestar la solicitud de la jurisdicción o, cuando ello no fuere así, simplemente cumplirla."

"La petición previa, general e incondicionada, como la del evento *sub-júdice* (folio 16), o sea decir, sin el lleno del requisito anotado, hace inadmisible la demanda. Obsérvese que el artículo 87 *ibídem* establece de manera perentoria: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades,....", de suerte que si por inadvertencia se la admite emerge su ineptitud."

"Sobre tema similar el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, tuvo oportunidad de llegar a la misma conclusión, con fundamento en el referido texto 87 (sentencia, tomo 96, página 138 a 142, actor: Amalia Arana Vda. de Guzmán)."

"Consecuentemente, debe proferirse una decisión inhibitoria por la referida ineptitud del libelo inicial."

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe la Sala estudiar, en primer lugar, la solicitud del señor Fiscal en el sentido de que se haga pronunciamiento inhibitorio por cuanto el demandante no cumplió con lo dispuesto en los incisos primero y tercero del artículo 86 de la Ley 167 de 1941.

Sobre este particular la Sala se ha pronunciado en forma adversa a la solicitud del señor Fiscal cuando se han dado las condiciones que se configuran en este proceso, o sea que, no obstante que el actor no sustentó su petición previa encaminada a obtener copia auténticada del acto acusado, lo cierto es que el anterior conductor del proceso la solicitó (folio 29) y el actual, agregada ella al proceso (folios 31 y 32), aceptó la demanda (folio 33).

En lo que concierne a la cuestión de fondo, la Sala recuerda que en varios fallos ha sostenido la tesis de que no basta ocupar un cargo de carrera (administrativa o la especial de funcionario de la seguridad social) para quedar automáticamente inscrito en ella, sino que es indispensable que se llenen los correspondientes requisitos legales.

Una cosa es que el cargo sea de carrera y otro que el funcionario está inscrito en ella. Así, puede ocupar un cargo de carrera y no estar en ella, ser de libre remoción, por no haber cumplido los requisitos que al efecto exige la ley.

En el caso de la carrera de funcionario de la seguridad social, el artículo 108 del Decreto Extraordinario 1651 de 1977, exige para la inscripción del aspirante en el respectivo escalafón, mediante resolución, dos requisitos: a) La previa realización de un concurso; b) La superación del período de prueba.

Pero esos dos requisitos, a su vez, están precedidos o deben ser complementados por otros.

Así, el artículo 109 del mismo decreto dispone que a "los empleos de carrera se proveerán mediante un proceso de selección que comprende cuatro fases:

a) Registro de aspirantes;

b) Concurso;

c) Nombramiento;

d) Período de prueba".

De manera que al período de prueba debe preceder, como es lógico, el nombramiento en un cargo de carrera, requisito que se llenó en el caso del actor, concurso y registro de aspirantes.

No existe prueba alguna en el expediente que demuestre que el demandante fue inscrito y clasificado, "Por oficio, profesión o especialidad", en el registro de aspirantes (artículo 111 *ibídem*). Tampoco hay prueba de que hubiera participado en el concurso a que se refieren los artículos 109 a 112 del decreto antes citado. Además, el actor no probó que, como resultado de algún concurso, su nombre hubiera figurado en la lista de elegibles (artículos 113 del Decreto 1651 de 1977 y 30 del Decreto 413 de 1980, especialmente el parágrafo 2o.).

Por último, no hay prueba de que el demandante hubiera sido nombrado en período de prueba, como lo exige el artículo 115 del Decreto Extraordinario 1651 de 1977, precisamente porque no tuvieron cumplimiento las etapas anteriores.

Cree el apoderado del actor que es posible presumir que el nombramiento de su mandante fue en período de prueba, en razón de lo dispuesto en el artículo 6o. del Decreto 1651 de 1977. Dice, además, que conforme al artículo 69 del Decreto Reglamentario 413 de 1980, su poderdante tenía derecho a que se le habilitaran como período de pureba satisfactorio los seis meses de servicio al Instituto anteriores a su nombramiento.

Sería válido el argumento del apoderado del actor en cuanto al cumplimiento del requisito del período de prueba y la Sala encontraría pertinente examinar lo atinente a las consecuencias de la falta de evaluación de su mandante por culpa de la administración del Instituto, según su criterio, si se hubieran llenado en su caso los requisitos previos de inscripción en el registro de aspirantes y de selección mediante concurso. Pero, como ya se dijo, nada de eso sucedió.

Arguye el apoderado del actor que "la condición previa de realizar el concurso para ingresar a la carrera es válida para las personas naturales que aspiren a vincularse al

INSTITUTO por primera vez", no para quienes con anterioridad a la vigencia de los decretos antes citados estaban vinculados a él, de conformidad con los artículos 134 del Decreto 1651 y 35 del 1652 de 1977.

No es acertada la interpretación de las normas que invoca el apoderado del actor, como se demostrará a continuación.

1) Es cierto que el artículo 134 del Decreto 1651 de 1977 establece que las personas que al entrar en vigencia dicho decreto tenían celebrados contratos de trabajo con el Instituto y no habrían de quedar en la condición de trabajadores oficiales, conforme al nuevo régimen, debían ser nombrados en los empleos de la planta de personal que adoptaría la entidad. Pero esa disposición consagra el derecho a ser nombrado; más no exime el cumplimiento de los requisitos que se exigen para desempeñar un empleo público, como son los que señale el citado decreto, ni los especiales para ingresar a la carrera de la seguridad social. El derecho existía, en abstracto, pero para su efectividad se requería el cumplimiento de los requisitos correspondientes. Adviértase que esa norma no se refiere a ningún empleo en especial, sino a todos, a los que habrían de ocupar empleados de libre nombramiento y remoción, como un gerente seccional, a los cargos "discrecionales" y los de carrera. Los dos primeros tenían que llenar los requisitos establecidos en los artículos 8o., 9o., 10 y 11 del Decreto 1651 de 1977. Los nombrados para ejercer cargos de carrera debían llenar, además de los requisitos comunes, los especiales para ingresar a ella, conforme a los artículos 108, 109 y siguientes del mismo decreto.

Tampoco exonera del cumplimiento de los requisitos correspondiente el artículo 35 del Decreto 152 de 1977, estatuto que, es conveniente anotar, nada tiene que ver con la "Carrera de Funcionario de Seguridad Social".

Aquí también cabe distingüir. Una cosa es que la ley conceda en abstracto un derecho y otra es que se reunan los requisitos para adquirirlo, para que él sea efectivo, concreto.

Según las citadas disposiciones, el Instituto, una vez elaborada la planta de personal, debía nombrar los empleados para los diferentes cargos, dando prelación a los ya vinculados a él, pero sin omitir el cumplimiento de los preceptos que señalan requisitos para ejercer un empleo en la entidad y para ingresar en la Carrera de la Seguridad Social.

Precisa anotar aquí que ni siquiera los funcionarios ya escalafonados están eximidos de llenar los requisitos establecidos en las normas sobre carrera de seguridad cuando aspiren a otro cargo dentro de ella. Así, el artículo 11 del Decreto 413 de 1980 dispone que podrán inscribirse en el registro de aspirantes los funcionarios escalafonados que "llenen los requisitos del empleo para el cual aspiren a concursar, o "que deseen modificar la intensidad de su jornada de trabajo dentro del mismo empleo". El parágrafo 1o. del artículo 14, *ibídem*, también se refiere a la inscripción de funcionarios ya escalafonados en el registro de aspirantes; lo mismo el parágrafo 1o. del artículo 30 del citado decreto. Muy diciente al respecto es el artículo 33 del mismo estatuto reglamentario.

"Las personas escalafonadas en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social que figuren en los diez (10) primeros puestos de las listas de elegibles vigentes, podrán ser nombrados en empleos, de igual denominación, clase y grado, en un nivel (Nacional, Seccional o Local) diferente a aquel para el cual se conformó la lista. Para efectuar los nombramientos a que se refiere este artículo, deberán agotarse todos los procedimientos establecidos en el presente decreto para la provisión de vacantes." (Diario Oficial, mera pricolumna, página 859, primer trimestre de 1980).

De conformidad con las normas que regulan la materia, el Instituto puede hacer tres tipos de designación; para empleos de libre nombramiento y remoción, para los "discrecionales" y para los de carrera.

Al actor lo nombró en un cargo de carrera; pero sin el lleno de los requisitos correspondientes, lo que lo dejó en calidad de empleado de libre remoción.

Finalmente, es necesario aclarar que el actor ni siquiera tenía derecho preferencial a ocupar un cargo de carrera: conforme al artículo 37 del Decreto 413 de 1980, las personas no escalafonadas, siempre y cuando figuren en los diez primeros puestos de las listas de elegibles, están colocadas en un cuarto orden de prelación para desempeñar un empleo de carrera. Los tres primeros lugares los ocupan las personas escalafonadas en carrera.

2.— Afirma el apoderado del actor que conforme a lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto Reglamentario 413 de 1980, la situación de su representado está regida por las disposiciones transitorias del mismo decreto (artículos 63 a 70). Pero sucede que cuando entro en vigencia el Decreto 413, el 28 de febrero de 1980, el demandante no estaba desempeñando ningún cargo de carrera en la planta del Instituto de Seguros Sociales, pues solo fue nombrado el 5 de marzo del mencionado año y tomó posesión del cargo el 17 del mismo mes. Luego, esas disposiciones no le son aplicables.

Pero si lo fueran, ningún beneficio derivaría de ellas el actor; pues ninguna exonera a nadie del cumplimiento de los requisitos especialmente exigidos para ingresar a la Carrera de la Seguridad Social.

Así, el artículo 63 se refiere a la provisión de ciertos cargos directivos de carrera que durante los seis meses siguientes a la expedición del decreto se podía hacer mediante *nombramiento ordinario;* pero su provisión definitiva debía hacerse por el sistema del concurso. El 64 se refiere exclusivamente a un problema de equivalencia de cargos. El 65 exime del cumplimiento de determinados requisitos a las personas vinculadas al Instituto con anterioridad al 21 de noviembre de 1978 y que vayan a ser nombradas "en empleos directivos de la nueva planta de personal del Instituto de Seguros Sociales y ser inscritas en el escalafón de la carrera", requisitos que deberán acreditar dentro de los dos años siguientes a su posesión. No se encuentran mencionados entre esos requisitos transitoriamente dispensados los que consisten en la inscripción en el registro de aspirantes, el concurso y el período de prueba. Los requisitos enumerados en el artículo 65 son exclusivamente de idoneidad. El 66 se refiere a quienes no pueden ser nombrados en cargos de carrera; el 67, a la competencia para hacer nombramientos de personas vinculadas al Instituto; el 68, a la posesión de las mismas. El 69 establece la habilitación de tiempo como período de prueba, que sería lo único que habría beneficiado si hubiera llenado la condición establecida en el artículo 71 y los requisitos sobre registro de aspirantes y concurso. El 70 en coordinación con el 69, se refiere al escalafonamiento de quienes hubieren gozado del beneficio de la habilitación de tiempo como período de prueba y prohibe desvincular discrecionalmente al funcionario mientras se expide la resolución correspondiente.

3.— Por último, la norma que cita el apoderado del actor, a folio 12 del cuaderno principal, el artículo 23 del Decreto 1651 de 1977, confirma lo que se ha dicho precedentemente sobre la necesidad de que se llenen los requisitos legales para ingresar a la carrera de la seguridad social:

"Los funcionarios de la seguridad social tienen los siguientes derechos:

"....."

"d) A ingresar a la carrera de funcionario de seguridad en la *forma y condiciones previstas en este decreto*". (Subraya la Sala).

Ciertamente el Instituto de Seguros Sociales infringió las disposiciones que regulan el nombramiento para cargos de carrera; pero también es cierto que el actor no ingresó a ella por cuanto no se cumplieron los correspondientes requisitos legales. Por consiguiente, no estaba amparado por ningún fuero de relativa estabilidad y en estas condiciones, su nombramiento podía ser insubsistente sin el lleno de ningún requisito.

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, oído el concepto fiscal,

FALLA:

1o.— No se accede a hacer el pronunciamiento inhibitorio solicitado por la Fiscalía.

2o.— Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente previa devolución de los antecedentes administrativos.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 13 de julio de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

VACANCIA DEL CARGO.— Procede tanto para los empleados de libre nombramiento y remoción como para los inscritos en la Carrera Administrativa. Dicha declaratoria de vacancia no requiere el previo adelantamiento del proceso disciplinario.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., septiembre veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejera Ponente: **Doctora Aydée Anzola Linares.**
Referencia: Expediente No. 6754.
Autoridades Nacionales.
Actor: **Pedro A. García Sánchez.**

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Pedro A. García Sánchez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa Corporación la nulidad de la Resolución No. 05114 de 15 de noviembre de 1977, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", en virtud de la cual se declaró la vacancia del cargo que desempeñaba el accionante en la

aludida entidad, y, consecuencialmente, que se le reintegre al mismo cargo y se le paguen todos los emolumentos salariales dejados de percibir, hasta cuando sea reincorporado efectivamente.

Los hechos constitutivos de la acción ejercitada aparecen consignados a folios 18 a 21 del expediente, e igualmente se indican las normas violadas y se expresa el concepto de su violación.

El Tribunal del conocimiento mediante fallo que se revisa, denegó las peticiones de la demanda por considerar, en síntesis, que con la expedición del acto acusado no se infringieron los preceptos que al efecto se indicaron como violados, decisión que fue recurrida por el apoderado judicial del actor.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se confirme la sentencia apelada, por las razones allí expresadas.

El Honorable Consejero conductor del proceso doctor Joaquín Vanín Tello, se declaró impedido para conocer el presente asunto y la Sala, al encontrar fundado su impedimento ordenó que el proceso pasara al despacho del Magistrado que le seguía en turno y se hiciera el respectivo sorteo de conjuez, habiendo sido legalmente elegido al doctor Héctor Julio Becerra, quien tomó debida posesión del cargo. (folio 147).

Rituado el juicio dentro de las prescripciones de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Solicita al señor apoderado de la parte actora que previa declaratoria de nulidad de la Resolución No. 05114 del 15 de noviembre de 1977, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) se ordene el reintegro de su mandante, y como consecuencia de ello, se le restablezca y paguen los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue separado del servicio hasta aquella en que efectivamente sea reintegrado al mismo.

El fundamento principal de la demanda radica en el hecho de que la entidad nominadora declaró la vacancia del cargo que desempeñaba el accionante, sin que tal proceder estuviera precedido del previo adelantamiento del proceso disciplinario consagrado en los artículos 149 a 167 del Decreto 1950 de 1973.

Ahora bien, en virtud del acto acusado, la entidad demandanda haciendo uso del artículo 126 del aludido decreto, declaró la vacancia del cargo desempeñado por el accionante, con base en las siguientes consideraciones: "Por medio de la Resolución 01897 del 2 de mayo de 1967, la Sub-gerencia administrativa del Instituto trasladó a partir del 1o. de julio de 1977 al funcionario Pedro Antonio García Sánchez, Técnico Agropecuario IV-15 del Proyecto Cundinamarca No. 1-Boyacá al proyecto Norte de Santander.

"Según informaciones suministradas por las Gerencias Regionales de los Proyectos Cundinamarca No. 1 Boyacá y Norte de Santander, el señor García Sánchez no dió cumplimiento a la resolución de traslado, sino que continúo laborando en el primero de ellos hasta el día 2 de septiembre del presente año y durante los días 5 y 6 del mismo mes, estuvo en las oficinas centrales del INCORA adelantando trámites con la finalidad de definir su situación administrativa. El señor García Sánchez desde el 7 de septiembre no se presenta a laborar en su sede sin tener una causa justificada para hacerlo." (folio 11).

Conforme a lo planteado por el apoderado del demandante el primer aspecto que se debe dilucidar es el relativo a la facultad de la administración para remover a uno de sus empleados escalafonados en la Carrera Administrativa (folios 54-57) mediante la declaración de vacancia del cargo desempeñado, sin tener en cuenta el procedimiento disciplinario consagrado en la ley.

De acuerdo a lo anterior, es evidente que la declaratoria de vacancia por abandono del cargo procede tanto para los empleados de libre nombramiento y remoción como para los inscritos en la Carrera Administrativa, por cuanto, de una parte, los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 que regulan la Administración del personal civil que presta sus servicios en la Rama Administrativa no establece ninguna limitación en cuanto al ámbito de aplicación y de otro lado, los artículos 47 y 239 del los mismos decretos respectivamente, señalan que la cesación definitiva de funciones por cualquiera de las causales indicadas en los artículos 25 y 105 dentro de los cuales se encuentra el abandono del cargo, implica el retiro del empleado de la Carrera Administrativa, salvo el caso de supresión del empleo.

Conforme a los artículos 25 del Decreto 2400 de 1968 y 105 del Decreto 1950 de 1973, las causales de retiro de los servidores son, entre otras, la insubsistencia de otro nombramiento, la renuncia regularmente aceptada, la supresión del empleo, el reconocimiento de la pensión de jubilación, la invalidez absoluta, la edad de retiro, la destitución y el abandono del cargo.

Significa lo anterior, que el abandono del cargo es una figura independiente, con características especiales que la distinguen de las demás causales de retiro, toda vez que el mismo decreto los regula en los artículos 126, 127 y 128.

Con fundamento en lo expuesto, es indiscutible que la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no requiere el previo adelantamiento del proceso disciplinario, pues éste está reservado, como ya se vió, a las investigaciones que puedan dar lugar a la imposición de una de las sanciones disciplinarias, dentro de las cuales no se encuentra la declaratoria de vacancia por abandono del cargo.

En el asunto *sub-júdice*, debe analizarse si la administración cumplió con la exigencia de la verificación del abandono y con la averiguación preliminar sobre la ausencia de una causal justa. En la motivación de la resolución impugnada se lee que el actor fue trasladado desde el 1o. de julio de 1977 al proyecto Norte de Santander, sin que se hubiera presentado en su nueva sede ni hubiera informado a la entidad nominadora las circunstancias debidamente justificadas que comprobaran su no presentación al lugar de trabajo.

Por consiguiente, debe estudiarse si el apoderado del demandante desvirtuó la presunción de legalidad que ampara la resolución cuestionada pues en tal evento, ésta adolecería de falta de motivación la cual conforme a reiterada jurisprudencia de la Corporación determinaría la nulidad del acto.

Pero ocurre sin embargo, que durante la etapa probatoria propia del juicio, el demandante no aportó los elementos de juicio pertinentes que permitieran deducir la existencia de una causa justificativa para abandonar el empleo que fue declarado vacante. Síguese de lo anterior, que la presunción de legalidad que asiste a la resolución impugnada no fue destruida durante el juicio, razón por la cual, procede un pronunciamiento denegatorio de las súplicas del libelo.

Como la sentencia del Tribunal sigue los mismos lineamientos jurisprudenciales a que se ha hecho referencia y en igual forma lo solicita la Agencia del Ministerio Público, aquella habrá de confirmarse.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su fiscal colaborador

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 9 de octubre de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de septiembre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Héctor Julio Becerra, Conjuez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CARGA DE LA PRUEBA.— Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., septiembre cuatro (4) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente No. 4233. —Apelación—.
Actor: **EMPRESA AUTO LEGAL LTDA.**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de julio 2 de 1983, mediante la cual el tribunal administrativo de Caldas denegó las súplicas de la demanda, orientadas a la nulidad de las resoluciones No.008 y 011 de mayo 25 y julio 3 de 1981, respectivamente, expedidas por la agencia de Manizales de la Corporación Financiera del Transporte y por su director general, y en las que se impuso una multa a la Empresa "Auto Legal Ltda." y se negó el pago de un subsidio de transporte.

Basó su negativa el *a-quo*, fundamentalmente, en los siguientes apartes de su motivación:

"El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil dispone que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, es decir, que las pruebas constituyen la base esencial en toda sentencia, pues son las que deben demostrar los hechos alegados en la demanda, son las que deben decir al fallador si el accionante tiene razón en las proposiciones que ha consignado o formulado en el libelo inicial, y que, como lo tiene dicho la jurisprudencia, no solo del Consejo de Estado sino también de la Corte Suprema de Justicia, tienen por finalidad depararle al juez la convicción de la verdad y permitirle verificar la realidad de lo afirmado por el demandante en el libelo demandador, o por las demás partes intervinientes en el proceso en sus respectivos memoriales. En otras palabras, y como también lo dice la

jurisprudencia de nuestros más altos Tribunales, se debe demostrar en el juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho invocado, en tal forma que si el interesado en aducir la prueba no lo hace", "o la da imperfectamente, o se descuida o se equivoca en su papel de probar, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones".

"En este orden de ideas, afirma la Sala que el presente proceso carece de las pruebas respectivas que hubieran demostrado los hechos alegados en la demanda por el accionante, por lo que, como lo afirma el señor Fiscal Colaborador, no tiene la base fundamental para cimentar la sentencia, puesto que en el expediente solo hay afirmaciones de la parte demandante, afirmaciones que no probó durante el plenario. Por lo mismo, al no haber el actor demostrado los hechos en los que apoya sus pedimentos, necesariamente han de rechazarse las pretensiones formuladas en el libelo inicial, pues se desconoce el contenido de las cartulinas, planillas de despacho, las cuentas de cobro presentadas por la Empresa Autolegal Ltda. correspondientes al período del 25 de enero al 24 de febrero de 1981, así como de los informes D5-004 y D5-006 de febrero 16 y 23 de 1981 de que habla el primer acto administrativo aquí acusado, y cuestiones éstas que, al parecer, controvierte la Empresa Autolegal Ltda".

.....

"Sostiene, entonces, la Sala que no hay base probatoria para apoyar una decisión favorable a las pretensiones aquí formuladas, porque el demandante no demostró los hechos que aduce en el libelo inicial. Pero con relación a este punto podría afirmarse que el actor sí solicitó en la misma demanda la práctica de pruebas, precisamente para darle base jurídica a lo alegado en la misma, a los hechos consignados. Ello es cierto, pero debe advertirse que esa no era la oportunidad procesal para impetrar pruebas, pues sólo, como lo tiene dicho el Honorable Consejo de Estado, tal petición debe hacerse durante el término de fijación en la lista, sin perjuicio, obviamente, de acompañar al libelo las que se pretenda hacer valer. Por tanto, el actor debió de ratificar su solicitud de pruebas dentro del lapso que se habla, y como así no lo hizo, tal como consta en el expediente, folios 42 vto. del cuaderno principal, en donde se lee que se fijó en lista y que transcurrió el término sin petición, fijación que se verificó según se dijo también en el auto admisorio, folios 37 *ibídem* significa ello que el demandante nada demostró, por lo que las peticiones de la demanda se deben negar por carencia de pruebas".

Descontenta la parte actora con la decisión interpuso el recurso de apelación. Cumplido el trámite, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal la sentencia merece ser confirmada. Así, en su vista de 16 de julio del presente año, manifiesta:

"Estudiado el proceso, se encuentra efectivamente y tal como lo afirma la sentencia apelada, dentro de él no se aprobó por quien tiene la carga de la prueba, el actor, los supuestos de hecho y de derecho en que funda su pretensión, lo que trae como consecuencia la denegación de las súplicas formuladas en la demanda con que se inició el proceso.

"Y aunque en la demanda, en el capítulo Pruebas, se solicitó la práctica de algunas que pudieran haber demostrado que las resoluciones acusadas efectivamente deben ser anuladas, al momento de la fijación en lista, término este para pedir pruebas, no se ratificó la solicitud por la actora, y al proceso, como se dijo, no se allegó ninguna de ellas, lo que hace imposible la prosperidad de la acción.

"Se observa, que durante el trámite de segunda instancia, el interesado no mostró ningún interés en mejorar la situación anotada en la sentencia".

Asiste la razón tanto al tribunal como a la fiscalía. La actora no satisfizo la carga probatoria. Desaprovechó para el efecto las oportunidades que le brinda la ley, no sólo en la primera instancia, sino en ésta. Durante las fijaciones en lista respectivas guardó silencio. Como también guardo silencio ante el decreto de las pedidas en la demanda y cuando el *a-quo* no las decretó en su integridad.

Es un principio de derecho probatorio que para lograr que el juez dirima una controversia aplicando las normas de derecho que precisamente han de restablecer el equilibrio violado, es necesario demostrar en forma plena los actos o hechos jurídicos de donde proceda el derecho, o nazca la obligación invocada. Así, si el interesado en dar la prueba de los hechos básicos de la pretensión no lo hace o la da imperfectamente o descuidada, el resultado le será forzosamente adverso.

Toda resolución en materia contenciosa administrativa debe fundarse en los hechos de la demanda y en las excepciones y descargos de la administración, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen evidenciados de manera satisfactoria, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios compatibles con la clase de controversia debatida.

Ninguna de las partes goza en el proceso colombiano del privilegio especial de que se tengan por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de éstas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

Lo enunciado atrás no es más que la traducción de principio de la carga de la prueba; principio que está contenido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y que no es más que la concreción o síntesis de la doctrina elaborada por los procesalistas a este respecto. Así, de acuerdo con el aludido texto "incumbe a las partes probar el supesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen".

En conclusión y por los vacíos probatorios anotados, la decisión del tribunal deberá ser confirmada, ya que acata los principios legales y se ajusta a las orientaciones doctrinarias existentes en torno al fenómeno procesal aquí expuesto.

Estima la Sala finalmente que no se violó el debido proceso en el caso *sub-júdice*. Debía insistir el demandante en la práctica de las pruebas enunciadas en la demanda, cuando el *a-quo* decretó las pedidas por la parte demandada. Igualmente pudo aprovechar esta segunda instancia con toda su amplitud porque la Ley 167 de 1941, vigente a la sazón, permitía, sin restricciones, la solicitud de pruebas en dicha oportunidad. No lo hizo, entendiéndose así subsanada cualquier inconformidad al tenor del inciso final del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Además, el no decreto de las pruebas pedidas con la demanda no alcanzó a configurar nulidad procesal porque en materia de pruebas, la causal tiene unos alcances específicos y limitados, como que se refiere solo a la omisión de términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas; eventualidades que no se dieron en el presente caso.

Está pues, ajustada a la ley la decisión recurrida.

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

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de julio 2 de 1983 dictada por el tribunal administrativo de Caldas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

EXPROPIACION DE PREDIOS.— ¿A qué obedece? Medios para concretar expropiaciones (artículo 54 de la Ley 135 de 1961).— Causas de expropiación.— (artículo 58 de la Ley 135 de 1961, subrogado por el artículo 23 de la Ley 4a. de 1973, sobre tierras adecuadamente explotadas, artículo 59 Bis de la Ley 135 de 1961).— Procedimiento de expropiación (artículo 54 de la Ley 135 de 1961, y 61 *ibídem*). — ADQUISICION DE PREDIOS.— Por medio de la negociación directa o a través de la expropiación. Instrumentos de adquisición.

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

Consejero ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente No. 3006. INCORA.
Actor: **Nacianceno Vélez Chavarriaga.**

I

A. En demanda presentada, a través de apoderado, por el señor NACIANCENO VELEZ CHAVARRIAGA, el día 16 de julio de 1980, se pide que por los trámites de un proceso ordinario se declare "la NULIDAD de las resoluciones Números 109 de 12 de septiembre de 1979 y 005 de 13 de febrero de 1980, emanadas ambas de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, y, en su lugar, disponer que por la misma Junta Directiva se proceda a ordenar la desafectación de los predios a que ellas se refieren".

B. Como fundamento de hecho de las pretensiones, se expuso:

"1o.— El Gerente Regional del Proyecto Antioquia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, por medio de las Resoluciones Números 560 y 582 de 2 y 17 de diciembre de 1975, afectó los predios El Tablazo No. 2. El Ciruelar, y La Tubada, con sus anexos El Pulpito y El Lagunero, ubicados en los Municipios de Olaya y SOPETRAN del Departamento de Antioquia, de propiedad de mi mandante.

"2o.— La orden de adquisición de tales predios se hizo por solicitud de varios arrendatarios que laboraban en las fincas afectadas, mediante contratos verbales de aparcería.

"El proceso administrativo se tramitó en forma normal hasta producirse dos resoluciones, las Números 00380 y 003, ambas del 26 de enero de 1977, emanadas de la Gerencia General y la Honorable Junta Directiva del INCORA, por medio de las cuales se decretó la expropiación de los mencionados predios.

"3o.— En vista de lo anterior y para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 6a. de 1975, se suscribieron los contratos de aparcería con todos los requisitos legales, en orden a buscar su desafectación.

"4o.— Por medio de memorial dirigido a la Honorable Junta Directiva del Instituto, mi poderdante solicitó la desafectación, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, por cuanto la afectación de los predios se hizo por la existencia de aparceros y, por tanto, el fundamento jurídico de las citadas resoluciones era, a no dudarlo, el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961.

"5o.— La Honorable Junta Directiva decidió la petición formulada, negando la solicitud de desafectación por improcedente, por cuanto la adquisición obedece a un programa de parcelación, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 135 de 1961.

"6o.— Contra esta resolución impetró el recurso de reposición, el cual fue decidido negativamente por medio de la Resolución Número 005 de 13 de febrero del año en curso".

C. Considera el libelista como normas violadas los artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional, artículos 1o., 54, 59, 58, 61, 104 y 104 bis de la Ley 135 de 1961, artículo 29 de la Ley 6a. de 1975.

II

La señora Fiscal Segunda de esta Corporación, en su vista de fondo, solicitó se negaran las súplicas de la demanda. Para llegar a esa conclusión expuso:

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante el procedimiento legal señalado en las normas agrarias y por la Resolución Número 00380 y 003 del 26 de enero de 1977, emanadas por la Gerencia General y la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria decretó la expropiación de los predios EL TABLAZO No. 2, EL CIRUELAR Y LA TUBEDA, con sus anexos EL PULPITO y EL LAGUNERO, ubicados en la jurisdicción de los Municipios de Olaya y Sopetrán del Departamento de Antioquia.

"Tales resoluciones quedaron en firme, una vez surtida la consulta ante el Tribunal, pero el propietario, hoy demandante, solicitó al INCORA, por medio de memorial dirigido a la Junta Directiva, la desafectación de tales predios, con base en el artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, solicitud que fue denegada mediante la Resolución Número 0109 de 12 de septiembre y confirmada por la Resolución 005 de 13 de febrero de 1980, ambas demandadas dentro del presente proceso.

"Se afirma en la Resolución 0109 que denegó la solicitud de desafectación, lo siguiente:

"Para efectos de decidir esta solicitud, basta observar que la adquisición de estos inmuebles obedece a un programa de parcelación, fundado en el artículo 54 de la Ley 135 de 1961 y no al cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 59 Bis del mismo Estatuto Agrario (programa de pequeños arrendatarios y aparceros). Dispone el artículo 29 de la Ley 6a. de 1975 que los propietarios de predios rurales que celebren los contratos de aparcería que regula la citada ley, podrán obtener la desafectación de los mismos, en caso de que, con base en el artículo 59 Bis de la Ley 135 de 1961, se encontraren en proceso de adquisición por este Instituto.

"De lo anterior se infiere que la petición formulada por el apoderado, es improcedente, por lo cual esta Junta Directiva en virtud de lo dispuesto por el Inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 135 de 1976,

RESUELVE:

"ARTICULO UNICO. Negar la solicitud de desafectación de los predios EL TABLAZO No. 2 LA TUBEDA Y EL CIRUELAR, ubicados en jurisdicción de los Municipios de OLAYA Y SOPETRAN, Departamento de ANTIOQUIA, propiedad del señor NACIANCENO VELEZ CHAVARRIAGA".

"Efectivamente, la Ley 135 de 1961 artículo 54, facultó al Instituto Colombiano de la reforma Agraria para adquirir tierras o mejoras de propiedad privada, lo mismo que las que tengan carácter de bienes patrimoniales de las entidades de derecho público, con el objeto de dar cumplimiento a los fines señalados en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 1o. de la Ley 135, así como, y en la cabida adecuada, "para establecer los servicios públicos necesarios para la respectiva zona, lo mismo que granjas de demostración o experimentación, estaciones de maquinaria agrícola, escuelas, almacenamientos, lotes para instalación y funcionamiento de las concentraciones rurales, edificación de locales para las cooperativas agrícolas y para la instalación de equipos, maquinaria y dotación fabriles de industrias de transformación de productos agrícolas; y además, superficies de terrenos colindantes con las unidades agrícolas familiares, para destinarlas a tierras comunales de pastoreo, donde ello estuviere indicado y en la cabida complementaria correspondiente a la explotación económica de aquellas. Igualmente, queda facultado para dichas adquisiciones con el objeto de facilitar las obras de riego y avenamiento, el tránsito, los transportes, la fundación de aldeas o núcleos rurales y el ensanchamiento del perímetro de poblados rurales que tengan menos de veinticinco mil (25.000) habitantes, a solicitud del correspondiente municipio y en la extensión adecuada para los servicios públicos y la vivienda de los respectivos moradores.

"Si los propietarios de las tierras o mejoras que se considere necesario adquirir no las vendieren o permutaren voluntariamente, el Instituto podrá expropiarlas sujetándose a lo que dispone esta ley. De acuerdo con el artículo 30 de la Constitución Nacional, se declara que hay interés social y utilidad pública en la adquisición de tales tierras y mejoras".

"Con base en el artículo anteriormente transcrito, el INCORA por medio de la Resolución Número 00380 de enero 26 de 1977 (folio 137 Cd. No. 1) expropió los terrenos de propiedad del señor NACIANCENO VELEZ CHAVARRIAGA.

"Por su parte el artículo 29 de la Ley 7a. de 1975 prevee: "Los propietarios de predios rurales que celebren los contratos de aparcería que regulan esta ley, podrán obtener la desafectación de los mismo o de la porción respectiva, *en caso de que, con base en el artículo 59 Bis de la Ley 135 de 1961 se encontraren en proceso de adquisición por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria*".

"La desafectación a que alude el artículo 29 de la Ley 6a. de 1975 solamente procede cuando la expropiación se haya hecho para los fines a que claramente alude el artículo 59 Bis de la Ley 135 de 1961 (arrendamiento, aparcería, u otro contrato de índole semejante).

"Lo anterior es suficiente para concluir entonces y sin necesidad de más elucubraciones jurídicas, que sin base en la Ley 6a. de 1976 se solicita la desafectación de un predio por el interesado, se deben cumplir los requisitos que la ley exige para tal efecto; pero si como quedó establecido en el presente caso, la expropiación fue hecha para los fines del artículo 54 de la Ley 135 de 1961, no era procedente, como acertadamente lo dice el INCORA, la mencionada desafectación.

"Por las anteriores consideraciones, esta Agencia del Ministerio Público solicita a la Honorable Sala negar las súplicas de la demanda".

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Como es sabido diversas formas de *adquisición de predios* tiene previsto el estatuto agrario en favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria bien por medio de la negociación directa, ora a través de la expropiación, según el fin perseguido para el respectivo programa, y siempre asistido de procurar una distribución racional y justa de la tierra y un aprovechamiento social y dentro del ámbito del bien común, como aparece del propósito fijado por la Ley 135 de 1961.

2. Para el logro de los fines impuestos por la ley agraria, se crearon *instrumentos* de acción para la adquisición de las tierras, entre los que se encuentra el de la expropiación, partiéndose de la aplicación del principio de utilidad social y pública conque se hace relevante esta materia. Así mismo, *la expropiación obedece a varias causas*, o, mejor, para diversos propósitos mediatos, del ejercicio natural de la propiedad rural, *y la explotación económica de* las tierras incultas o inadecuadamente explotadas.

3. La ley, entonces, particulariza, los *medios para concretar las expropiaciones*. Por eso, se aprecia en el artículo 54 de la Ley 135 de 1961, la facultad que se le concede al INCORA para adquirir tierras o mejoras de propiedad privada lo mismo que las que tengan carácter de bienes patrimoniales de las entidades de derecho público, con el objeto de dar cumplimiento a los fines señalados en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 1o. de la presente ley, así como, y en la cabida adecuada, para establecer los servicios públicos necesarios para la respectiva zona, lo mismo que granjas de demostración o experimentación, estaciones de maquinaria agrícola, escuelas, almacenamientos, lotes para instalación y funcionamiento de las concentraciones rurales, edificación de locales para las cooperativas agrícolas y para la instalación de equipos, maquinaria y dotación fabriles de industrias de transformación de productos agrícolas; y además, superficies de terrenos colindantes con las unidades agrícolas familiares, para destinarlas a tierras comunales de pastoreo, donde ello estuviere indicado y en la cabida complementaria correspondiente a la explotación económica de aquellas. Igualmente, queda facultado para dichas adquisiciones con el objeto de facilitar las obras de riego y avenamiento, el tránsito, los transportes, la fundación de aldeas o núcleos rurales o el ensanchamiento del perímetro de poblados rurales que tengan menos de veinticinco mil (25.000) habitantes, a solicitud del correspondiente municipio y en la extensión adecuada para los servicios públicos y la vivienda de los respectivos moradores.

Y frente a ese propósito de ley, que pueda ser enfrentado a la voluntad del particular, en el sentido de no negociarlo por la vía directa, se suministra el medio instrumen-

tal de la expropiación, de acuerdo a sujeción de las reglas pertinentes —artículo 61—. Es decir, la permisión de la expropiación, para los casos recogidos en el artículo 54, debe tener una correspondencia exacta, porque de no ocurrir se entraría en el campo de la desviaciación de fines.

4. Otras causas de expropiación están consignadas en el artículo 58 de la Ley 135 de 1961, subrogado por el artículo 23 de la Ley 4a. de 1973, y que pueden recaer sobre tierras adecuadamente explotadas para:

"1. Cuando la superficie de una zona de minifundio deba ensancharse con propiedades colindantes o próximas, para hacer posible el establecimiento de unidades de explotación individuales o asociativas en extensión adecuada.

"2. Para facilitar a los pequeños arrendatarios o aparceros la adquisición o ensanche de las parcelas en que han venido trabajando o su establecimiento sobre otras tierras de la misma región, cuando esto último sea más apropiado o cuando la adquisición sea necesaria para establecer a pequeños propietarios, arrendatarios o aparceros de la vecindad, ocupantes de tierras que hayan de ser puestas fuera de explotación.

"3. Para la reestructuración de resguardos indígenas y, en general, para dotar de tierras a las comunidades civiles indígenas, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 135 de 1961. Para estos fines se afectarán los predios colindantes o próximos a dichos resguardos o comunidades.

"4. Para adelantar otros programas en regiones donde exista considerable número de campesinos sin tierra y en circunstancias económicas precarias, y dichos programas se adelanten en la misma región y en beneficio de estos campesinos, especialmente en los casos previstos en la regla 1a. del artículo 57, siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional.

"El Ministerio de Agricultura, por medio de resoluciones de orden general y previo concepto favorable del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria, establecerá, tanto los productos que son de alto interés nacional como los niveles de productividad que sirvan para determinar las condiciones de eficiencia.

"5. Para la construcción, reparación o mantenimiento de las vías de acceso a las zonas rurales.

"6. Para la instalación en las zonas rurales, de los servicios públicos, lo mismo que para centros de investigación, concentraciones de desarrollo, escuelas, locales para industrias agrícolas, cooperativas y centros de conservación o almacenamiento de productos agropecuarios.

"7. Para la fundación de núcleos o aldeas rurales, o para el ensanche del perímetro urbano de poblaciones de menos de veinticinco mil habitantes, a solicitud del municipio respectivo, previo concepto favorable de la Oficina de Planeación del Departamento donde esté ubicado el núcleo rural que solicita ensancharse.

"8. Para la realización de las obras y programas de distritos de riego de que trata el capítulo XII de la presente ley".

5. Así mismo, el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961 también otros casos o situaciones en las que se puede expropiar por parte del INCORA:

"Los fundos o porciones de éstos que en 13 de diciembre de 1961 eran explotados por medio de arrendamientos, aparcería u otro contrato de índole semejante, los explotados ordinariamente de la misma manera con posterioridad a esa fecha y los explotados en igual forma en 7 de diciembre de 1966, en cuanto la extensión de cada población no exceda de la cabida indicada en el parágrafo primero del artículo 104 Bis.

"De lo dispuesto en el inciso anterior se exceptúan los predios explotados por medio de contratos de arrendamiento, aparcería y similares, prorrogados en virtud del artículo 104 que hayan 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 del procedimiento administrativo señalado en el Decreto 291 de 1957 y siempre que con posterioridad a dicha terminación hayan continuado siendo explotados directamente por los propietarios.

"En las adquisiciones a que se refiere el inciso primero y en las de los fundos a que se refiere el numeral 3 del artículo 55, el valor de las tierras se cubrirá así: una mitad en quince (15) contados anuales con intereses del 7% anual y la otra mitad en Bonos Agrarios de clase "B", pero si para formar unidades agrícolas familiares fuere necesario adquirir tierras aledañas a las que se están explotando en la forma de que trata el inciso primero, el pago de ellas se regirá por las normas generales de la presente ley.

"Los tenedores de tierras a que se refiere el inciso primero, tendrán derecho preferencial a que el Instituto se las adjudique en propiedad si se hallaren en condiciones de seguir explotándolas con su trabajo personal y el de su familia.

"En caso de insuficiencia de tierras adecuadas para la formación de unidades agrícolas familiares de acuerdo con la naturaleza de la zona, clase de suelos, aguas, ubicación, relieve y posible naturaleza de la producción, para ubicar arrendatarios y aparceros ya establecidos, el propietario no podrá ejercer la facultad concedida por el artículo 58 y su derecho de exclusión no excederá la superficie correspondiente a una unidad agrícola familiar, si el Instituto estimare indispensable una porción adicional del fundo para ensanchar las parcelas de los tenedores mencionados.

"El Instituto solamente podrá adquirir predios aledaños adecuadamente explotados, en caso de que las tierras ocupadas por pequeños arrendatarios y aparceros no alcancen para formar las "unidades agrícolas y familiares" que con destino a ellos requiera el Instituto. En este caso el propietario sólo tendrá un derecho de exclusión equivalente a una unidad agrícola familiar.

"Si los propietarios de las tierras a que se refieren los incisos anteriores, no desearen conservar ninguna parte de su propiedad, el Instituto deberá adquirirlas siempre que la porción que tendría derecho a reservar el dueño sea inferior a cincuenta (50) hectáreas o equivalente a menos del 50% del área original del predio y su pago se efectuará en la forma prevista en el artículo 62 de esta ley.

"La Junta Directiva, con la aprobación del Gobierno, dictará los reglamentos concernientes a las adjudicaciones que prevé el inciso cuarto de este artículo y en ellos adoptará las medidas necesarias para facilitar las operaciones de concentración parcelaria, proveer a la formación de "unidades agrícolas familiares" y asegurar una adecuada explotación de estas. Tales reglamentos podrán contemplar la expedición de títulos provisionales, sujetos a los cambios que la formación de "unidades agrícolas familiares" hace necesarios y establecer para el pago de las tierras por parte de los adjudicatarios condiciones más favorables que las que con carácter general contempla esta ley".

6. Es decir, bajo el reiterado propósito del bien común en la distribución de las tierras, de la utilización y explotación de las mismas, se muestran las modalidades de expropiación, que, a manera enunciativa, se han señalado. Igualmente, las leyes agrarias se encargan de fijar el procedimiento para los distintos casos o eventos de expropiación, en procura de una armonía entre la reglas que permiten esta forma de adquisición y las que regulan instrumentalmente su materialización.

7. Precisamente, para los casos de expropiación, de que trata el artículo 54 de la Ley 135 de 1961, el artículo 61 *ibídem* establece el procedimiento. El que se tramita por las causas y formas de los citados preceptos, y, consiguientemente, lo que se decida, adquiere, en lo que atañe a la expropiación, toda fuerza decisoria que la ley le destaca, no solo en virtud de la presunción de legalidad del acto sino de la calificación que allí se haga.

8. En el caso *sub-júdice* se está frente a la expropiación de unas tierras, con fundamento o con causa en el artículo 54 de la Ley 135 de 1961. Las Resoluciones 00380 y 003 del 26 de enero de 1977, emanadas de la Gerencia General y de la Junta Directiva del INCORA, respectivamente decretaron la expropiación de los predios "El Tablazo" No. 2. "El Ciruelar" y "La Tubeda", con sus anexos "El Pulpito" y "El Lagunero". Y el Tribunal Administrativo de Antioquia, por su parte, cumplido los trámites de rigor, declaró viable las expropiaciones de los mencionados predios. Y todo lo realizado enderredor de los actos de adquisición en comento adquirió la firmeza de lo administrativamente cumplido y judicialmente ejecutoriado. No puede existir, pues, duda alguna, que las expropiaciones se hicieron, y así hay que tenerlas, para los fines apuntados en el artículo 54. De este modo, no puede ser materia de controversia o discusión sobre el particular, en este asunto, cuando lo que se controvierte es la legalidad de actos distintos, o sea, de aquellos que negaron la desafectación de los predios expropiados. Esto es, los reparos que se formulen sobre si la adquisición, por medio de la expropiación, estuvo ajustada a la realidad invocada no puede ser objeto de discusión en el presente proceso. Toda controversia ha debido plantearse en su oportunidad, que no era otra que la tramitación de la expropiación.

9. Hechas las precisiones anteriores, se debe entrar a estudiar si la desafectación pedida por el demandante, y que fuera negada por las resoluciones 0109 de 12 de septiembre de 1979 y 005 de 13 de febrero de 1980 de la Junta Directiva del INCORA, están amparadas de legítimo reclamo, que permitan invalidar los actos acusados.

10. Es verdad, y así se tendrá por sabido con la fuerza de legalidad de las resoluciones de expropiación, que la adquisición de los predios obedeció a un programa de parcelación, dentro del marco de aplicación fijado en el artículo 54 de la Ley 135 de 1961. También lo es que la desafectación invocada descansa sobre el mandato del artículo 29 de la Ley 6a. de 1976, que a su tenor dice:

"Los propietarios de predios rurales que celebren los contratos de aparcería que regula esta ley, podrán obtener la desafectación de los mismos o de la porción respectiva, en caso de que, con base en el artículo 59 bis, de la Ley 136, se encontraran en proceso de adquisición por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria".

11. Debe guardar, entonces, concordancia o armonía la desafectación que se invoque con la causal o razones de la adquisición, y más concretamente, con la expropiación en sí considerada, puesto que el artículo 29 citado, de manera expresa, permite la tramitación, para los efectos de la desafectación cuando se encontrare en proceso de adquisición y para los casos o situaciones derivadas de la expropiación de los fondos o porciones de éstos que en 31 de diciembre de 1961 eran explotados por medio de arrendamientos, aparcería u otro contrato de índole semejante, los explotados ordina-

riamente de la misma manera con posterioridad a esa fecha y los explotados en igual forma en 7 de diciembre de 1966, en cuanto la extensión de cada explotación no exceda de la cabida indicada en el parágrafo primero del artículo 104 de la Ley 135. Esto indica, que la desafectación no puede lograrse cuando la expropiación ha tenido como fundamento los eventos enunciados en el artículo 54 ni en ninguno otro.

Y la razón es obvia: el propietario de un predio, contra quien se adelanta los trámites de expropiación con base en el artículo 59 bis, ante la ley agraria si explota el bien, lo que ocurre si lo hace en un determinado momento por medio de contrato de tenencia con terceros, y que si, luego, demuestra la existencia de contratos de aparcería, esto de arrendamiento con pago de la renta o cánon con base en el rendimiento o frutos del inmueble dado en locación, puede evitar la desafectación si acredita la explotación económica en los términos indicados. Por lo anterior, no se hace extensivo a los otros casos de expropiación por obedecer a razones de utilidad distinta.

12. Fluye, pues de lo dicho, que las resoluciones acusadas están asistidas de toda la legalidad que el ordenamiento agrario impone. De ahí, que se han de negar las pretensiones del demandante, sin mayores disquisiciones jurídicas.

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.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

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

ENCAJE BANCARIO.— DEFECTOS DE ENCAJE.— SANCION PECUNIARIA A FAVOR DEL TESORO NACIONAL.— La sanción por defecto diario de Encaje no es una invención de la Junta Monetaria, puesto que el artículo 11 del Decreto 756 de 1951, derogado expresamente por el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973 la consagraba.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., septiembre veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Referencia: Expediente No. 8048.
Actor: **Hernán Darío Zea Llanos y Bernardo Patiño Fajardo.** Autoridades Nacionales.— Demanda de nulidad del artículo 8o. de la Resolución Número 50 de agosto 14 de 1974 expedida por la Junta Monetaria.

1o. Los ciudadanos Hernán Darío Zea Llanos y Bernardo Patiño Fajardo identificados con las cédulas de ciudadanías Números 1.913.116 y 19'196.571 respectivamente, obrando en forma conjunta, en su nombre personal, y en ejercicio de la acción de que tratan los artículos 62 y 66 del Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 29 de febrero del año en curso, demandan al Consejo de Estado que decrete la nulidad del artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 expedida por la Junta Monetaria, en ejercicio de las facultades que le fuerón conferidas por el legislador en el Decreto-Ley 2206 de 1968 y el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1923.

2o. El actor desarrolla su acusación diciendo en los "Hechos" de su demanda, que la Ley 7a. de 1923, en su artículo 23 inciso 1o., literal a), facultó a la Junta Monetaria para:

"Establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas, y que el inciso 3o., literal a) del artículo 23 de la citada Ley 7a. de 1923 estableció que "en los anteriores términos, modifícase el ordinal g) del artículo 8o. del Decreto 2206 de 1963 y el artículo 11 del Decreto 756 de 1951".

Quedan en todo caso vigentes los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925" (lo subrayado es de la demanda).

Agrega que el artículo 32 de la Ley 45 de 1923, cuya vigencia se mantuvo por el artículo 28 de la citada Ley 7a. de 1975, preceptúa que:

"Si cualquier establecimiento bancario a que sea aplicable la presente ley, excepto el Banco de la República, no mantuviere el encaje legal exigido, el Superintendente le impondrá una multa que no exceda del uno por ciento (1%) del promedio de diferencia en los primeros veinte (20) días en que aquella dure, y no mayor del dos por ciento (2%) del promedio de deficiencia por cada período subsiguiente de veinte (20) días" — (lo subrayado es de los actores).

A continuación cita el artículo 3o. de la Ley 17 de 1925, que también quedó vigente, desde donde dice:

"Las multas por deficiencia del encaje legal de que trata el artículo 32 de la citada Ley 45 *podrán imponerse, aunque tales deficiencias no duran por veinte (20) días consecutivamente, cuando a juicio del Superintendente el establecimiento bancario respectivo apelare a medios inconvenientes o inseguros para cubrir tales deficiencias"* (lo subrayado es del texto).

Enseguida para referirse a la Resolución 50 de agosto 14 de 1974 de la Junta Monetaria y expone que en el Capítulo III establece las sanciones por defectos y situación de desencaje, señalando en el artículo 8o., cuya nulidad se pide, que "sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925, por los defectos de encaje legal en que incurriere un establecimiento bancario, *la Superintendencia Bancaria aplicará una sanción pecunaria a favor del Tesoro Nacional del 2.5% mensual sobre tales defectos, liquidados con base en los saldos diario"* (lo subrayado es de la demanda).

Concluye con la afirmación de que el artículo 8o. acusado viola el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, el artículo 32 de la Ley 46 de 1923 y el artículo 3o. de la Ley 17 de 1925.

3o. Al desarrollar el concepto de la violación dice que el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, facultó a la Junta Monetaria para establecer sanciones por incumplimiento de las normas sobre encaje y definir las infracciones a tales normas, advirtiendo, sin embargo, la vigencia de los artículos 32 de la Ley 45 de 1929 y 3o. de la Ley 17 de 1925, cuyo régimen constituía marco preciso para el ejercicio de aquella facultad". Concluyendo la demanda que la sanción que puede imponer el Superintendente Bancario, conforme a las normas quebrantadas, no puede exceder del uno por ciento (1%) del promedio de deficiencia por los primeros veinte días (20) consecutivos y, de no más del dos por ciento (2%) del promedio de deficiencia por cada período subsiguiente de veinte días, por lo cual si la deficiencia en el encaje no dura veinte (20) días consecutivos, la sanción anterior solo podrá imponerse "si a juicio de aquel funcionario la entidad respectiva apeló a métodos inconvenientes o inseguros para cubrir tales deficiencias"; sin embargo la Junta Monetaria "excendiendo las facultades conferidas por el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, fijó en el artículo acusado, la sanción por desencaje de los establecimientos bancarios, con palmario desconocimiento de las disposiciones legales cuya violación invoca, variando radicalmente tanto el monto de la sanción como el período base para su liquidación".

4o. La demanda fue admitida y tramitada en forma legal; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público constituyó apoderado especial, el cual se opone a que se acepten las súplicas de la demanda precisando las distintas situaciones que pueden presentarse en relación con el encaje legal de los Bancos y demás instituciones financieras así:

a) Defecto diario de encaje, que sanciona el artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974; y que sanciona con multa del 2.5% en cada uno de los días hábiles en que la entidad estuvo desencajada; esta situaciación también la previó el artículo 11 del Decreto 756 de 1951 y la Resolución 40 de 13 de agosto de 1969;

b) Deficiencia consecutiva de encaje durante veinte días hábiles, que es la situación prevista en el artículo 32 de la Ley 45 de 1923;

c) Utilización de medios inseguros o inconvenientes para cubrir la deficiencia de encaje, que es lo previsto en el artículo 3o. de la Ley 17 de 1925.

Continúa exponiendo que el encaje bancario es un instrumento de regulación económica mediante la cual se puede fomentar o desalentar determinadas actividades económicas y financieras, conforme al interés del país; que el artículo 32 de la Ley 45 de 1923 persigue la solidez financiera de la entidad bancaria, en defensa de los acreedores, pues el encaje, es, o fue, inicialmente instituído en garantía de los depositantes; que la previsión del artículo 3o. de la Ley 17 de 1925 está dirigida a prevenir prácticas inseguras para burlar la prescripción del artículo 32 de la Ley 45 de 1923 y que la previsión del artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 está dirigida a servir de instrumento de regulación o control monetario.

5o. Al evacuar el traslado para alegar de conclusión los demandantes insisten en los planteamientos de la demanda que fueron expuestos y para ilustrar su posición traen como ejemplo el alegato de la Superintendencia Bancaria al alegar de conclusión en el expediente Número 5968- acción de nulidad instaurada por el Banco Nacional al cual se le impuso una multa de $ 597.765,oo, por haber presentado situación de desencaje durante veinte (20) días consecutivos en cuantía de $ 59.776.500, que es la sanción del 1% conforme al artículo 32 de la Ley 45 de 1923 y que si el defecto de encaje hubiera

durado solo 19 días, entonces se le habría sancionado con multa del 2.5% mensual sobre los defectos conforme al artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 lo que habría dado $ 917.646, por lo cual resulta mejor para un establecimiento bancario permanecer desencajado durante 20 días consecutivos.

6o. Por su parte el Ministerio Público representado por la Fiscal Sexta doctora Susana Montes de Echeverry al evacuar el traslado concluyó diciendo que:

"De conformidad con las razones expuestas, la Fiscalía Sexta del Consejo de Estado, solicita a la Honorable Sección Cuarta del Consejo de Estado, se sirva despachar desfavorablemente las peticiones de la demanda, al no encontrar contrariedad entre la norma acusda y las que estima violadas la demanda".

Para llegar a la anterior conclusión la Fiscalía expuso:

"El punto central de la cuestión debatida en el presente proceso estriba en determinar si los supuestos por los cuales se aplican las sanciones previstas en la Ley 45 de 1923, artículo 32 y 17 de 1925, artículo 3o., son los mismos que los previstos por el artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 de la Junta Monetaria, caso en el cual se estaría señalando una sanción por la Junta Monetaria cuando la ley expresamente previó que tuviera regulación legal; o si, por el contrario, se trata de la aplicación de un correctivo o sanción a una modalidad diferente de transgresión de las reglas sobre encaje bancario, evento en el cual se trataría de la utilización adecuada de una facultad legal otorgada a la Junta Monetaria por el artículo 23 de la Ley 7 de 1973".

"1. Es incuestionable que la Junta Monetaria, creada por el artículo 5o. de la Ley 21 de 1963, tiene hoy facultades otorgadas por el artículo 23 de la Ley 7 de 1973 para "establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como para establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas", pues la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante providencia de diciembre 14 de 1973, declaró la conformidad del citado artículo con la Carta Política y, al efecto, expreso:

"f) Los artículos 23 y 24, inciso 1), literales a) y d), se relacionan con las funciones propias de la Junta Monetaria, y por consiguiente, de acuerdo con los razonamientos hechos, es de la competencia excluyente del Congreso expedirlos por medio de la ley. La Constitucionalidad no ofrece duda o reparo, y así habrá de afirmarse" (G.J. CXLIX-CL Números 2390 y 2391 página 285)".

"Tal facultad solamente encuentra limitación en el inciso 3o. del mismo artículo 23, cuando prevé la vigencia de los artículos 32 y 3 de las Leyes 45 de 1923 y 17 de 1925, respectivamente, los cuales establecen sanciones específicas para los establecimientos bancarios que incurren en las conductas en ellos descritas. Es decir, que la Junta Monetaria puede tipificar las infracciones en que pueden incurrir las instituciones bancarias respecto del fenómeno del encaje y determinar las sanciones a que se hacen acreedoras por ello, excepto en relación con las conductas ya reguladas por las Leyes 45 de 1923 y 17 de 1925 citadas, las cuales permanecerán inalteradas mientras una nueva ley se ocupe de ellas".

"2. El artículo 32 de la Ley 45 de 1923 prevé una sanción pecunaria para los establecimientos bancarios, exceptuando el Banco de la República, que permanezcan en situación de desencaje en forma continua por veinte días o más, a razón de un uno por ciento (1%) sobre el promedio de deficiencia en los primeros veinte días, y de un dos por ciento (2%) sobre el promedio de deficiencia por cada período de veinte días subsiguiente. Es decir, que se establece como conducta sancionable el permanecer en desencaje continuado, ininterrumpido, durante veinte días o más".

"Por su parte, el artículo 3o. de la Ley 17 de 1925 establece que si un establecimiento bancario, aunque no aparezca con un desencaje continuado y, por lo mismo, no incurra en la conducta descrita en el artículo 32 de la Ley 45, ha recurrido a medios inconvenientes o inseguros para cubrir su desencaje, o en otros términos, ha utilizado mecanismos inadecuados para lograr tal fin, también podrá ser sujeto de la sanción comentada. Es decir, que la Ley 17 busca evitar las operaciones irregulares o inconvenientes que desmejoren la garantía de los usuarios del servicio y que envuelven una desfiguración de las normas y de los fines perseguidos con las reglas sobre encaje".

"3. El artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974, de la Junta Monetaria señala como infracción a las normas sobre encaje, el incumplimiento diario de la obligación a cargo de los establecimientos bancarios y señala la correspondiente sanción".

"Claramente se observa, entonces que la materia regulada por la norma demandada hace relación a una situación distinta de las contempladas en las leyes de 1923 y 1925. En efecto, las dos últimas disposiciones suponen, como base de la sanción, el incumplimiento de la obligación de depositar la suma diaria que por concepto de encaje corresponde a cada entidad bancaria *durante un período continuado* de veinte días o, la utilización de medios inadecuados, inconvenientes o inseguros, para evitar colocarse en esa situación de desencaje continuado. La primera, simplemente sanciona el incumplimiento *diario* de esa obligación. En otros términos, el artículo 8o. de la Resolución 50 sanciona el incumplimiento diario de una obligación; la Ley 45 de 1923 la situación crónica de desencaje y la Ley 17 de 1925 las maniobras irregulares para evitar el desencaje continuado".

SE CONSIDERA:

Surge de la demanda principal y del alegato de conclusión de los actores que no se cuestiona la competencia de la Junta Monetaria para "fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorros, corporaciones financieras y, en general 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 los sistemas de cómputo para liquidar los encajes y establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer y definir las sanciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas", conferido por el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, norma que además, la Honorable Corte Suprema de Justicia declaró exequible en sentencia de 14 de diciembre de 1973, sino solamente que los actores entienden que la Junta Monetaria al ejercer su competencia no podía estatuir nada distinto a las situaciones previstas en los artículos 23 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925, por lo que debe consignarse que tal interpretación dejaría sin efecto la competencia asignada al citado literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, para "establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas", razón por la cual habrá que desecharla.— Sin embargo, es pertinente consignar que la sanción por el "defecto diario de encaje", no es una invención de la Junta Monetaria, puesto que el artículo 11 del Decreto 756 de 1951, derogado expresamente por el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973 disponía:

"Sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925, que el Superintendente Bancario podrá aplicar cuando lo estime necesario, los bancos comerciales pagarán a favor de la Nación un interés del 12% anual sobre los defectos de encaje legal consolidado, liquidados sobre los saldos diarios".

La disposición cuya nulidad o conformidad con la ley, se decide en esta providencia, artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974 dice:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3o. de la Ley 17 de 1925, por los defectos de encaje en que incurriere un establecimiento bancario, la Superintendencia Bancaria aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional del 2.5 por ciento mensual sobre tales defectos, liquidados con base en los saldos diarios".

De la comparación de las normas que anteceden resulta que son basicamente iguales, solo que en la última se varió el porcentaje de la sanción del 12% anual al 2.5% mensual sobre los saldos diarios de defectos de encaje.

Es oportuno transcribir integramente los textos de las normas que se dicen violadas por el artículo 8o. de la Resolución 50 de 1974, a saber:

Artículo 32 de la Ley 45 de 1923, que expresa: "Si cualquier establecimiento bancario a que sea aplicable la presente ley, excepto el Banco de la República, no mantuviere el encaje legal exigido, el Superintendente le impondrá una multa que no exceda del 1 por 100 del promedio de deficiencia en los primeros veinte días en que aquella dure, y no mayor del 2 por 100 del promedio de deficiencia por cada período subsiguiente de veinte días".

Artículo 3o. de la Ley 17 de 1925 dice: "Las multas por deficiencia del encaje legal de que trata el artículo 32 de la citada Ley 45, podrán imponerse, aunque tales deficiencias no duren por veinte días consecutivamente, cuando a juicio del Superintendente el establecimiento bancario respectivo apelare a medios inconvenientes o inseguros para cubrir tales deficiencias".

Son pues, tres situaciones distintas:

a) Si el banco o institución financiera, dura desencajada 20 días hábiles consecutivos, conforme al artículo 32 de la Ley 45 de 1923 se le impone multa del 1% del promedio de deficiencia, y si esa situación se prolonga, la multa será entonces del 2 por 100 del promedio de deficiencia por cada período de 20 días consecutivos;

b) Si para evitar la sanción prevista en el artículo 32, recurre a prácticas inconvenientes o inseguras para cubrir las deficiencias del encaje, entonces, aunque las deficiencias de encaje no duren veinte días, se le sanciona igualmente imponiendo la misma multa del artículo 32;

c) Y por último, conforme al artículo acusado, se sanciona el defecto diario del encaje legal con multa del 2.5% mensual. Esta norma, como es obvio dentro del funcionamiento de la economía monetaria, está dirigida a la observancia por parte de los establecimientos de crédito de las disposiciones que regulan la circulación de la moneda, pues su volumen en la circulación, es instrumento del cual se sirven las naciones para fines relativos al desarrollo de la economía, cosa que se confia a un organismo especializado, que en nuestro país es la Junta Monetaria que puede expedir normas de eficacia directa sobre las circunstancias existentes, pero que sería ineficaz si su regulación defendiere de la expedición de una ley por el Congreso Nacional.

Prevé así mismo, la citada resolución, otras sanciones adicionales como la del artículo 9o., cuando la situación de desencaje diario se presente durante un mes, prohibiéndole al establecimiento el acceso al redescuento de bonos de prenda, de que efectue operaciones con cargo a los fondos financieros que maneja el Banco de la República y de operaciones en desarrollo de líneas especiales de crédito con recursos del Banco Emisor, por un período de un mes; igualmente si la situación de desencaje se mantiene por tres meses consecutivos, ordena el artículo 10 de la misma resolución, al

Superintendente Bancario qu estudie las circunstancias del Banco, pudiendo tomar en relación con él, con los representantes legales y sus directores las providencias previstas en el artículo 5o. del Decreto Legislativo 3233 de 1965, que consiste en una multa a favor del Tesoro Nacional por cada vez que el establecimiento viole sus estatutos, una ley, o los reglamentos legales, "o cualquier otra a la que deba estar sometidos, y cuya transgresión no tenga señalada otra sanción en la ley bancaria, no menor de dos mil pesos ni mayor de cincuenta mil por cada vez que se compruebe la transgresión, graduandola según la gravedad de la infracción.

Por lo expuesto, deberán negarse las súplicas de la demanda.

En mérito de las consideraciones que anteceden al 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 y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ACTOS ADMINISTRATIVOS.— CONTROL JURISDICCIONAL.— ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES.— PRESUNCION DE LEGALIDAD.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor José Gabriel Salom,** Abogado Asistente.
Referencia: Expediente No. 7610. Autoridades Nacionales.
Actor: **José Iván Moreno Patiño.**

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el señor JOSE IVAN MORENO PATIÑO, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa Corporación la nulidad de las Resoluciones Números 6713 de 13 de marzo y 6829 de 30 de abril de 1980, proferidas por el Gerente Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", así como de la comunicación Número 44748 de mayo 30 del mismo año, relacionadas con la declaración de insubsistencia del accionante en el cargo que ocupaba en la aludida entidad, para que, como consecuencia, se le reintegre al mismo y se le paguen todos los haberes dejados de percibir hasta cuando sea reincorporado efectivamente.

Afirma el demandante que, habiendo sido designado Instructor de Especies Menores en el Programa Móvil Rural Central, después de un año de servicios y "como consecuencia de males entendidos e incompatibilidad de carácteres y criterios", sus jefes inmediatos se dedicaron a pasar informes a la Gerencia General sobre deficiencia en el trabajo, por lo que se le hizo un seguimiento con evaluaciones periodicas realizadas en forma ilegal. Constituida una subcomisión de Personal para ratificarle los cargos y oirlo en descargos, así se hizo en diligencia de julio 10 de 1979. La subcomisión de Personal se reunió luego el 31 de octubre de 1979 para el estudio disciplinario y rindió concepto en febrero 12 de 1980, lo que dio lugar a la declaración de insubsistencia mediante Resolución Número 6713 de marzo 13 del mismo año, que fue notificada el 25 de marzo siguiente. El 31 de marzo interpuso los recursos de reposición y apelación, los que fueron declarados desiertos por Resolución Número 6829 de abril 30, por extemporaneidad.

Como en mayo 23 insistiese en que se decidieran los recursos interpuestos, se le respondió por comunicación Número 44748 de mayo 30 con manifestaciones ostensiblemente contradictorias (folios 14-16).

En sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, con fecha 16 de julio de 1982, fueron denegadas las pretensiones de la demanda, por lo que fue apelada dicha decisión por el mandatario judicial del actor.

El Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" designó apoderado para que representara a la entidad en el juicio y se opusiera a las súplicas de la demanda.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se confirme la sentencia apelada.

Tramitada la instancia en legal forma y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a deducir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el asunto *sub-júdice* se impetra la declaratoria de nulidad de la Resolución 6713 de 13 marzo y 6829 de 30 de abril, ambas de 1980, dictadas por el Gerente Regional de Medellín del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en virtud de las cuales se declaró la insubsistencia del accionante en el cargo que ocupaba en la aludida entidad, y se pide, como consecuencia, que se le restablezca en él y se le paguen todos los sueldos y demás emolumentos salariales dejados de percibir por tal motivo.

Alega el actor que el acto declaratorio de insubsistencia adolece de falsa motivación por no haberse realizado las evaluaciones en forma legal, con lo que "se vulneró no sólo todo el trámite disciplinario que se imponía tramitar, sino además el derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional" (folios 16-18).

Como reiteradamente lo ha sostenido la Corporación, el control jurisdiccional de los actos administrativos comprende no solamente aquellos que se hubieren proferido en ejercicio de facultades regladas de la Administración, sino también los que sean producto del poder discresional, en cuanto estos puedan resultar violatorios de principios como el de la razonabilidad, la motivación seria y veraz, los fines de interés general o del buen servicio y la buena fe. De tal manera que el amplio campo de discusión de los actos de la Administración tienen como meta la depuración de la actividad oficial en aquellas actuaciones de discutida legalidad o de una motivación arbitraria.

Uno de los atributos de los actos administrativos es la presunción de legalidad, mediante la cual se supone que fueron proferidos con observancia plena de la normatividad, es decir, dentro de los marcos de la ley y para los fines en ella previstos.

En tal virtud, cuando se demanda un acto, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad o de la de plena jurisdicción, la declaración jurisdiccional debe ser el fruto de la actividad específica del accionante quien está en la obligación de demostrar los motivos de ilegalidad que hacen anulable el acto administrativo, pues se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

La persona vinculada a la Administración en condición de empleada, puede ser removida libremente por el funcionario nominador, a menos que esté protegida por un status especial que le de una relativa inamovilidad. En tales circunstancias, el acto administrativo que dispone la desvinculación del empleado está revestido de legalidad y es legítimo en su origen y por su naturaleza.

En el caso de autos, el actor no estaba inscrito en escalafón alguno, siendo por lo mismo un empleado de libre nombramiento y remoción que bien podría ser desvinculado del servicio por el Servicio Nacional de Aprendizaje, sin ninguna motivación, en ejercicio del poder discrecional. Sin embargo, la entidad demandada motivó el acto impugnado en forma que para el señor José Iván Moreno Patiño quedaba vía libre a la nulidad demostrando falsa motivación por desviación de poder. Pero tal cosa no ocurrió.

En efecto en la motivación de la resolución impugnada se lee:

"Que el rendimiento laboral del señor José Iván Moreno Patiño, quien desempeña el cargo de Instructor de Especies Menores en el Programa Móvil Rural Central, hoy Programa Móvil Rural Nor-Oriental del SENA, Regional de Medellín, es deficiente como lo acreditan las calificaciones de servicios que reposan en su hoja de vida, especialmente tres (3) calificaciones sucesivas autorizadas por esta Gerencia a su inmediato superior de acuerdo a la estipulado en el artículo 234 del Decreto 1950 de 1973. Además, incurrió en faltas disciplinarias tal como consta en el informativo del proceso disciplinario que obra de folios 001 a 086".

"Que de conformidad con lo expresado en el considerando anterior, se han cumplido respecto del señor Moreno Patiño los presupuestos previstos en el literal C Numeral 9 del artículo 52 y el artículo 56 del Decreto 2464 de 1970, el artículo 149 y siguientes y el artículo 240 del Decreto 1950 de 1973".

Como puede advertirse fácilmente, las razones que esgrimió la Administración para decretar la insubsistencia del accionante no son otras que el hecho de considerar que su labor era deficiente tal como lo acreditan las evaluaciones y calificaciones que obran en su hoja de vida y la circunstancia de haber incurrido en fallas administrativas en el desempeño de su cargo. (folios 136 a 158 Antecedentes Administrativos).

Planteada la presente controversia sobre las bases anotadas anteriormente, es indiscutible que el actor, que es a quien corresponde la carga de la prueba en esta clase de procesos, debió demostrar fehacientemente que los fundamentos de hecho en que se apoyó la Administración para expedir el acto cuestionado, son falsos, para así desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración.

En otros términos, si el demandante consideraba que los motivos que adujo el "SENA" para separarlo de sus funciones no habían existido ha debido acreditarlo por los medios probatorios pertinentes y dentro de la oportunidad procesal. No lo hizo así.

Recuérdese, además, que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174, del Código de Procedimiento Civil). Por consiguiente, si la parte interesada no suministra los elementos de juicio que respalden sus pretensiones, es apenas natural que la decisión con que finalice el proceso no le sea favorable.

Como similares argumentos se consignan en la sentencia recurrida y en igual forma lo propone la distinguida Fiscal Quinta de la Corporación, el fallo habrá de confirmarse.

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 su Fiscal colaborador,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con fecha 16 de julio de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Ausente, **Joaquín Vanín Tello.**

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA.— ACTOS ADMINISTRATIVOS.— Están sujetos al control jurisdiccional del Consejo de Estado.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 10974.
Actor: **Financiera Colpatria S.A., Cía. de Financiamiento Comercial y otros.**— Nulidad y restablecimiento del derecho de las Resoluciones Números 2329 de mayo 31 de 1985 y 4334 de septiembre 30 del mismo año, proferidas por la Superintendencia Bancaria.— Auto.

Se resuelve en esta providencia el incidente de nulidad o procesal propuesto por la apoderada judicial de la Superintendencia Bancaria, al cual se le ha dado el trámite ordenado en el artículo 165 del Decreto Extraordinario 01 de 1984, nulidad que se propuso de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por considerar que hay falta de jurisdicción.

Sostiene la Superintendencia que el conocimiento de este proceso corresponde a la jurisdicción civil ordinaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 45 de 1923, el artículo 10 del Decreto 2216 de 1982 y 9 y 13 del Decreto 2217 de 1932. En apoyo, se remite a una sentencia de esta Corporación, según la cual los actos liquidatorios de la Superintendencia son de ejecución, y por lo tanto carecen de la autonomía de todo acto administrativo, de lo cual deduce la Superintendencia que las acciones correspondientes por rechazo de reclamaciones —evento contemplado en este proceso— deben ejercitarse ante la justicia ordinaria.

Corrido el traslado de la nulidad propuesta, el apoderado de los demandantes lo descorrió estableciendo diferencias entre el concepto de rechazo de la reclamación y el de objeción a las mismas. Sostiene que el artículo 8 de la Ley 57 de 1931, que modificó el artículo 76 de la Ley 45 de 1923, dispone que el juez competente para conocer de las objeciones a las reclamaciones presentadas ante la Superintendencia Bancaria es el juez de circuito respectivo, en tanto que si se trata de rechazo de una reclamación se configura un acto administrativo, susceptible de la vía gubernativa, y agotada ésta, se abre la jurisdiccional ante el contencioso administrativo. Añade, en este caso se trata de un rechazo de una reclamación, según se desprende del contenido de las resoluciones acusadas.

SE CONSIDERA:

1. Mediante la Resolución Número 2329-A de 31 de mayo de 1985, emanada de la Superintendencia Bancaria, rechazó un grupo de reclamaciones por no ser titular el reclamante, según dijo, con base en una motivación según la cual el 25 de junio de 1982 había tomado posesión de los negocios, bienes y haberes del Banco Nacional, del cual se ordenó posteriormente su liquidación, y emplazó a las personas que tuvieren reclamaciones de cualquier índole contra dicho Banco para que las presentaren, probadas siquiera sumariamente, entre el 13 de septiembre y el 30 de noviembre de 1982.

2. Esa resolución es un acto administrativo de la Superintendencia Bancaria, y desde la Ley 187 de 1941, artículo 34, ordinal 9o., se le atribuyó al Consejo de Estado la competencia para conocer "privativamente y en una sola instancia", "de los juicios contra las resoluciones y actos de la Contraloría General de la República, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Obviamente esta norma, por ser posterior derogó la del artículo 64 de la Ley 45 de 1928.

A su turno, el Decreto Extraordinario 01 de 1984, artículo 128-I, otorgó competencia al Consejo de Estado para conocer privativamente y en única instancia de la nulidad de todos los actos administrativos de orden nacional expedidos en cualquiera de las ramas del poder público.

De otra parte, como el artículo 258 del Decreto Extraordinario 01 de 1984 en cuanto deroga la Ley 167 de 1941 fue declarado inaxequible por la Corte Suprema de Justicia, debe considerarse que en lo pertinente de esa ley vuelve a tener vigencia.

Por estas consideraciones se concluye que el Consejo de Estado es el competente.

En tal virtud NO SE DECRETA LA NULIDAD solicitada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

GASTOS MEDICOS Y HOSPITALARIOS.— Realizados por Profesionales ajenos al Cajanal.— Excepciones para el pago de dichos servicios con cargo a Cajanal.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintidós (22) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 5815.
Actor: **Ernesto Cediel Angel.** Autoridades Nacionales.

Obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, en demanda presentada ante esta Entidad, el Doctor ERNESTO CEDIEL ANGEL, solicita la nulidad de las Resoluciones 00204 del 22 de enero de 1980 y 2406 del 10 de septiembre del mismo año, en virtud de las cuales la Caja Nacional de Previsión le denegó el reconocimiento y pago de una cuenta de cobro por concepto de servicios médicos asistenciales que le fueron prestados en el exterior; y que, consecuencialmente, se ordene a la mencionada Institución reconocerle y pagarle la cantidad de Trece Mil Ciento Cuarenta y un dólares (US$ 13.141.00), valor de los gastos médicos que costó la intervención quirúrgica que le fue practicada en el hospital de TAMPA (FLORIDA), Estados Unidos.

Los HECHOS, las normas legales violadas y el concepto de su transgresión, aparecen relacionados de los folios 26 a 34 del expediente, sin que la Sala estime necesario reproducirlos de nuevo, por cuanto ésta los tendrá en cuenta al adoptar su decisión definitiva.

La Caja Nacional de Previsión Social designó apoderado para que representara a la Institución dentro del juicio, lo que hizo, en efecto, al oponerse a las súplicas del libelo y solicitar fueran denegadas.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se acceda a las peticiones de la demanda, por las razones en ella expresadas.

Situada la litis dentro de las prescripciones de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a dictar la correspondiente sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En un amplio, acertado y exhaustivo estudio que esta Corporación acoge y comparte en su integridad, la Fiscalía Quinta, al emitir su concepto de fondo, hizo un pormenorizado análisis del caso controvertido en este litigio, para llegar a la conclusión de que al accionante le asiste derecho en las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio.

Estima la Sala, que los razonamientos expuestos por la Agencia del Ministerio Público están estrictamente ceñidos a derecho, y de acuerdo con la realidad procesal, por lo cual se permite transcribirlos como fundamento de la presente providencia, máxime si se tiene en cuenta que el mencionado concepto sigue las mismas orientaciones jurisprudenciales que inspiraron a esta Corporación al decidir el juicio promovido por la señora LIGIA ESCOBAR VIUDA DE GAVIRIA, fallado favorablemente por esta Sección con fecha 15 de diciembre de 1982.

Al efecto, la Agencia del Ministerio Público, expresó:

"Se trata de establecer en el presente proceso, si el actor, Doctor Ernesto Cediel Angel, en calidad de pensionado, tiene o no derecho al reconocimiento y pago por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, de la cantidad de $ 13.141.00 dólares, o su equivalente en moneda colombiana, valor de los gastos médicos y hospitalarios que el mencionado Doctor tuvo que hacer con motivo de una intervención quirúrgica que se le practicó en el Hospital General de Tampa, Florida, Estados Unidos.

"El artículo 24 de la Resolución 00700 del 1o. de mayo de 1976" por la cual se reglamenta los servicios Médico-Asistenciales que presta la Caja Nacional de Previsión Social dice:

"La Caja Nacional de Previsión Social no autorizará el pago de servicios ordenados por profesionales ajenos a la Entidad. Se exceptúan: las atenciones médicas especiales, autorizadas previamente por la Sub-Dirección Médica; cuando el afiliado reside en el exterior o en un lugar en donde no existen profesionales adscritos; y, en los casos de urgencia debidamente comprobados y justificados. Al registrarse la urgencia y de acuerdo a su gravedad, si el caso ameritase tratarse en un centro hospitalario distinto de los sevicios médico-quirúrgicos-hospitalarios de la Caja Nacional de Previsión Social en la Principal Seccional, dentro del Territorio Nacional, el afiliado u otra persona debe dar aviso oportuno (dentro de las primeras 72 horas) a la División de Serviciós Médicos, y si es fuera de Bogotá a la Coordinación Médica de la Seccional, para el reconocimiento y pago de los servicios médicos de acuerdo a las Tarifas de la Entidad.

"Parágrafo.— Al registrarse la urgencia debidamente comprobada de conformidad con la Resolución número 1317 de 1971 la Sub-Dirección Médica, previa solicitud del interesado, emitirá el correspondiente concepto para el reconocimiento y pago de los servicios médicos recibidos".

"Como se observa del texto del artículo, una de las excepciones contempladas por la Caja para poder reconocer el pago de servicios ordenados por profesionales ajenos a la Entidad, se refiere a aquellos casos de urgencia debidamente comprobados y justificados.

"Tal argumento fue uno de los esgrimidos por el actor en los respectivos recursos de reposición y apelación interpuestos ante la Entidad quien los resolvió negativamente, aduciendo que no se cumplieron los requisitos exigidos por la Entidad de conformidad al artículo 24 de la Resolución 00700 de 1978, antes transcrito.

"Por otra parte, el Consejo Técnico Consultivo de la Caja Nacional de Previsión número 020 del 17 de septiembre de 1979 y en la sesión número 06 del 21 de abril de 1980, niega el reconocimiento del pago solicitado por el actor, alegando el incumplimiento de los requisitos exigidos por la Entidad, como la autorización del Sub-Director Médico General, la no residencia del actor en el exterior, la posibilidad de haber realizado la misma operación en centros hospitalarios de Bogotá, el no haber dado aviso oportuno sobre los hechos y no aparecer registrada la urgencia.

"Es necesario observar que el artículo 24 transcrito, presenta tres clases de excepciones para el pago de servicios ordenados por profesionales ajenos a la Caja Nacional de Previsión: 1.— Las atenciones médicas especiales, autorizadas previamente por la Sub-Dirección Médica. 2.— Cuando el afiliado reside en el exterior o en un lugar en donde no existen profesionales adscritos. 3.— En los casos de urgencia debidamente comprobados y justificados.

"En opinión de la Fiscalía estos son tres casos diferentes de excepción, y por tanto, basta que se de uno de ellos para que la Caja responda por el pago. Si se trata de la urgencia, no puede exigírsele al afiliado ni la autorización previa ni la residencia en el exterior, como pretendió hacerlo la Caja.

"La excepción a la que se acoge el actor era la tercera y por consiguiente esa era la que la Caja debía haber constatado determinando si se presentó la urgencia alegada y si se estaba comprobando y justificando tal situación.

"Cuentan los autos que en 1977, el actor en un chequeo médico de rutina, asistió al consultorio del Doctor Otero en la ciudad de Tampa, obteniendo resultados satisfactorios de los diferentes exámenes practicados, entre ellos un ecocardiograma.

"Ante un nuevo viaje del actor en plan de vacaciones a la ciudad de Tampa y por recomendación médica al encontrarse alteraciones en el electrocardiograma, acude nuevamente a chequeo en diciembre de 1978 al consultorio del Doctor Otero en la ciudad de Tampa.

"Ordena, entonces, al citado facultativo un ecocardiograma considerando necesario practicar un cateterismo para esclarecer el dictamen (folio 75).

"El resultado de tales exámenes determinó la urgencia de realizar la intervención practicada.

"Obran en el expediente administrativo, debidamente traducidos y autenticados, los informes tanto de la Dirección del Hospital de Tampa, como del Doctor Otero, certificando la inminencia del procedimiento quirúrgico, quedando plenamente comprobada y justificada la atención médico-quirúrgica de urgencia prestada al demandante.

"Respecto al tiempo exigido para el oportuno aviso a la Entidad en los casos de emergencia sucedidos fuera del territorio nacional, no hay claridad en la norma.

"Teniendo en cuenta que la gravedad de la afección era desconocida por el actor, que los chequeos médicos que se presumían rutinarios determinaron la urgencia de conformidad con la prueba allegada; que la decisión facultativa de proceder quirúrgicamente dentro de las 24 horas siguientes a los resultados de los exámenes confirma la urgencia del procedimiento, y que no obra en el expediente concepto médico alguno de la Caja Nacional de Previsión Social que controvierta la conducta quirúrgica determinada por los facultativos de Tampa, la Fiscalía considera que el caso del actor está comprendido dentro de las excepciones contempladas en el artículo 24 de la Resolución 700 de 1978, expedida por la Caja para reglamentar el pago de servicios médico-asistenciales a sus afiliados.

"Siendo ello así, es preciso concluir que las resoluciones acusadas infringieron las disposiciones invocadas en el libelo. En consecuencia, esta Fiscalía rinde concepto favorable a las súplicas de la demanda".

Consecuente con lo anterior, es lo expresado por esta misma Sala en sentencia del 15 de diciembre de 1983, cuando dijo:

"Debe definirse en este proceso, si la Caja Nacional de Previsión, está obligada a reconocer y pagar a la señora Ligia Escobar viuda de Gaviria, la cuenta de cobro número 04205, radicada el 6 de junio de 1977, por concepto de los gastos ocasionados con motivo de las intervensiones quirúrgicas de su cónyuge, señor Maximiliano Gaviria Gaviria, efectuadas en Bruselas (Bélgica) durante los años de 1974 y 1975.

"Se encuentra demostrado procesalmente que por la época en que le fueron practicadas las intervenciones quirúrgicas en el exterior, el señor Gaviria Gaviria, se hallaba afiliado a la Caja Nacional de Previsión, en su condición de pensionado, y, por consiguiente, de conformidad con los artículos 14 y 37 del Decreto 3135 de 1968, tenía derecho a que esa Entidad de Previsión Social, le prestara asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria.

"Así mismo, se encuentra establecido que los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios prestados con motivo de las citadas operaciones, no fueron atendidas directa o indirectamente por la Caja Nacional, sino por los interesados.

"Es claro que, según el Decreto 3135 de 1968, la regla general es la de que la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica se presta a los afiliados directamente por la Entidad de Previsión correspondiente, y lo excepcional de que sea realizada directamente por intermedio de facultativos o centros asistenciales particulares.

"Para que la Caja Nacional de Previsión reconozca y pague los gastos quirúrgicos, médicos, hospitalarios y farmacéuticos prestados a un afiliado o pensionado por un particular, se requiere la ocurrencia de alguna de las causales señaladas en el Reglamento de esa Institución.

Por la época en que el señor Maximiliano Gaviria Gaviria, fue intervenido quirúrgicamente en el exterior, el reglamento vigente en la Caja Nacional de Previsión, estaba contenido en la Resolución número 01317 de octubre 21 de 1971, y ésta disponía que para el reconocimiento y pago de cuentas por concepto de servicios médicos y asistenciales suministrados a sus afiliados por facultativos o centros asistenciales particulares, se necesitaba la observancia de alguna de la siguientes causales:

"a) Cuando en la localidad en donde resida el afiliado o pensionado no preste sus servicios ningún facultativo que esté vinculado laboralmente a la Caja o haya celebrado con éste un contrato de adscripción.

"b) Cuando el afiliado pensionado demuestre que a través de un medio probatorio idóneo que le fue imposible localizar un facultativo al servicio de la Caja.

"c) Cuando el afiliado o pensionado haya sufrido una emergencia médica debidamente comprobada que impida al afiliado o pensionado recurrir a los servicios de la Caja.

"d) Cuando el afiliado o pensionado sufra una perturbación orgánica o funcional que, a juicio de los médicos de la Caja, debe ser tratada en centros asistenciales particulares o por facultativos no vinculados a la Institución".

"La Sala llega a la conclusión de que la causal a) se configura en relación con el presente caso sometido a estudio. En efecto, en primer lugar, no existe ninguna duda de que en la ciudad en donde el pensionado Gaviria Gaviria, residía temporalmente, no prestaba sus servicios ningún médico vinculado a la Entidad demandada o adscrito a éste, pues en el exterior, lógicamente, la Caja Nacional no cumple funciones de tal naturaleza. En segundo término, el pensionado no se colocó por su culpa fuera del alcance de los servicios de dicho organismo, pues de las pruebas que aparecen en el proceso se establece que el médico que lo venía tratando manifestó, ante la consulta que le hizo el paciente, que el viaje que éste se proponía realizar al exterior, y que efectivamente llevó a cabo, no le traería ninguna consecuencia para su salud, como se deduce de su declaración que obra de folios 27 a 30 del cuaderno principal, cuando manifiesta:

"Respecto de este punto el paciente que me consultó qué riesgos podría tener el viajar a Bélgica, ya que había sido invitado por una de sus hijas que vivía en ese entonces alla. A lo cual se le dijo que podría hacerlo con algunas precauciones... El viaje del señor Gaviria lo decidió por invitación de una de sus hijas según me afirmó; a pesar de sus alteraciones orgánicas por su litiasis avanzada, el viaje no presentaba ni presentó nunca ningún peligro".

"De otra parte, en el expediente no obra ninguna prueba que demuestre que, efectivamente, el pensionado en el momento del viaje al exterior, se encontraba en preparación para ser intervenido quirúrgicamente, no obstante la afirmación que en ese sentido hizo el Consejo Técnico Consultivo del Departamento Médico de la Caja Nacional, en su sesión número 2 del 1o. de agosto de 1977 y en la cual se apoyó la Entidad demandada para negar el reconocimiento de la cuenta de cobro, pues en la fotocopia de la Historia Clínica allegada al proceso —Cuaderno número 3— no aparece ningún documento que así lo indique o establezca y, de otro lado, a pesar de la solicitud formulada a la Caja Nacional con base en petición de su misma apoderada, no se recibió respuesta al Oficio número 0356 de marzo 21 de 1979 (folio 27) en cuanto a la Certificación solicitada sobre ese particular.

"Es evidente, además, que en el juicio obren pruebas indicativas de que el pensionado fue sometido a una intervención quirúrgica en el exterior, porque, realmente, se encontraban en una emergencia médica que le impedía trasladarse al país con el fin de que directamente la Caja Nacional le practicara las operaciones requeridas".

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:

Primero.— Declárase la nulidad de las Resoluciones números 00204 del 22 de enero de 1980 y 02408 del 10 de septiembre del mismo año, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la cuenta de cobro presentada por el Doctor ERNESTO CEDIEL ANGEL, por concepto de servicios médicos asistenciales que le fueron prestados en el hospital de Tampa (Florida), Estados Unidos.

Segundo.— Como consecuencia de la declaración anterior, la Caja Nacional de Previsión Social, reconocerá y pagará al Doctor Ernesto Cediel Angel, equivalente en pesos colombianos, la suma de Trece Mil Ciento Cuarenta y Un dólares (US$ 13.141.00), por concepto de los servicios médicos asistenciales que le fueron prestados en el exterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.— La Entidad obligada, dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro del término establecido en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE JUBILACION A EMPLEADOS QUE PRESTARON SUS SERVICIOS A AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A (AVIANCA) Y QUE FUERON INCORPORADOS A LA EMPRESA COLOMBIANA DE AERODROMOS.— 1.— Tendrán derecho a que se les compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo de servicio a la Nación (Ley 7a. de 1961, artículo 1o.). 2.— Requisitos. 3.— Reintegro o compensación a la Caja Nacional de Previsión Social.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., noviembre veintidós (22) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Referencia: Expediente No. 7249. Autoridades Nacionales.
Actor: **Germán Rincón López.**

El señor GERMAN RINCON LOPEZ, actuando en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, presentó demanda ante el Consejo de Estado, con el objeto de que esta Corporación haga las siguientes declaraciones:

"1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Números 4859 del 9 de octubre de 1979 y de las demás que se profirieren a raíz del agotamiento de la vía gubernativa por la CAJA NACIONAL DE PREVISION.

"2. Que se ha operado el fenómeno del Silencio Administrativo por ausencia del pronunciamiento de la CAJA NACIONAL DE PREVISION sobre la petición de reconocimiento y pago de la PENSION DE JUBILACION presentada por el señor GERMAN RINCON LOPEZ, el 22 de febrero de 1979.

"3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y una vez agotada la vía gubernativa, la CAJA NACIONAL DE PREVISION debe reconocer en favor de GERMAN RINCON LOPEZ, la pensión de jubilación por Servicios Prestados al Estado como Meteorólogo desde la fecha en que cumplió 20 años de servicios, sin importar en este caso su edad, por tener derecho especialísimo de acuerdo a la Ley 7 de 1961, teniendo en cuenta los sueldos, primas, subsidios devengados durante el último año laboral y se reconozcan los reajustes legales a que tiene derecho. El valor de la pensión es de $ 21.853.04, mensuales cuya liquidación es la siguiente:

SALARIO BASICO

"Durante el último año o sea, del 1 de diciembre de 1978 al 30 de noviembre de 1979, así:

Sueldos	$	179.400.oo
Prima de diciembre de 1978		14.833.oo
Prima de diciembre de 1979		17.392.oo
Vacaciones (22 días) 1978		10.853.oo
Prima de vacaciones de 1978		14.800.oo
Vacaciones (22 días) 1979		14.030.oo
Prima de vacaciones de 1979		18.723.oo
Prima de Servicios proporcional de julio 1o. al 30 de noviembre 1979		4.043.75
Horas extras dominicales y festivos (12 meses)		68.094.39
Auxilio de Alimentación (12 meses)		7.480.oo
TOTAL RECIBIDO ULTIMO AÑO		349.648.75

349.648.75 —— 12= $ 29.137. 39 —— El 75% = $ 21.853.04

El valor de la pensión es de $ 21.853.04 a partir del 1 de diciembre de 1979.

Total liquides mesadas atrasadas adecuadas a mi poderdante hasta el momento de la presentación de la demanda, hechas las deducciones a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (5%) $ 622.084.11 incluída la prima de navidad.

"4. Se le da aplicación al artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Como hechos de la demanda se relatan los siguientes:

"1. El señor GERMAN RINCON LOPEZ, inició la prestación de servicios como METEOROLOGO el 20 de agosto de 1958 en el Departamento Administrativo de Aeronaútica Civil, antigua Empresa Colombiana de Aeródromos (ECA) y hasta el 1 de octubre de 1972.

"2. Posteriormente y por la Resolución Número 2586 del 27 de septiembre de 1972 fue declarado insubsistente el nombramiento del demandante, a partir del 1 de octubre del mismo año, por haber pasado en esa fecha a ocupar el mismo cargo en el Servicio Colombiano de Hidrología y Meteorología (SCMH), sin solución de continuidad.

"3. El antiguo SCMH, hoy en día llamado Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), creado por el Decreto Número 132 del 26 de enero de 1976, mi mandante prestó sus servicios ininterrumpidos desde el 2 de octubre de 1972 hasta el 1 de diciembre de 1979, fecha en la cual renunció a su cargo para obtener su reconocimiento de la Pensión de Jubilación, por haber cumplido 20 años de servicios.

"4. El día 22 de febrero de 1979, en memorial suscrito por el mismo interesado, solicitó el reconocimiento de su pensión, radicado en la CAJA NACIONAL DE PREVISION bajo el Número 00522, de la misma fecha, solicitud que fue negada por la Resolución Número 4859 del 9 de octubre de 1979".

"5. Esta resolución fue recurrida mediante reposición por mi cliente, el 7 de noviembre de 1979 y vuelto a negar el derecho. Apelada también la misma resolución, no se contesto dentro del mes siguiente, operado el fenómeno del Silencio Administrativo y por ende agotándose la VIA GUBERNATIVA.

"6. La Pensión de Jubilación que le corresponde al señor GERMAN RINCON LOPEZ, debe ser pagada, desde el 1 de diciembre de 1979, teniendo en cuenta los sueldos, primas, subsidios devengados y acreditados durante el último año de servicios que se adjuntan a la demanda.

"7. Hasta la fecha de la presente demanda no ha sido reconocida la Pensión de Jubilación a mi poderdante de acuerdo a la Ley 7 de 1961 y a su Decreto Reglamentario Número 1372 de 1966 y de los cuales adjunto transcripción escrita".

Las disposiciones que en la demanda se indican como infringidas son las de la Ley 7 de 1961, el decreto reglamentario Número 1372 de 1966, en su artículo 2, y el artículo 18 del decreto 2733 de 1959.

El apoderado del actor desarrolla el concepto de la violación de la siguiente manera:

"La Ley 7 de 1961 y su Decreto Reglamentario 1372 de 1966, consagran la PENSION DE JUBILACION para los Radio-Operadores, Técnicos de Radios y Electricidad y Oficiales de Meteorología al Servicio de la Empresa Colombiana de Aeródromo,

al cumplir veinte años (20) de servicios, cualquiera que fuera su edad. Mi cliente como ya lo expliqué se ha desempeñado desde su ingreso al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como oficial de Meteorología, calificado y autorizado por esa misma Empresa para desarrollar esas funciones, que en lo único que han variado es en la denominación del cargo y en el nombre de la Empresa, pero que en sus funciones han sido las mismas. Esta situación cobija totalmente al señor RINCON LOPEZ, si lo analizamos detalladamente: dice el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1372 de 1966: "Son oficiales de Meteorología los funcionarios calificados por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como idóneos para atender los requerimientos meteorológicos aeronáuticos, sea cual fuere la denominación de planta de los cargos o nomenclatura dentro de la organización del organismo Meteorológico Aeronáutico al cual pertenece o del Departamento Administrativo *o* (el subrayado es mío), del Servicio Civil. "Entonces, no es como dice la CAJA NACIONAL DE PREVISION en su resolución Número 4859 del 9 de octubre de 1979 en su considerando antepenúltimo: "El interesado de conformidad con la relación de edad, no cumple con el requisito exigido", puesto que ese o, que se subrayó, amplía el campo de la aplicación de la ley, es decir a los meteorólogos que están dentro del Organismo Meteorológico Aeronáutico, que haya en el momento de causarse la pensión, como en este caso. Es más, dice el mismo artículo, que para los funcionarios calificados por el Departamento Administrativo de Aeronaútica Civil, como idóneos, como es el caso de mi poderdante quien fue calificado y reconocido como tal, según la licencia M.T.P.— 007, expedida por el mismo Departamento, como METEOROLOGO PRONOSTICADOR.

Consultado lo anterior al Honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, por el señor Ministro de Agricultura, el 27 de agosto de 1979 y dijo: "El derecho a la pensión de jubilación de los empleados a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 7 de 1961, está consagrado en los términos del artículo 2o. de dicha ley, "al cumplir veinte años (20) de servicio, cualquiera que fuera la edad".

El Decreto Número 1372 del 26 de mayo de 1966, reglamentario de la citada ley, define en sus tres primeros artículos los cargos de dichos empleados en razón de la naturaleza de sus funciones, y establece que cualquiera que fuere la denominación de planta o nomenclatura de los mismos, sus titulares conservan el derecho a la pensión de jubilación, en los términos establecidos por la citada ley.

No es pués, con fundamento en la denominación misma del cargo, que bien puede variar, como en efecto ha variado, de donde puede derivarse la titularidad del derecho a la prestación especialísima consagrada por la Ley 7 en favor de los empleados a que se refiere el artículo 1o.

En la naturaleza de las actividades a que se circunscribe la prestación del servicio, la que justifica la excepción del régimen general y ordinario de la pensión de jubilación, como lo previeron los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968, aparte a) del Decreto 1848 de 1969, sobre esta base se infiere que si, por razón de las funciones, los cargos que en seguida se relacionan según la nomenclatura original del Decreto 1372 de 1966, es decir, los cargos de Radioperador del Servicio Móvil Aeronaútico, categoria "R" y del servicio fijo, oficial de Meteorología y técnico de radio y electricidad, corresponden respectivamente a los cargos de Operador calificado, Código 6.000, grados 4, 6, y 7 y 8 profesional universitario Código 3.020, grados 3, 4 y 6 y técnico operativo, Código 4.080, grados 7 y 9, según la nomenclatura del Decreto Número 711 de 1978 y así figuran en la nueva planta del Instituto Colombiano de Hidrología Meteorología y Adecuación de Tierras, (HIMAT), aquellos empleados que desempeñan estos últimos cargos, vienen a ser los mismos a quienes el legislador de 1961 señaló como titulares del derecho de jubilación al cumplir veinte años (20) de servicio, cualquiera que fuera su edad, en razón del ejercicio de las funciones determinadas en el Decreto 1372 de 1966".

En la parte final del capítulo correspondiente el apoderado del demandante cita o transcribe parcialmente dos jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y un concepto del Ministerio del Trabajo sobre la prevalencia del concepto de actividad profesional sobre el de entidad a la cual se ha servido, para efectos del reconocimiento y pago de pensiones de jubilación de carácter especial y en el caso concreto de quienes completaron los veinte años de servicio en el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), después de haber trabajado en otras entidades. El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita, en su concepto de fondo, que se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto, "las pruebas que obran en el expediente sobre los cargos desempeñados por el actor (folios 11 a 13) no tienen valor probatorio alguno por carecer de la autenticación necesaria y en tales circunstancias, resultaría inane cualquier análisis sobre el tema de fondo, relativo a los alcances de la citada ley. En las condiciones precedentes resulta imperativo negar las pretensiones del libelo inicial".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero anotar que efectivamente, como lo afirma el apoderado del actor, quedó agotada la vía gubernativa.

En cuanto a la objeción del señor Fiscal, la Sala observa que efectivamente los documentos a que él se refiere, aunque obraron en otro proceso, del cual fueron desglosados, carecen de autenticidad, pues son copias que se aportaron sin haber sido autenticadas.

La anterior circunstancia sería suficiente para negar las súplicas de la demanda, como lo solicita el señor Fiscal, pues el actor no probó el tiempo de servicios y los cargos desempeñados en la Empresa Colombiana de Aeródromos y en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, pues, en lo que se refiere al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), existen documentos debidamente autenticados en cuanto a tiempo de servicio y sueldo devengado en el último año, pero no respecto de la actividad realizada por el actor en dicha entidad.

Pero estima la Sala, a diferencia de lo que piensa el señor Fiscal, que antes de entrar a determinar si están probados los elementos complementarios que darían al señor Rincón López derecho a la pensión que reclama, habría que dilucidar primero si está demostrada la condición fundamental o básica que establece la Ley 7a. de 1961 que es haber prestado servicios a Aerovías Nacionales de Colombia S.A. AVIANCA, circunstancia que ni siquiera menciona el demandante porque la verdad es que no los prestó. En otros términos, antes tratar de esclarecer el problema de la equivalencia de cargos, funciones o actividad profesional en la extinguida Empresa Colombiana de Aeródromos, en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y en el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), precisa dilucidar la cuestión básica: si el señor Germán Rincón López es beneficiario de la ley que invoca a su favor y que considera infringida por la Caja Nacional de Previsión, por haber prestado sus servicios inicialmente en AVIANCA, lo que no está probado en el proceso y ni siquiera lo afirma el demandante, como ya se dijo.

El texto del artículo 1o. de la Ley 7a. de 1961 es el siguiente:

"Los Radioperadores del Servicio Móvil Aeronáutico Categoría "R" y del Servicio Fijo, de acuerdo con las definiciones dadas en el Decreto 3418 de 1954 y su reglamenta-

rio 2427 de 1956; los Técnicos de Radio y Electricidad y los Oficiales de Meteorología *que venían prestando sus servicios a Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. (AVIANCA) y que fueron incorporados a la Empresa Colombiana de Aeródromos* creada por el Decreto 3269 de 1954, para los efectos de la pensión de jubilación tendrán derecho a que se les compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo de servicio a la Nación". (subraya la Sala).

El artículo 2o. de dicha ley, al conceder el beneficio de la pensión de jubilación con veinte años de servicios y sin límites de edad, se refiere únicamente a los trabajadores que indica el artículo 1o. así:

"Para los efectos indicados se aplicará a los mencionados trabajadores lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 1237 de 1946 y tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, cualquiera que fuere su edad.

Parágrafo. Es bien entendido que para poder gozar de la pensión de jubilación en los términos anteriores, los trabajadores señalados deberán reintegrar o compensar a la Caja Nacional de Previsión Social las sumas que por concepto de auxilio de cesantía hubieren recibido de *Aerovías Nacionales de Colombia, S.A.* (AVIANCA)". (subraya la Sala).

También inexplicablemente, el actor pretende acomodar a su caso el concepto dado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 27 de agosto de 1979, y que en materia de pensión de jubilación se refiere a los beneficiarios de la Ley 7a. de 1963, es decir, a quienes prestaron inicialmente servicios en AVIANCA. Se lee en el ordinal 4o. de dicho concepto lo siguiente:

"4o. Reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por parte de la Caja Nacional de Previsión, para los funcionarios que laboran en la Sección de Meteorología Sinóptica Aeronáutica del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras —HIMAT—.

"El derecho a la pensión de jubilación *de los empleados a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 7a. de 1961*, está consagrado en los términos del artículo 2o. de dicha ley, "al cumplir veinte (20) años de servicio, cualquiera que fuera su edad". (folios 38 y 39). (subraya la Sala).

Quedó demostrado, pues, que "los empleados a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 7a. de 1961" son los que prestaron servicios a AVIANCA y luego pasaron a la Empresa Colombiana de Aeródromos: de suerte que lo que pretende el demandante es que se aplique a su caso una norma dictada exclusivamente en beneficio de quienes, como se dice en la misma ley, "venían prestando sus servicios a Aerovías Nacionales de Colombia S.A. (AVIANCA) y que fueron incorporados a la Empresa Colombiana de Aeródromos".

No siendo dicha ley aplicable al demandante, no pudo quebrantarla la Caja Nacional de Previsión, al negarle la pensión de jubilación reclamada con fundamento en ella.

Por consiguiente, 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, parcialmente de acuerdo con su concepto Fiscal colaborador,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada en sesión celebrada el 5 de octubre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SUSTITUCION PENSIONAL.— 1. Cuándo se tiene derecho a ella? Requisitos. 2. Evolución legislativa (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 434 de 1971. Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975. 3. Beneficiarios. 4. Tiempo de goce. Tiempo vitalicio para viudos (Ley 33 de 1973). 5. La pensión de jubilación a que obedece la ley 12 de 1975, tuvo en cuenta una última situación por cuanto consagró el disfrute de la prestación para cualquiera de los dos cónyuges, HOMBRE O MUJER, así no tuviera la edad cronológica requerida, significando lo anterior que se suprimió un requisito, es decir, el de la edad exigido en leyes precedentes. Declárase la nulidad de las resoluciones números 3466 y 4489 del 19 de agosto y 17 de noviembre de 1981, respectivamente, proferidos por el Gerente de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), y la Resolución número 000015 del 12 de febrero de 1982, dictada por la Junta Directiva de la mencionada entidad.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 7076.
Actora: **Blanca Cecilia Martínez Vda. de Cuervo y otros.** Autoridades Nacionales.

La señora BLANCA CECILIA MARTINEZ VDA. DE CUERVO, por conducto de apoderado y en representación de sus hijas PATRICIA CECILIA Y CLAUDIA EUGENIA, mediante demanda promovida en esta Corporación y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitan la nulidad de las Resoluciones números 3466 y 4489 del 19 de agosto y 17 de noviembre de 1981, expedidas por el señor Gerente de la Caja Nacional de Comunicaciones, y de la Resolución número 000015 del 1o. de febrero de 1962, proferida por la Junta Directiva de la misma entidad, respectivamente, en virtud de las cuales se les negó el reconocimiento y pago de una pensión sustitutiva de jubilación, en su condición de cónyuge e hijas legítimas del señor HERNAN CUERVO GONZALEZ.

Como HECHOS constitutivos de la acción inconda, se aducen en el libelo, los siguientes:

"Mediante las Resoluciones acusadas, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, negó a la señora Blanca Cecilia Martínez Vda. de Cuervo, y a sus menores hijas Patricia Cecilia y Claudia Eugenia Cuervo Martínez, el reconocimiento y pago de la pensión jubilatoria a que tenía derecho su esposo legítimo Hernán Cuervo González,

porque éste "no tenía al momento de su fallecimiento la calidad de empleado público o trabajador oficial", que en sentir de la Institución acoge el artículo 1o. de la Ley 12 de 1975, para ser beneficiarios de dicha prestación.

"A esa conclusión, inequitativa, equivocada e insensible, llegaron los actos administrativos proferidos por CAPRECOM, porque deliberadamente guardaron "silencio administrativo", con el aspecto atinente a que el tiempo de servicios, superior a los 20 años que presento el causante Hernán Cuervo González, en distintos cargos en el Ramo de Radiocomunicaciones del Ministerio de Comunicaciones, como Mecánico egresado de la Escuela Postal, le daba pleno derecho a jubilarse con dicho tiempo, sin consideración de la edad, de conformidad con la legislación especial que rige para los servidores del Ramo de Telecomunicaciones, especialmente lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1237 de 1946.

"No obstante que este aspecto primordial fue objeto del recurso de reposición interpuesto en mi memorial del 16 de septiembre de 1981, contra la Resolución 03466 de 19 de agosto del mismo año, que negó la sustitución pensional a mis poderdantes, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones eludió analizar dicho aspecto y con toda frescura en la Resolución 4469 del 17 de noviembre de 1981, afirma: "que los argumentos traidos por el apoderado en el mencionado escrito, no aportan ningún elemento nuevo que conlleve a modificar el criterio en que se inspiró la Resolución número 3466 del 19 de agosto de 1981, circunstancia que impone sostener dicha Resolución".

"Finalmente, la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, incurre igualmente en silencio administrativo, sobre el derecho que de acuerdo con legislación especial, amparaba al causante para concederle la pensión, sin consideración a la edad, por sus servicios como mecánico en distintos cargos del Ministerio de Comunicaciones, y confirma el criterio que inspiraron las Resoluciones de la Caja, consistente en que conforme al texto del artículo 1o. de la Ley 12 de 1975, se "instituyó el derecho a una sustitución pensional post-morten para 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, pero no como lo pretende la impugnación para la cónyuge, compañera permanente e hijos de extrabajadores particulares o del sector público".

"Aún cuando Hernán Cuervo González, consolidó el derecho a la pensión de acuerdo con la legislación especial que se cita, a partir del día 1o. de junio de 1977 en que aparece desvinculado del servicio, aspecto suficiente para acceder al reconocimiento y pago de la pensión del causante, a favor de mis poderdantes, ello no me releva de demostrar la equivocada interpretación que consignan las resoluciones acusadas, sobre el artículo de la Ley 12 de 1975.

"Por ninguna parte se colige del claro texto del artículo 1o. de la Ley 12 de 1975, la distinción odiosa que consigna la Caja, en cuanto a la vinculación del servicio del cónyuge causante al momento de su fallecimiento, para que opere el derecho a favor de las personas beneficiarias, a que se refiere taxativamente la norma, interpretación absurda, que desnaturaliza el alcance y espíritu que tuvo el legislador al proferirla.

"En efecto, mal podía el legislador al redactar el mencionado artículo exigir como requisito para la sustitución del derecho que allí se transmite a las personas taxativamente enumeradas, exigir la vinculación del causante al servicio al momento de su fallecimiento, cuando toda la legislación que regula la pensión en el sistema colombiano exige el retiro del servicio del trabajador particular, o trabajador o empleado del sector público para poder disfrutarla. Es conocido el principio filosófico de que una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo.

"Por otra parte, el derecho a la sustitución pensional de jubilación que consagra el artículo 1o. de la Ley 12 de 1975, se fundamenta en dos presupuestos a saber: que el cónyuge causante fallezca antes de cumplir la edad cronológica para disfrutar de la pensión, y que, de otra parte, complete el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas, pero jamás, en la vinculación del servicio, como equivocadamente lo sostienen las resoluciones acusadas".

En la demanda se invocan como disposiciones transgredidas por el pronunciamiento de las resoluciones impugnadas, los artículos 30 de la Constitución Nacional; 1o. de la Ley 12 de 1975 y 21 del Decreto 1237 de 1946; las Leyes 2a. de 1932; 6a. de 1945; 23 de 1946; 263 de 1948; 4a. de 1976 y el Decreto-Ley 3135 de 1968. El apoderado de la actora analiza el alcance jurídico de las normas precedentes para demostrar su quebrantamiento y deducir de ese estudio el derecho que alega asistirle en la reclamación impetrada.

La Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones designó apoderado para que representara a la entidad en el juicio, sin que éste hubiese tenido actuación alguna durante el trámite del mismo.

La Fiscalía Quinta de la Corporación, en su vista reglamentaria es de concepto que se acceda a las pretensiones del libelo, con las modificaciones en ella indicadas.

Rituada la litis dentro de las prescripciones de la ley, sin que se observe causal de nulidad alguna que pudiese invalidarla, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el presente juicio se controvierte si la señora Blanca Cecilia Martínez Vda. de Cuervo, como esposa del causante y en representación de sus hijas legítimas Patricia Cecilia y Claudia Eugenia Cuervo Martínez, tienen derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión sustitutiva de jubilación por los servicios prestados por su difunto esposo al Ministerio de Comunicaciones.

Realizada la revisión del informativo aparece plenamente acreditado, que el señor Hernán Cuervo González, trabajó en el Ministerio de Comunicaciones desde el día 9 de marzo de 1956 hasta el 26 de septiembre de 1977, es decir, durante un lapso superior a los 20 años (folio 15). Igualmente, se verificó que su muerte tuvo lugar el 6 de octubre de 1980 (folio 9, antecedentes administrativos), y que al producirse su deceso, la cónyuge y sus menores hijas dependían económicamente de él.

Sobre las bases anotadas anteriormente, considera la Sala que para decidir con acierto el punto que le ha sido planteado, es necesario llevar a cabo un examen y confrontación de los preceptos legales que regulan la sustitución pensional entre los cónyuges, para cuyos efectos, se tendrá en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 3135 de 1968, "al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión, la pensión que le hubiere correspondido durante dos años sin perjuicio de las prestaciones anteriores".

Además, debe advertirse que de conformidad con el artículo 34 citado en el precepto antes transcrito, entre los beneficiarios que allí se relacionan, están comprendidos, en primer término, el cónyuge sobreviviente quien tendrá derecho a la mitad de la pensión, pues la otra mitad corresponde a los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador fallecido.

A su turno el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del estatuto antes mencionado, en su artículo 92, estatuye:

"Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 10 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieran económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los 2 años subsiguientes al fallecimiento del pensionado".

Como puede apreciarse, según el contenido de las disposiciones transcritas, el respectivo cónyuge tenía derecho a sustituir al otro, en la pensión de jubilación, invalidez o vejez, pero sólo por los dos años siguientes al fallecimiento.

Posteriormente, se expidió el Decreto 434 de 1971, cuyo artículo 19 es del siguiente tenor:

"Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 10 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieran económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo de Trabajo, la respectiva pensión durante cinco (5) años subsiguientes".

Obsérvese que la diferencia entre la norma inmediatamente transcrita y las dos anteriores, radica que en el segundo caso, la sustitución de la pensión se amplió a los cinco años subsiguientes y sólo a este límite, siendo de advertir que los preceptos examinados se refieren en forma genérica al cónyuge supérstite o sobreviviente, lo cual, quiere decir, que cualquiera de los dos, tenía derecho a disfrutar de la correspondiente pensión sustitutiva.

Se expidió luego la Ley 39 de 1973 "por la cual se transforman en vitalicias las pensiones de las viudas", en cuyo artículo primero se estableció: "Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, *su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia*" (subraya la Sala). El resto de las disposiciones del estatuto en cuestión, que es de carácter especial, fija las bases para el disfrute de la prestación y su pérdida, así como para las sustituciones.

Cabe anotar que el mencionado decreto concedió la sustitución de las pensiones en forma vitalicia, pero sólo para las viudas, pues el título precedente y el contenido de la norma legal no dejan duda alguna al respecto.

Se dictó después la Ley 12 de 1975, en cuyo artículo 1o. se ordenó: "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 *pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica* para esta prestación pero que hubiera completado el tiempo de servicio consagrado para ello en la ley, o en Convenciones colectivas". (Subraya la Sala).

Como puede observarse, la pensión de jubilación a que alude este último estatuto, tuvo en cuenta una nueva situación, por cuanto consagró el disfrute de la prestación para cualquiera de los dos cónyuges, hombre o mujer, a fin de que se pudiera sustituir al cónyuge fallecido cuando éste hubiera cumplido el tiempo de servicio, así no tuviera la edad cronológica requerida, significando lo anterior que se suprimió un requisito, en decir, el de la edad, exigido en las leyes precedentes.

De acuerdo con los hechos expuestos en esta sentencia, los cuales aparecen ampliamente corroborados con los distintos elementos de juicio traidos al proceso, se deduce inequívocamente que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión sustitutiva de jubilación, toda vez que en ella concurren las circunstancias previstas en la ley para otorgarla, razón por la cual prosperarán las súplicas de la demanda, tal como lo solicita la Agencia del Ministerio Público, al omitir su concepto de fondo, cuando manifiesta:

"La pensión de jubilación es un derecho que adquiere el empleado público, al cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicio y edad, exigidos por la ley. Pero si sólo cumple uno de ellos, el de tiempo de servicio y se desvincula, no por ello pierde la posibilidad de reclamar la prestación cuando cumpla el otro, es decir, el de la edad.

"La pensión tiene como finalidad esencial, recompensar los servicios prestados al Estado durante un determinado tiempo, brindando al trabajador y a su familia un auxilio económico.

"Hasta antes de la vigencia de la Ley 12 de 1975, la figura de la sustitución pensional por muerte del beneficiario de la prestación, sólo tenía operancia en el caso de pensiones ya consolidadas, es decir, cuando el fallecido había cumplido los dos requisitos de tiempo y edad o estaba disfrutándola.

"Pero la ley mencionada hizo posible que ese derecho se hiciera efectivo aún faltando el requisito de la edad, teniendo en cuenta que la pensión es primordialmente una compensación al tiempo servido y que de no haber ocurrido el fallecimiento, se hubiera podido configurar plenamente el disfrute de la prestación.

"Si bien el artículo 1o. de la Ley 12 de 1975 se refiere al hecho de la muerte de un empleado o trabajador oficial, no debe entenderse por ello que está exigiendo tal calidad en ese momento; lo hace para conceder el derecho a los familiares de una persona que estuvo vinculada al Estado por 20 años, como empleado público o como trabajador oficial, porque ya vimos que el derecho a la pensión puede hacerse efectivo aun cuando el empleado cumpla el requisito de la edad estando retirado del servicio.

"Por estas razones la Fiscalía estima que es errada la interpretación que de la norma hizo la Caja en el caso de autos, pues si aceptó un tiempo de servicios mayor de 20 años, se cumplían todos los supuestos exigidos para el reconocimiento de la prestación reclamada.

"Opina, entonces, este Despacho, que no existe duda ninguna en cuanto al derecho a la sustitución pensional en cabeza de la señora Blanca Cecilia Martínez Vda. de Cuervo, mientras no se contraiga nuevas nupcias. Y que en cuanto a sus hijas, es necesario tener en cuenta que según el artículo 2o. de la misma ley, el derecho se pierde por llegar a la mayoría de edad, y que según los registros civiles que obran a folios 11 y 12 del expediente administrativo, nacieron: Claudia Eugenia el 23 de febrero de 1965 y Patricia Cecilia el 31 de octubre de 1961, o sea, que cumplieron la mayoría de edad el 23 de febrero de 1983 y el 31 de octubre de 1979, respectivamente.

"Es decir, que cuando se presentó la demanda, el 6 de mayo de 1982, y cuando falleció el padre el 6 de octubre de 1980, Patricia Cecilia ya no era menor de edad, podía comparecer en juicio y no confirmó poder para ello.

"En los anteriores términos esta Agencia del Ministerio Público se permite rendir concepto, solicitando, en primer lugar, poner en conocimiento de la señorita Patricia Cecilia Cuervo Martínez o sea la parte indebidamente representada la causal de nulidad que se configura, para que manifieste si ratifica lo actuado.

"Si la Sala estima que ello no es necesario, en cuanto al fondo del asunto, conceptúa la Fiscalía, que la señora Blanca Cecilia Martínez viuda de Cuervo tiene derecho a la sustitución pensional, su hija Claudia Eugenia también, pero hasta el 23 de febrero de 1983, cuando cumplió su mayoría de edad".

Finalmente, en lo que respecta a la pretendida nulidad de la actuación por indebida representación de la señorita Patricia Cecilia Cuervo Martínez, la Sala se abstendrá de su estudio, pues como es fácil advertirlo en memorial visible a folio 62 del informativo, aquella se allanó expresamente a la causal invocada por la Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria.

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:

Primero.— Declárase la nulidad de las Resoluciones números 3466 y 4489 del 19 de agosto y 17 de noviembre de 1981, respectivamente, proferidas por el Gerente de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), y la Resolución número 000015 del 12 de febrero de 1982, dictada por la Junta Directiva de la mencionada Entidad.

Segundo.— En consecuencia, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), reconocerá y pagará a la señora BLANCA CECILIA MARTINEZ VIUDA DE CUERVO y a su hija legítima, señorita CLAUDIA EUGENIA CUERVO MARTINEZ, por sustitución, una pensión mensual de jubilación vitalicia, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual del sueldo devengado por el causante, señor HERNAN CUERVO GONZALEZ, durante el último año de servicios prestados en el Ministerio de Comunicaciones, con efectividad a partir de la fecha de su fallecimiento, es decir, desde el seis (6) de octubre de mil novecientos ochenta (1980), con los reajustes legales a que tengan derecho.

Parágrafo.— Es entendido que la sustitución pensional de que se trata anteriormente, sólo la disfrutará la beneficiaria señorita Claudia Eugenia Cuervo Martínez, hasta el día veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983), fecha en que cumplió la mayoría de edad.

Tercero.— La entidad obligada dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro de término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SINDICATOS.— PERMISOS PERMANENTES REMUNERADOS.— En el régimen general de los empleados públicos, y en el especial que rige para los de ADPOSTAL, no se encuentra base legal para autorizar y remunerar actividades ajenas al respectivo cargo, en forma permanente.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., noviembre siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**
Referencia: Expediente No. 9717. Autoridades Nacionales.
Actor: **César Augusto Sánchez Martínez.**

En ejercicio del contencioso de anulación, el Dr. CESAR AUGUSTO SANCHEZ M. ha demandado la nulidad del artículo 1o. del Acuerdo Número 005 de marzo 3 de 1983 por el cual la Administración Postal Nacional concedió 21 permisos remunerados permanentes a empleados afiliados al Sindicato.

Alega el demandante que la Administración Postal Nacional es un establecimiento público, constituido por Decreto-Ley 3267 de 1963 y regido por los Estatutos que aprobó el Gobierno Nacional mediante Decreto 195 de febrero 3 de 1976; que la Junta Directiva concedió 21 permisos permanentes remunerados "sin consultar las limitaciones legales de los funcionarios públicos", que los sindicatos del sector público sólo pueden presentar memoriales respetuosos a la administración, que tiene la obligación correlativa de procurar adecuada solución, pero no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas; y, finalmente, que a los establecimientos públicos no les es aplicable el artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, por cuanto esta norma implica una relación de Derecho Individual del Trabajo de carácter particular (folios 23-24).

Como normas violadas, invoca el actor las contenidas en la Constitución Nacional, artículo 20; Decreto 2400 de 1968, artículo 21; Decreto 1950 de 1973, artículo 74; Decreto 1050 de 1968, artículo 26; Decreto 3130 de 1968, artículo 17 y Decreto 195 de 1976, artículo 21 (folio 24).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.— Sostiene el demandante que, según expresó el Consejo de Estado en respuesta a una consulta formulada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, la posibilidad de obtener permiso remunerado para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, exceptuado el personal civil del Ramo de Defensa, se deriva del artículo 21 del Decreto 2400 de 1968 y es hasta por tres días y requiere justa causa; que la facultad de autorizar o negar el permiso corresponde al Jefe del Organismo respectivo o a quien se le haya delegado, según el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973; que el ser miembro de la Junta Directiva de un sindicato no determina un régimen o regulación diferente ni la decisión "puede vincularse al desempeño de comisiones sindicales, cuya normatividad es propia del reglamento de trabajo, que hace parte del contrato individual de trabajo"; que la condición de empleado público es incompatible con la relación de Derecho Individual de carácter particular "y el ejercicio de la función pública no tolera alternativas propias de tal carácter", por lo que "mal pueden los jefes de los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público conceder a sus empleados

permisos sindicales remunerados por un término superior a tres días, así sean miembros de las Juntas Directivas del respectivo sindicato"; que es deber de todo empleado "dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones que le han sido encomendadas"; que entre las facultades señaladas a las Juntas Directivas de los establecimientos públicos por el Decreto 1050 de 1968 no está la de conceder permisos remunerados por un término superior a tres días; que el acto acusado viola el artículo 17 del Decreto 3130 de 1968 pues no consulta sus presupuestos y, "en la medida que se otorguen estos beneficios, la comunidad y los usuarios del servicio de correos son los afectados porque tales vacantes no pueden ser cubiertas debido a la congelación de la planta de personal"; que el acuerdo enjuiciado contraría la disposición del artículo 21 del Decreto 195 de 1975, pues la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional se ha extralimitado en sus funciones; y, finalmente, que también se ha transgredido el artículo 20 de la Constitución Nacional ya que las autoridades y funcionarios públicos sólo pueden hacer o realizar aquello para lo cual la norma jurídica los autoriza. (folios 24-28).

Remata el accionante su concepto de la violación expresado:

"Un acuerdo de Junta Directiva no puede exigirse en un régimen exceptivo, pues ello socava el orden jurídico del país: ... grave error de derecho comete la Junta Directiva al asumir disposiciones que pertenecen al ámbito del derecho privado (artículo 57, del Código Sustantivo del Trabajo). La ley es expresión de la voluntad general y autoridad suprema. Todas las actuaciones de la administración deben estar subordinadas a la ley, de modo que la Honorable Junta Directiva sólo puede hacer lo que la ley le permite". (folios 26-27).

2.— El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional no constituyó parte impugnadora a través de apoderado y, tras solicitar unas pruebas que fueron negadas por la extemporaneidad de la solicitud (folios 123-124 y 143), se opuso a las pretensiones del accionante con los argumentos que, en lo sustancial, se compendian a continuación.

1.— El derecho de asociación está permitido por la Constitución. El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional tiene personería jurídica y, desde su fundación, ha ejercido sus funciones en beneficio de sus asociados y, "como tal, ha firmado un sinnúmero de acuerdos salariales, permisos sindicales, seguridad social y otros". (folios 119-120).

2.— El artículo 15 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 caracteriza a la empresa como una organización económica encaminada a obtener beneficios pecuniarios con las actividades que realice ...".

3.— La Administración Postal Nacional es un establecimiento público autónomo, con personería y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del Estado, a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de los salarios, horas extras, recargo nocturno ..." (folio 120).

4.— Los trabajadores amparados con los acuerdos dados por la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional pueden predicar garantías de los derechos adquiridos, ya que los ampara el artículo 30 de nuestra Carta Política, la Junta Directiva de la entidad, al ordenar el acuerdo impugnado, lo hizo dentro de los mandatos legales". (folio 121).

5.— "Las peticiones respetuosas de la organización sindical fueron atendidas y discutidas en primera instancia por el Director del Instituto y ratificadas más

tarde por la Junta Directiva del Organismo mediante el acuerdo atado, por tal razón no es generado por objeto o causa lícita". (folio 121).

6.— Según el Art. 13 del Código Sustantivo del Trabajo, las disposiciones de éste contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los trabajadores (folio 22).

7.— La organización sindical de base tiene la representación directa de sus afiliados para la celebración de convenciones colectivas de trabajo y "es apenas lógico que la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional reconozca ese derecho plenamente". (folio 122).

8.— Siendo la Administración Postal Nacional un establecimiento público, "tiene la facultad de pactar algunas prerrogativas sindicales, como son permisos, salarios, primas, vacaciones, asistencia médica, con la organización sindical, sin que se pueda pensar por algun momento una extralimitación de funciones". (folio 122).

Al final, plantea la siguiente conclusión:

"No resultan transgredidas las normas que señalan en este acápite de la demanda por cuanto los permisos sindicales a favor de las personas asociadas constituyen un derecho que puede ejercitarse o no, y es dicrecional de él su ejercicio. Por lo demás, esas circunstancias de modo alguno pueden invalidar tanto el acto administrativo como sus resultados" (folios 122-123).

Especulaciones de este rango y de proyección genérica se encuentra también en el alegato visible a folios 145 a 151. Allí analiza la parte impugnadora algunas provisiones de los Decretos 1050 y 3130 de 1968 así como los alcances de disposiciones contenidas en otros estatutos, tales como los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y el régimen de personal establecido en la reforma de 1968. Campean en el alegato formulaciones a estilo de las siguientes:

"Teniendo en cuenta los ordenamientos anteriores, las Juntas Directivas de los establecimientos públicos podrán crear y modificar las condiciones relacionadas con los trabajadores que laboren en éstas, para establecer un buen servicio y buscar un equilibrio social y económico entre la empleadora y sus servidores". (folio 146).

"La ley contempla la posibilidad de que el patrono o empleador conceda permisos a las directivas de un sindicato a fin de facilitar el ejercicio de sus actividades sindicales, como lo indica la honorable corporación, en consecuencia la Junta Directiva del establecimiento público denominado Administración Postal Nacional actuó dentro de los mandatos legales, que tuvo como finalidad establecer las relaciones normales entre la administración y el sindicato, buscando el mejor entendimiento, positivo y eficaz entre la administración y sus trabajadores para un buen servicio".

"Por lo tanto, los Decretos 2400, 3130, 1050 de 1968, la Ley 26 y 27 de 1976, artículos 3, 4, 12, 353 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, permiten a los establecimientos públicos pactar con las organizaciones sindicales situaciones de derecho y de hecho, para el mejor desarrollo de sus condiciones laborales, de estabilidad y de incrementos en sus salarios y primas, para sus asociados". (folios 150-151).

3.— El texto acusado del Acuerdo Número 006 de marzo 3 de 1933 es su artículo 1o. cuyo tenor es el siguiente:

"La Administración Postal Nacional reconocerá ocho permisos permanentes para los miembros de la Junta Directiva Nacional de SINTRAPOSTAL y seis permisos

para las Subdirectivas Regionales, en proporción de uno por cada Regional. El miembro de la Subdirectiva que gozará del permiso, será el que designe ante ADPOSTAL el Presidente de la Junta Directiva Nacional. Así mismo, se reconocerá un permiso permanente remunerado para el miembro del Sindicato que resultare elegido en el Comité Ejecutivo Nacional de la Confederación a la cual se halle afiliado el Sindicato y seis permisos permanentes remunerados para los miembros que resultaren elegidos en los Comités Ejecutivos Regionales de las Federaciones Regionales o de Industria, pertenecientes a la Central a la cual se encuentre afiliado el Sindicato". (folio 19).

Es pertinente comprobar cómo el Acuerdo Número 006 no lleva motivación alguna.

En estas condiciones, sin fundamentación legal concreta aunque afirmando que lo hace "en uso de sus facultades legales y estatutarias", la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional, entidad ésta de carácter oficial como que es un establecimiento público, concede permisos permanentes y remunerados a algunos de sus servidores, que son empleados públicos, por razón de pertenecer a la Junta Directiva Nacional del Sindicato o a las Subdirectivas Regionales o porque, como simples miembros de la Organización Sindical, han sido elegidos para tal beneficio por el Comité Ejecutivo Nacional de la Confederación a que aquella se encuentra vinculada y por los Comités Ejecutivos Regionales o de Industria de dicha confederación.

4.— Corresponde dilucidar, en primer término, si en el ordenamiento legal que rige para los empleados en general, existen normas que autoricen estos permisos.

El Decreto 2400 de 1963 en su artículo 13 expresa:

"Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo".

Para las licencias trae el citado Decreto las siguientes disposiciones:

"Artículo 19.— Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta días del año, contínuos o divididos. Si concurre justa causa, a juicio de la autoridad nominadora, la licencia puede prorrogarse hasta por treinta días más.

"Cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la autoridad nominadora decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

"Durante la licencia los empleados no podrán ocupar otros cargos dentro de la administración pública. Esta licencia no se computará para ningún efecto como tiempo de servicio".

"Artículo 20.— De acuerdo con el régimen legal de prestaciones sociales, los empleados tienen derecho a licencias remuneradas por enfermedad y por maternidad".

En lo que respecta a los permisos, el Decreto en mención dispone en su artículo 21, que "los empleados, cuando medie justa causa, pueden obtener permiso con goce de sueldo hasta por tres días".

Similares normas se encuentran, en cuanto a licencias y permisos, en el Decreto 1950 de 1973, artículos 60 a 72 y 74, respectivamente.

Podría pensarse, entonces, que la situación ha sido denominada equivocadamente y que no se trata de un permiso sino de una comisión, por ejemplo? Aún así, la irregularidad resulta manifiesta pues en el parágrafo del artículo 22 del Decreto 2400 de 1968 se puntualiza que "en ningún caso podrá conferirse comisión para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública".

Por otra parte, entre los deberes de los empleados públicos que registra el artículo 6o. del precipitado decreto, están los de "desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo" y "dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas". Prohibiciones concretas contempla el mencionado decreto que excluyen, de todas maneras, la posibilidad de permisos permanentes, tales como la de "realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo" (artículo 8o.).

5.— Resta examinar si, conforme al régimen particular vigente en la Administración Postal Nacional, es legalmente admisible la situación que se enjuicia en el *sub lite*.

El Decreto 3267 de 1963, "por el cual se dictan disposiciones sobre reorganización del Ministerio de Comunicaciones", expresa en su artículo 12 que "el Servicio de Giros, creado por la Ley 68 de 1918 y reorganizado por los Decretos-Leyes 2294 de 1950 y 1635 de 1960, continuará funcionando como establecimiento público con autonomía jurídica, administrativa y patrimonial, bajo la denominación ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL, y tendrá a su cargo la prestación y explotación de los servicios postales" ... Según expresa el artículo 16 del mismo decreto, la Administración Postal Nacional está a cargo de una Junta Administradora y de un Director. Las funciones de la Junta Administradora aparecen señaladas en el artículo 18 y de ellas las relacionadas con el personal son las siguientes:

"a) Adoptar y modificar los estatutos de la Administración Postal Nacional, los cuales serán sometidos a la aprobación del Gobierno;

"b) Dictar los reglamentos sobre funcionamiento interno de la misma;

"c) Crear, suprimir y fusionar los cargos necesarios para la buena marcha de la entidad, fijándoles las correspondientes funciones y remuneraciones, de acuerdo con las normas de la Secretaría de Organización e Inspección de la Administración Pública y del Departamento Administrativo del Servicio Civil;

"d) Organizar cursos para la capacitación del personal en materias postales".

En los estatutos de la entidad, que fueron aprobados por Decreto Número 195 de 1976, aparecen las siguientes normas que tienen relación con la situación planteada en este proceso:

"Artículo 2o.— La Administración Postal Nacional es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Comunicaciones".

"Artículo 4o.— La Administración Postal Nacional se regirá por las disposiciones de los Decretos 3267 de 1963 y 3130 de 1968, por las normas contenidas en los presentes Estatutos y por las demás disposiciones sobre organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional".

"Artículo 47.— Todas las personas que presten sus servicios al Instituto son empleados públicos y, por lo tanto, estarán sometidas al régimen legal y vigente para los mismos".

"No obstante lo anterior, conforme al artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñan las siguientes actividades:

"a) Construcción y sostenimiento de obras y equipos;

"b) Labores de aseo, servicios de alimentación, lavado y planchado de ropa y asistencia doméstica".

El artículo 41, refiriéndose al patrimonio de la institución, señala:

"El patrimonio del Instituto se destinará de manera exclusiva al logro de sus objetivos y al cumplimiento de sus funciones, sin que pueda variarse ni en todo ni en parte tal destinación".

Una deducción preliminar de los preceptos contenidos en los Decretos 3237 de 1963 y 195 de 1976 es la de que ninguno de ellos autoriza un régimen de excepción para los empleados de la Administración Postal Nacional que los sustraiga del ordenamiento legal aplicable a todos los empleados públicos. Tampoco aparecen allí consagradas facultades especiales para la Junta Directiva ni privilegios para los miembros del sindicato, que pudieran justificar la concesión de permisos permanentes, remunerados con el patrimonio de la institución. El haber exonerado a algunos de los empleados de sus obligaciones como tales, viene a constituir, en esta forma, un extravío inexcusable que perturba el orden jurídico y crea un funesto precedente.

Cabría agregar que el haber autorizado, a través de permisos permanentes remunerados, que con el patrimonio de la institución se paguen servicios no prestados, contraviene igualmente lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 195 de 1976, antes transcrito.

6.— Queda en claro de todo lo anterior que la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones al conceder los mencionados permisos, ya que ni en el régimen general de los empleados públicos ni en el especial que rige para los de ADPOSTAL se encuentra base legal para autorizar y remunerar actividades ajeno al respectivo cargo, en forma permanente.

Los argumentos de la impugnación serían de considerar si estuvieran concebidos como ataque directo a los planteamientos del accionante, pero, como se ha podido ver, solo contienen especulaciones genéricas que apenas incidentalmente enfocan el problema y eso con referencia a normas que no son aplicables al caso concreto.

Tampoco el Código Sustantivo del Trabajo, en la parte correspondiente a las relaciones de carácter colectivo, que es aplicable también a los empleados oficiales, trae norma que pudiera abonar la conducta de la Junta Directiva de ADPOSTAL. Solamente el artículo 57 de la primera parte del Código (Relaciones Individuales) contempla, entre las obligaciones del patrono, la de conceder al trabajador las *Licencias necesarias* "para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización", aunque con precisas restricciones que no encajan dentro de la situación acusada en este proceso.

En conclusión, con los permisos permanentes remunerados otorgados a través del Acuerdo Número 006 de marzo 3 de 1983, se ha quebrantado el orden jurídico nacional.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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:

DECLARASE la nulidad del Acuerdo Número 006 de marzo 3 de 1983, dictado por la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional, en su artículo 1o. cuyo texto es el siguiente:

"La Administración Postal Nacional, reconocerá ocho (8) permisos permanentes para los miembros de la Junta Directiva Nacional de SINTRAPOSTAL y seis (6) permisos permanentes para las Subdirectivas Regionales, en proporción de uno (1) por cada regional. El miembro de la Subdirectiva que gozará del permiso, será el que designe ante ADPOSTAL, el Presidente de la Junta Directiva Nacional. Así mismo se reconocerá un (1) permiso permanente remunerado para el miembro del sindicato que resultare elegido en el Comité Ejecutivo Nacional de la Confederación a la cual se halle afiliado el sindicato y seis (6) permisos permanentes remunerados para los miembros que resultaren elegidos en los Comités Ejecutivos Regionales de las Federaciones Regionales o de Industria, pertenecientes a la central a la cual se encuentre afiliado el sindicato".

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día veintiséis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

RENUNCIA.— PRESENTACION.— INSUBSISTENCIA.— El hecho de que un empleado haya presentado renuncia de su cargo no impide a la autoridad nominadora hacer uso de la facultad discrecional de declarar insubsistente su nombramiento como medio para retirarlo del servicio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez y nueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 9111. Autoridades Nacionales.
Actora: **Virginia Torres González.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la señorita VIRGINIA TORRES GONZALEZ contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de enero de 1983, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda que la recurrente había presentado con el fin de obtener las declaraciones que solicitó así su apoderado:

"1o.— Declarar nula y sin efecto el artículo 1o. de la resolución proferida por la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS por medio de la cual se declara la insubsistencia de VIRGINIA TORRES GONZALEZ, en el cargo de Secretario 5140-08 de la Secretaría General.

"2o.— Como consecuencia de la nulidad solicitada en el punto anterior, se ordena la restitución de mi patrocinado en el mismo empleo, uno similar o superior al que desempeñaba, cuando se produjo el acto impugnado.

"3o.— Que se ordene el pago de los sueldos y prestaciones sociales correspondientes causados, dejados de percibir, así como demás indemnizaciones que resulten de la relación laboral establecida desde la fecha que fue ilegalmente separada del cargo, hasta cuando sea restituída en el mismo, uno semejante o superior según la asignación actual o aumentos que puedan originarse mientras permanezca por fuera del servicio, ocasionado por el acto acusado.

"4o.— Que se declare, para efectos de las prestaciones sociales y demás derechos laborales que no hay solución de continuidad en las relaciones de servicio entre mi mandante y la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS" (folio 4).

Son hechos de la demanda los siguientes:

"a) La señorita VIRGINIA TORRES GONZALEZ, fue vinculada a la Superintendencia de Control de Cambios "Ministerio de Hacienda y Crédito Público" por Resolución Número 0292 de junio 7 de 1976.

"b) En su relación de servicio con la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, por su capacidad y eficacía, fue mejorada de grado y categoría hasta llegar al cargo de Secretario 5140-08 de la Secretaría General de la mencionada Superintendencia.

"c) El día 1o. de febrero de 1979, la señorita VIRGINIA TORRES GONZALEZ, presentó renuncia de su cargo, exigida por la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, por medio de su asesor Doctor EXEQUIEL MEJIA.

"d) A pesar de que el SUPERINTENDENTE DE CONTROL DE CAMBIOS, Doctor JAIME ORTIZ AÑEZ, recibió el escrito de renuncia de la demandante en la fecha antes citada, dejo vencer el término legal para su aceptación y decidió declarar insubsistente a la actora, a partir del 1o. de abril del año en curso precisamente un día festivo.

"e) La desvinculación no tuvo como objeto el buen servicio público, lo niega el hecho de haber manifestado la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, *la eficiencia y lealtad de los servicios prestados por la señorita VIRGINIA TORRES GONZALEZ, como secretaria y de los cuales la mencionada entidad, se había beneficiado enormemente de ellos.* (Las rayas son mías).

"f) De la misma manera la capacidad y competencia de la poderdante, la reconoce la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, en su Resolución Número 00003 de septiembre 4 de 1978, acto mediante el cual se aplazaron las vacaciones de VIRGINIA TORRES, por necesidades del servicio que ya habían sido concedidas por Resolución Número 0664 de agosto 16 de 1978". (folios 4/5).

Las disposiciones que la actora considera infringidas y el concepto de la violación están indicados en la demanda de la siguiente manera:

"El acto acusado violó notoriamente el principio general de que "Los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello para lo cual estan expresamente facultados por la ley".

"Según la doctrina y jurisprudencia se colige de lo anterior que los actos administrativos que pueden expedir los funcionarios públicos, se clasifican en discrecionales y reglados. El acto sera reglado cuando la Administración lo profiere con sujeción a las disposiciones legales prestablecidas. Se dice que el acto es discrecional, si la ley o el reglamento lo ha considerado la forma, contenido y oportunidad de la actuación Administrativa y expresamente tolera que el agente o funcionario libremente tome la decisión que consulte el interés de la administración.

"Pero evidentemente el acto acusado, no tuvo como objetivo el buen servicio público, sino uno muy distinto y arbitrario, por lo tanto sin duda es ilegal, en consecuencia debe ser anulado.

"Esa violación parece armonizar con la prohibición ordenada en el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968.

"Refiriéndome a esta norma, incuestionablemente la suerte de la demandante estaba en manos con anticipación de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS.

"Sin logro a equivocarme puedo afirmar que la conducta, competente y honesta de la actora, por lo demás loada por la SUPERINTENDENCIA, no podía ser castigada de la forma injusta como lo fue mediante el acto acusado.

"La Resolución Número 00003 de septiembre 4 de 1978 que aplaza las vacaciones de la demandante, por necesidades del servicio y la nota de septiembre 14 del mismo año, originaria de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, me releva de mejores comentarios.

"Indudablemente la Administración incurrió en lo que se denomina desviación de poder y abuso del derecho. Se entiende esta como el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos.

"Es tan abultado el interés del funcionario, sin consultar el servicio público y para marginar a la demandante que ordeno la efectivización de la Resolución sub-lite, en un día festivo, como lo es el primero (1o.) de abril de 1979.

"De la misma manera la Resolución demandada, es violatoria de la Constitución Nacional artículo 17.

"El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

"Se tiene que el lamentable episodio, para exigir la renuncia a la demandante por medio de un funcionario subalterno, asesor de la SUPERINTENDENCIA, no solo rebasa la facultad discrecional, sino que graya el humilde patrimonio de mi poderdante, desprotegiéndola del amparo ordenado en la norma Supralegal, vulnerando aquel derecho de alcance social.

"También se infringió el Decreto 1950 de 1973 artículo 110, 111 y 115.

"Ciertamente mi patrocinada podía presentar renuncia del cargo, pero esta debe ser un acto voluntario y espontáneo, de conformidad a las normas indicadas.

Además opino que el acto ajuiciado viola ostensiblemente el Decreto 2400 de 1968 artículo 26.

"Esta norma no comporta solo una formalidad sin consecuencia, sino una exigencia legal de imperioso cumplimiento que la SUPERINTENDENCIA ignoró motuo propio y está obligada a enmendar. Y en virtud de que se omitió dejar en la hoja de vida de mi mandante las constancias del hecho y las causas que produjeron la desvinculación del servicio, el acto debe anularse. Todo en concordancia con el artículo 61 del mismo estatuto, de esta disposición legal se desprende que la expedición irregular del acto implica el quebrantamiento de la norma positiva y por lo tanto se dice haber nulidad". (folios 5/6).

El Tribunal para hacer su pronunciamiento denegatorio de las súplicas de la demanda, consideró que la actora no estaba amparada por ningún fuero de relativa estabilidad, no se comprobó relación de causalidad entre la renuncia que ella presentó y la declaración de insubsistencia de su nombramiento; además, la falta de anotación en la hoja de vida de la actora, de los datos a que se refiere el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 no es causal de nulidad.

En la segunda instancia a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto, la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado se expresó en los siguientes términos, en su concepto de fondo:

"El asunto *sub-júdice* consiste en dilucidar si la actora tiene derecho al reintegro al cargo que como Secretaria 5140-08 venía desempeñando en la Secretaría General de la Superintendencia de Control de Cambios y al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar desde la fecha en que fue retirada del cargo hasta cuando sea restituída en el mismo.

"Establece el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados ...".

"En el presente caso no se probó que la actora gozara de fuero alguno de estabilidad o permanencia en su cargo, ni que estuviera inscrita ni escalafonada en carrera administrativa, ni que su relación laboral fuera por período fijo.

"En cuanto a la renuncia presentada por la actora y que pretende relacionar como motivación de su desvinculación, es claro que esta no fue solicitada por autoridad competente para modificar la situación laboral de la misma ya que se trataba de un funcionario sin facultad alguna en cuanto a nombramiento y remoción de los empleados de la Superintendencia.

Por otra parte, el hecho o circunstancia de que la empleada hubiera presentado la renuncia no puede entrabar la facultad de libre nombramiento y remoción de la Administración y en nada incide sobre la validez del acto de declaratoria de insubsistencia.

"Es preciso aceptar entonces, que la Administración obró en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción.

"Por lo expuesto, el concepto de esta Agencia del Ministerio Público se emite para solicitar que se confirme la sentencia apelada". (folios 119 y 120).

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala comparte los planteamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la señora Fiscal del Consejo de Estado, pues la verdad es que la demandante no demostró que estuviera amparada por fuero alguno de relativa estabilidad, como el que resulta del escalafonamiento en la carrera administrativa o del ejercicio de un empleo para el cual se hubiere señalado período fijo.

Además, el hecho de que un empleado haya presentado renuncia de su cargo no impide a la autoridad nominadora hacer uso de la facultad discrecional de declarar insubsistente su nombramiento, como medio para retirarlo del servicio. La renuncia no es un acto que tenga la virtud de enervar el ejercicio de los medios legales de que dispone la autoridad nominadora para desvincular de su empleo a un funcionario público, ni la declaración de insubsistencia del respectivo nombramiento queda por ese hecho viciada de nulidad. El acto de remoción del empleado es válido si se ha dictado de conformidad con las correspondientes disposiciones legales.

Por otra parte, la falta de anotación, en la respectiva hoja de vida, del hecho de la insubsistencia y de sus causas tampoco invalida el acto mediante el cual se hizo tal declaración, como lo ha sostenido en forma reiterada el Consejo de Estado. No se trata de un requisito exigido por la ley para la expedición o la validez del acto, sino que cumple una finalidad de registro y de información.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con su Fiscal colaboradora, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de enero de 1983.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el 30 de noviembre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

INSUBSISTENCIA.— Artículo 26. Decreto 2400 de 1968. Anotación en la hoja de vida de los hechos y las causas que ocasionaron la insubsistencia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintidós (22) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 9111.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración de que me merecen las opiniones de los Consejeros que integran la Sección Segunda del Consejo de Estado, debo separarme de la decisión contenida en la sentencia del 19 de diciembre de 1984, aprobada por la mayoría de la Sala, por medio de la cual se confirmó el fallo apelado proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el día 28 de enero de 1983.

Para consignar mi salvamento de voto a la anterior sentencia, debo, en primer término, reiterar, las razones que llevaron a esta misma Sección Segunda del Consejo, a acoger los pedimentos de la demanda, en la sentencia dictada con fecha 12 de julio de 1976, con ponencia del suscrito Consejero, en el juicio instaurado por el señor Héctor Manuel Barragán Collazos y en la cual se expresó lo siguiente:

"Finalmente, el mismo funcionario por orden del Tribunal, contenida en los Oficios de folios 62 y 78 envió, en fotocopia algunos de los documentos, en donde al revisar cuidadosamente cada uno de ellos se verifica que en el informativo no se dejó constancia de hecho alguno ni de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia de que se trata, en contravención al terminante mandato del citado artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que impone hacerlo en casos como el *sub-lite.*

"Para la Sala esta exigencia legal no debe estimarse como una simple formalidad de orden secundario o puramente interno que los funcionarios directivos pueden cumplir o dejar de cumplir *ad-libitum*, sin consecuencia alguna, por que el espíritu de la Reforma Administrativa de 1963, aun para los empleados vinculados en sus relaciones laborales a la Administración, no están amparados por algún status de la Carrera Administrativa, fue el de suprimir o acabar con el capricho o la arbitrariedad, por parte de los superiores jerarquicos en materia de elección o remoción de empleados, atendiendo, ante todo, la eminente razón de que el buen servicio público prime dentro de esta facultad, como también la selección del personal subalterno en el desempeño de cargos oficiales, con amplia tradición de idoneidad y pulcritud, lo cual no se consigue sino con la anotación cuidadosa y cierta de toda novela laboral que se presente en la hoja de vida de cada uno de los servidores públicos. En síntesis, la norma del artículo 26 en mención, tácitamente establece que siempre habrá de existir un motivo para la declaración de insubsistencia la cual necesariamente habrá de figurar en la respectiva hoja de vida pues, de lo contrario, sobraría esta última exigencia.

"Acerca de la importancia de la hoja de vida y el alcance de sus anotaciones, así como su registro en el Departamento del Servicio Civil, tratan los artículos 106, 133 y 170 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973".

Aunque, ciertamente, con posterioridad al fallo en mención, la misma Sala modificó su criterio en relación con las tesis planteadas en él, considero pertinente referirme a los argumentos que allí se expusieron y que ahora se ratifican por medio de la setencia pronunciada en el presente negocio, al reproducir uno de los fallos que han decidido por mayoría, las peticiones de la demanda.

Sostienen los miembros mayoritarios de la Sala que, si la ley permite la remoción del empleado sin consignar su fundamendación en el acto jurídico y no es anulable por esta causa, mal puede serlo por no dejar una constancia que no aparece establecida como trámite previo para la existencia y validez de la decisión Administrativa". Y añade: "De otra parte, es pertinente agregar que la constancia no hace parte del acto

administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve cómo puede influir en su existencia, validez y eficacia. Si la ley considera la constancia como un elemento esencial para la existencia de la decisión administrativa de insubsistencia, así lo hubiera expresado por el contrario, hubiera omitido la expresión "sin embargo, deberá dejarse constancia ..." que denota formalidades subordinadas".

Es cierto que la constancia a que se refiere el artículo 26 del Decreto-Ley 2400 de 1968, en relación con el hecho y las causas que motivaron la insubsistencia, es un requisito que la ley establece para el cumplimiento posterior del acto expedido por la Administración. Pero no es menos evidente que el hecho y las causas que determinaron la insubsistencia, sí son anteriores o coetáneas al acto mismo, por lo cual el citado artículo 26 señala que "deberá dejarse constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida", estableciendo así una imperativa obligación para la Entidad generadora del acto, que en manera alguna puede dejar de cumplir, por cuanto no es potestativo de la misma.

La consecuencia de la omisión a que alude la norma antes citada, se encuentra estatuida en el artículo 61 del mismo Decreto-Ley 2400 de 1963, según el cual "serán nulos todo nombramiento o providencia relacionados con el personal que se hicieren en contravención a las disposiciones de este decreto".

El anterior concepto está indicando, claramente, que cualquier desobedecimiento a las normas del estatuto en referencia, acarrea, la nulidad del nombramiento o providencia expedidos por la Administración y por ello al no consignarse la constancia en la hoja de vida del funcionario, se está faltando a la exigencia del artículo 26 del mismo decreto y, en consecuencia, el acto que ordenó la separación debe ser declarado nulo por la jurisdicción contenciosa.

De otra parte, lo anteriormente expresado, no equivale a derogar el principio de libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, ya que aunque la Administración goza de dicha facultad discrecional, no quiere decir que ésta quede exonerada de cumplir con la obligación legal perentoria como es la que le impone la norma tantas veces citada del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y de su categórica e ineludible sanción consecuencial que se encuentra consagrada en el referido artículo 61 del estatuto.

Por lo expuesto, considero que por haberse quebrantado, en el caso *sub-lite*, el artículo en referencia, al no dejarse constancia en la Hoja de Vida del demandante sobre los hechos y las causas que ocasionaron su insubsistencia, como se halla demostrado, la Sala debió acceder a las peticiones del libelo, declarando la nulidad de los actos impugnados, expedidos por la Administración.

Alvaro Orejuela Gómez.

PRIMAS DE ANTIGUEDAD.— No pueden pedirse en cualquier tiempo, pues estas también prescriben a los tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, lo cual ciertamente no sucede con el derecho a impetrar la pensión de jubilación que no caduca, aunque si prescriben las respectivas mesadas pensionales.— PERDIDA DE LOS INCREMENTOS SALARIALES POR ANTIGUEDAD.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diciembre cinco (5) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctora Aydée Anzola Linares.**
Referencia: Expediente No. 7466. Autoridades Nacionales.
Actora: **Leonor Cárdenas de Pardo.**

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la señora LEONOR CARDENAS DE PARDO, por conducto de apoderado, instauró demanda haciendo uso de la acción de plena jurisdicción, para que se resolviera lo siguiente:

"Declárase que en el presente caso se ha operado el fenómeno jurídico del silencio administrativo por parte del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), al no resolver dentro del término legal demanda por prima de antigüedad o incremento por antigüedad consagrada en los Decretos 230 de 1975, 540 de 1977, 1042 de 1978, 2924 de 1978, 3269 de 1979 y 497 de 1980, entendiéndose negada así la petición de mi patrocinado. Demanda esta presentada el 3 de marzo de 1980".

La señora LEONOR VDA. DE PARDO, es empleada del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), según Resolución 0122 de febrero 24 de 1976, con derecho a percibir la prima de antigüedad o incremento por antigüedad contenida en los Decretos 230 de 1975, 540 de 1977, 1042 de 1978, 2924 de 1978, 3269 de 1979 y 497 de 1980".

Como consecuencia de lo anterior, la Nación, Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), liquidará y pagará a mi poderdante la prima de antigüedad o incremento por antigüedad establecida por los Decretos 230 de 1975, 540 de 1977, 1042 de 1978, 2924 de 1978, 3269 de 1979 y 497 de 1980, así como los reajustes correspondientes de primas y bonificaciones, con tres (3) años de retroactividad a la fecha en que elevó su reclamación administrativa y hasta la fecha en que se le de cumplimiento a la sentencia o hasta la fecha de retiro del actor si ya lo hubiere hecho".

"El Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), dará cumplimiento a la sentencia en el término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 22 a 25 del expediente.

El Tribunal del conocimiento, después de que el Agente del Ministerio Público propuso la excepción de caducidad, se pronunció parcialmente en favor de las súplicas de la demanda y negó la caducidad aducida tanto por la Fiscalía de dicha Corporación, como por la parte impugnadora. El señor apoderado de la entidad que figura como demandada interpuso recurso de apelación para ante esta Corporación contra la sentencia de primera instancia, recurso que pasa a resolverse, previa consideración de que no se observa defecto de nulidad que invalide lo actuado.

No obstante que la Sala está de acuerdo con los argumentos expuestos en el fallo que se examina y en la solución que se le dio a la controversia, se permite hacer dos precisiones al respecto. En primer lugar no es cierto que en el caso de estudio el valor de las primas de antigüedad pudiera pedirse en cualquier tiempo, pues estas también prescriben a los tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya

hecho exigible, lo cual ciertamente no sucede con el derecho a impetrar la pensión de jubilación que no caduca, aunque se prescriben las respectivas mesadas pensionales. Tampoco era el caso de ordenar, como se lee en la parte motiva la sentencia apelada, las condenas contra la Nación porque se ha demandado al HIMAT que es un Instituto con personería jurídica y, por lo tanto, puede comparecer en juicio bien como demandante o como demandado. Esto sentado se pasa a transcribir el siguiente aparte de la sentencia porque está conforme a las normas legales que regulan el caso de estudio, y por consiguiente la Sala los comparte:

"Con relación a la prima de antigüedad, el Decreto 1042 de 1978 dispone que el retiro de un organismo oficial no implica pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule sin solución de continuidad a cualquiera de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones establecidas en el artículo 104 del mismo decreto, para cuyos efectos se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieron más de 15 días hábiles. Analizada esta norma en concordancia con lo dispuesto por los Decretos Leyes 2554 de 1973 y 230 de 1975, según los cuales el ascenso o traslado a otro cargo no interpone el tiempo para el reconocimiento de la Prima de Antigüedad, es lógico deducir que la actora tenía derecho a continuar devengándola en su nuevo empleo en el HIMAT, pero solo podrá hacer efectivas las causadas con posterioridad al 7 de marzo de 1977, es decir tres años atrás de la fecha de presentación de la solicitud respectiva, el 6 de marzo de 1980, pues las anteriores se encuentran prescritas en virtud de lo dispuesto por el Decreto 3135 de 1977, artículo 41, y tal efectividad solo hasta la fecha en que le fue aceptada la renuncia el 1o. de enero de 1981 (folio 21 expediente administrativo).

"En cuanto al reajuste de otras primas y bonificaciones a que se refiere la demanda, no es el caso de acceder ya que el libelo nada especifica sobre dichas prestaciones y nada se prueba al respecto".

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 4 de junio de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el 16 de noviembre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACTOS ADMINISTRATIVOS.— IRRETROACTIVIDAD.— No pueden surtir efecto con anterioridad a su vigencia. Solo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado y siempre con base en una autorización legal.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 9267.
Actora: **Rosalía Tabares Gónima.** Autoridades Nacionales.

En demanda presentada ante esta Corporación y posteriormente remitida al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por competencia, la señorita ROSALIA TABARES GONIMA, mediante apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa corporación la nulidad de la Resolución número 0552 del 6 de junio de 1980, expedida por el Director General del Instituto Nacional del Transporte "INTRA", en virtud de la cual se declaró la insubsistencia en el cargo que desempeñaba en la aludida Entidad, con retroactividad al 28 de mayo del mismo año.

Como HECHOS constitutivos de la acción ejercitada, se indican en el libelo el cargo desempeñado por la demandante y la circunstancia que por medio de la resolución impugnada se declaró la insubsistencia de su nombramiento con efectividad al 28 de mayo de 1980.

Se invocan como disposiciones infringidas los artículos 30 de la Constitución Nacional; 4, 5, 8, 12 y 48 de la Ley 153 de 1887 y 10 del Código Civil; 34, 67, 82, 84, 85, 86, 94, 95, 97, 98, 100, 124 al 139 del anterior Código Contencioso Administrativo. Sobre las normas precedentes, el apoderado de la actora realiza el respectivo análisis jurídico a efecto de demostrar el quebrantamiento de que fueron objeto, y el derecho que dice asistirle en la reclamación impetrada.

El Instituto Nacional del Transporte "INTRA" designó apoderado para que representara a la Entidad en el juicio, lo que hizo, en efecto, al oponerse a las pretensiones del libelo y solicitar fueran denegadas.

El Tribunal del conocimiento mediante el fallo que se examina, accedió a las súplicas de la demanda por estimar, en síntesis, que el acto impugnado fue expedido con exceso de poder, todo lo cual genera su nulidad.

Y como en la aludida providencia se ordena su consulta ante esta Corporación, a ello procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el asunto *sub-júdice* el problema jurídico sometido a la decisión del Consejo de Estado, radica en determinar si el acto que declaró la insubsistencia de la demandante con retroactividad al 28 de mayo de 1980, está afectado de nulidad, o si, por el contrario, se ajusta a las prescripciones legales.

El Tribunal del conocimiento mediante el fallo que se examina, accedió a las peticiones del libelo, por considerar que la remoción de la actora implicó un exceso de poder del funcionario que lo profirió, pues carecía de él para darle efectos retroactivos a sus decisiones, lo cual determinó la prosperidad de las súplicas impetradas.

Con el fin de disipar ciertas dudas, mediante providencia del 18 de agosto de 1984 (folio 79), se dispuso oficiar al Instituto Nacional del Transporte, a efecto de que enviara a esta Sección y con destino al presente proceso, copia auténtica del Acta de posesión de la demandante, lo mismo que el decreto de su insubsistencia y la constancia relativa al tiempo de servicios, deduciéndose de tales documentos que aquélla los prestó a la Entidad demandada, durante el lapso comprendido entre el 14 de febrero de 1977 y el 27 de mayo de 1980, fecha en la cual, fue declarado insubsistente su nombramiento con retroactividad, en virtud de la resolución impugnada.

De conformidad con los anteriores elementos probatorios y con la documental últimamente aducida al proceso, se demuestra fehacientemente que los fundamentos en que se apoya el acto cuestionado, tienen amplio respaldo probatorio y sus consecuencias amparadas por las normas legales vigentes, razón por la cual deberá confirmarse la sentencia consultada, máxime si se tiene en cuenta que ella se apoya en el concepto emitido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, el 25 de febrero de 1975.

Dice, en efecto, el *a-quo*:

"El principio universal de la irretroactividad de los actos jurídicos es uno de los pilares del estado de derecho ya que las relaciones jurídicas requieren seguridad y estabilidad sin las cuales surgirían el caos y la arbitrariedad, pues como dice Kholer "Toda nuestra cultura exige una cierta firmeza de relaciones y todo nuestro impulso para establecer el orden jurídico responde a la consideración de que nuestras relaciones jurídicas van a perdurar".

"En muchas legislaciones, este principio está expresamente consagrado en los Códigos. Entre nosotros también lo estaba en el artículo 10o. del Código Civil que fue derogado por el artículo 49 de la Ley 153 de 1887. Ello no significa que la irretroactividad haya sido abolida de nuestro derecho ya que inspira todo el sistema jurídico y numerosas normas legales regulan la aplicación de las leyes en el tiempo.

"A este respecto, en concepto del 25 de febrero de 1975 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se expresó así: "... de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Nacional y la Ley 153 de 1887, es norma general que la ley es irretroactiva, que sólo tiene efectos para el futuro, con miras a mantener la confianza, seguridad y certidumbre de las personas en el orden jurídico. Es norma de observancia para los Jueces y el legislador en garantía de situaciones nacidas válidamente al amparo de normas legítimamente existentes.

"De la irretroactividad de la ley se deduce la irretroactividad de los actos administrativos, los cuales no pueden surtir efecto con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado y siempre con base en una autorización legal.

"Los tratadistas de derecho administrativo son acordes al afirmar que el acto administrativo no produce efectos sino para el futuro. El profesor Riveró en su obra "Derecho Administrativo" sostiene que la aplicación de un acto administrativo con retroactividad puede dar lugar a su declaratoria de nulidad por exceso de poder, pues la Administración no puede hacer remontar los efectos de su decisión sino para el futuro. En su otra "El Principio de la Irretroactividad de los Actos Administrativos" afirma Letourner que la regla de la irretroactividad de los actos administrativos significa que un acto de esta índole no puede legalmente producir efectos en una fecha anterior a aquella de su entrada en vigencia.

"A la luz del anterior análisis no hay duda de que el acto demandado fue expedido con exceso de poder y de que está, de consiguiente, viciado de nulidad, pues comenzó su

vigencia el día 6 de junio de 1980 y en su artículo primero se declara insubsistente el nombramiento de la actora a partir del 28 de mayo de 1980. El funcionario que lo emitió carecía de poder legal para darle efecto retroactivo a sus decisiones, y por lo tanto, es preciso anularlo y restablecer a la actora los derechos que le fueron lesionados".

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

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha quince (15) de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SALARIO.— FACTORES NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO.— El subsidio familiar no es salario ni se computa como factor del mismo para liquidar prestaciones sociales; tampoco constituye salario las sumas que se pagan a un empleado o trabajador durante el desempeño de una comisión cualquiera que sea la duración de ésta.

Claramente señalan los artículos 42 del Decreto 1042 de 1978, 17, 45 y 46 del Decreto 1045 del mismo año, los factores salariales para efectos de liquidar prestaciones sociales, especialmente la pensión de jubilación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 8704. Autoridades Nacionales.
Actora: **Blanca Lilia Márquez de Obando.**

La señora BLANCA LILIA MARQUEZ DE OBANDO presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de obtener las declaraciones y condenas que solicitó así su apoderado:

"1o.— Que son nulas parcialmente las resoluciones número 707 de 20 de agosto de 1979 y 826 de 28 de septiembre de 1979, proferidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en cuanto a que por medio de ellas reconoció y ordenó pagar a favor de mi mandante una pensión vitalicia de jubilación, en cuya liquidación no se computó el valor de todos los viáticos, subsidios, el valor de transporte permanente que se pagó en el sitio en donde debía prestar la comisión permanente en el último año de servicios, el valor de la prima de navidad del año de 1978 en cuanto no fue incrementada con los viáticos y todo lo devengado durante el año de 1978 y el valor de la prima de vacaciones que ha debido tenerse en cuenta para tal liquidación.

"2o.— Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA a pagar a favor de mi mandante la pensión mensual vitalicia de jubilación a que tiene derecho, incluyéndose en ella a más de la suma ya concedida el valor que resulte de la inclusión de todas las sumas devengadas durante el año último de servicios, los viáticos devengados en su totalidad, el subsidio familiar, el valor del transporte permanente que se pago en el sitio en donde debía prestar la comisión permanente en el último año de servicios, el valor de la prima de navidad del año de 1978 en cuanto no fue incrementada con los viáticos y todo lo devengado en el año de 1978 y el valor de la prima de vacaciones que no se tuvo en cuenta para la liquidación.

"3o.— Que el incumplimiento de la sentencia debe realizarse dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (folios 3 y 4).

Son hechos de la demanda los siguientes:

"1o.— Por reunir los requisitos de la ley y por ser empleada del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA le reconoció a la señora BLANCA LILIA M. DE OBANDO una pensión mensual vitalicia de jubilación por medio de la Resolución Número 707 de 20 de agosto de 1979 y 826 de 1979.

"2o.— Como las Resoluciones demandadas 707 y 826 de 1979 se abstuvieron de computar en la liquidación de la comisión de jubilación de mi poderdante todo lo devengado en el último año de servicio, el auxilio de transporte permanente, el valor de la prima de navidad incrementada con los viáticos, el subsidio permanente de transporte, puesto que constituye salario por habersele pagado en forma permanente, lo mismo que el subsidio familiar y la prima de vacaciones, debe declararse nula parcialmente dichas resoluciones en cuanto que no se tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación". (folio 4).

Como disposiciones infringidas se indican en la demanda los artículos 6o. del Decreto 1160 de 1947, 127 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 4a. de 1966, artículos 2o. de la Ley 5a. de 1969 y 27 del Decreto 3135 de 1968. Con relación a estas disposiciones se expone en la demanda el concepto de la violación. (folios 4 y 5 del expediente).

Mediante sentencia del 22 de noviembre de 1982, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para fallar de fondo por falta de agotamiento de la vía gubernativa, puesto que la actora no interpuso el recurso de reposición que cabía contra los actos acusados.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de apelación el apoderado de la demandante, por lo cual el Consejo de Estado conoce del negocio en segunda instancia.

La señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado emitió concepto de fondo en los siguientes términos:

"El Tribunal en la sentencia apelada se declaró inhibido para fallar el juicio, considerando que "no fue agotada la vía gubernativa, mediante la interposición de los recursos legales, ni por el silencio administrativo, de manera que no se dio a la Administración, oportunidad alguna de manifestarse sobre los derechos que pretende la actora".

"No obstante observa la Fiscalía que en los actos acusados se indicó a la demandante que contra ellos podía interponer únicamente el recurso de reposición (folios 18 vto. y 20 vto). Por esa circunstancia, auncuando fuera procedente el de apelación, el error se originó en la misma entidad y por tanto no puede exigírsele a la actora que lo interpusiera.

"Ahora bien, no siendo obligatorio el recurso de reposición, bien podían demandarse directamente en acción de plena jurisdicción las resoluciones citadas.

"Así las cosas, es necesario entrar al estudio de fondo en cuanto a la nulidad solicitada.

"Se alega en la demanda que en la liquidación efectuada para el reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación no se computaron: el valor de todos los viáticos; el subsidio familiar; el valor de transporte permanente; no se incrementó la prima de navidad con los viáticos y todo lo devengado durante el año de 1978, y no se tuvo en cuenta la prima de vacaciones.

"**En cuanto al valor de todos los viáticos:** Se observa en las constancias allegadas por el SENA (folios 38 a 42) que en la liquidación se relacionaron del 15 de enero de 1978, al 16 de diciembre del mismo año y de acuerdo a las diferentes comisiones de servicio, viáticos por 316 días. No habiendo probado la actora que faltaran algunas comisiones por relacionar que variaran el valor de los viáticos, es necesario aceptar que la liquidación es correcta.

"El subsidio familiar: Entre los factores de salario que deben tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías, según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no se halla incluído el subsidio familiar por cuanto es una prestación social que no constituye salario, (artículo 12 Ley 56 de 1973) y además no se paga directamente por la entidad nominadora sino por las Cajas de Compensación Familiar.

"**Valor del transporte permanente:** Auncuando el Decreto 1045 de junio 7 de 1978, incluye el auxilio de transporte como factor de salario, debe entenderse que este auxilio solamente constituye salario cuando se ha concedido al trabajador en el ejercicio normal de sus funciones, no cuando ocasionalmente se ha encontrado en comisión. Por otra parte, no se ha demostrado que la actora tuviera derecho a tal auxilio, ni que lo hubiera devengado en forma permanente.

"**Prima de vacaciones:** Según constancia de la entidad demandada, que obra a folio 37 del expediente, se considera que su valor sí fue incluído en la liquidación efectuada por el SENA.

"**Prima de Navidad:** Teniendo en cuenta la referida constancia que obra a folio 37 del expediente, en ella no aparece incrementada la prima de navidad con los viáticos y todo lo demás pagado en 1978, pero tal hecho no demuestra que no se haya incrementado en el cómputo para la pensión de jubilación. Una cosa es el pago de esta prestación y otro el valor que se tome para la liquidación de la pensión, como factor computable. Así las cosas, la actora ha debido demostrar qué factores de salario de los previstos en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, no se tuvieron en cuenta para liquidar dicha prestación, por lo que el cargo no puede prosperar.

"Es claro que gozando los actos administrativos demandados de presunción de legalidad, era necesario demostrar cuáles fueron sus fallas, y para ello no es suficiente afirmar que dejaron de incluírse determinadas partidas. Los elementos de juicio que obran en el proceso no permiten establecer con certeza cuáles fueron los factores reales que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión, —los actos acusados no los especifican—, a fin de determinar si en verdad dejaron de incluírse algunos en su justo valor, y la demanda no concreta la realidad de las omisiones que alega.

Por las anteriores consideraciones esta Agencia del Ministerio Público emite concepto para solicitar sea revocada la sentencia apelada y en su lugar se desestimen las súplicas de la demanda". (folios 91 a 93).

Habiendo culminado la actuación sin que se observen vicios procesales que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala está plenamente de acuerdo con el concepto de la señora Fiscal en cuanto al fallo del Tribunal y a la cuestión de fondo. En efecto, no procedía en este caso un pronunciamiento inhibitorio por falta de agotamiento de la vía gubernativa, pues expresamente el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959, entonces vigente, disponía: "El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas". Una regla similar está contenida en el artículo 51 del Decreto 01 de 1984.

Procede, pues, la revocación de la sentencia apelada.

La cuestión de fondo consiste en que al liquidar la pensión de jubilación de la demandante "no se computó el valor de todos los viáticos, subsidios, el valor de transporte permanente que se pagó en el sitio en donde debía prestar la comisión permanente en el último año de servicios, el valor de la prima de navidad del año de 1978 en cuanto no fue incrementada con los viáticos y todo lo devengado durante el año de 1978 y el valor de la prima de vacaciones que ha debido tenerse en cuenta para tal liquidación". (cop. folio 3).

La petición de la actora referente a subsidio familiar y a lo recibido por gastos de transporte durante el desempeño de una comisión carece de fundamento legal. El subsidio familiar no es salario ni se computa como factor del mismo para liquidar prestaciones sociales; tampoco constituyen salario de las sumas que se pagan a un empleado o trabajador durante el desempeño de una comisión, cualquiera que sea la duración de ésta. Claramente señalan los artículos 42 del Decreto 1042 de 1978, 17, 45 y 46 del Decreto 1045 del mismo año, los factores salariales para efectos de liquidar prestaciones sociales, especialmente la pensión de jubilación. Cabe advertir que lo que reclama la actora es distinto del auxilio de transporte que mencionan tales disposiciones.

En cuanto a viáticos, prima de vacaciones y prima de navidad, la actora alegó, pero no probó. Como lo anota la señora Fiscal, los elementos de juicio que existen en el proceso, principalmente los actos acusados, no permiten determinar cuáles fueron los factores salariales que se tuvieron en cuenta al liquidar la pensión de jubilación de la actora, cuáles fueron incluidos en forma parcial o quedaron totalmente excluidos.

En esas condiciones, se mantiene la presunción de legalidad que ampara a las providencias acusadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto de su Fiscal colaboradora, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de noviembre de 1982 y, en su lugar, dispone:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciseis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CARRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.— ESCALAFONAMIENTO AUTOMATICO.— ESTABILIDAD.— 1.— Sabido es que de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, las materias atinentes al establecimiento de las carreras, es decir, la regulación sobre condiciones de acceso al servicio público, ascensos por mérito y antiguedad, retiro y despido, están reservadas al Congreso o al Presidente de la República investido de precisas facultades para tales efectos, y no puede el Gobierno, cuando reglamenta una ley, invadir esta órbita de competencia. El Decreto 1651 de 1977, no contempla escalafonamiento masivo ni automático de funcionarios antiguos e inclusive establece en el artículo 118, que durante el período de prueba de quienes han sido escogidos por concurso, dentro del registro de aspirantes, podrán ser retirados discrecionalmente del servicio. 2.— El derecho a la estabilidad sólo proviene del escalafonamiento en una carrera o de un nombramiento para período fijo.

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

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**

Referencia: Juicio No. 6872.

Actor: **Tarcicio Guerra Blanco.** Autoridades Nacionales.

Mediante demanda presentada ante esta Entidad, el señor TARCICIO GUERRA BLANCO, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución número 1350 del 13 de noviembre de 1981, expedida por el Director General del Instituto de los Seguros Sociales y su

reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría; el pago de sueldos, primas, bonificaciones, etc., considerándose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en el servicio.

Como HECHOS constitutivos de la acción ejercida se indican en el libelo la condición de médico adscrito a la Seguridad Social, el lapso que duró vinculado al organismo demandado y la circunstancia de que tal clasificación le debe una relativa estabilidad en el cargo que venía desempeñando, y que, por consiguiente, su nombramiento no ha podido ser declarado insubsistente sin el previo adelantamiento del proceso disciplinario. Se indican, así mismo, las normas quebrantadas y se expone el correspondiente concepto de su violación.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria es de parecer que se denieguen las pretensiones del libelo, por las razones en ella expresadas.

Agotado el trámite de rigor y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, procede la Sala a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo solicita que se denieguen las súplicas de la demanda, con base en los siguientes razonamientos que esta Corporación acoge y comparte, por encontrarlos ajustados a derecho y de acuerdo con la realidad procesal.

Dijo la Fiscalía:

"Se trata de establecer en este proceso, si de conformidad con las disposiciones que organizan y reglamentan la Carrera de la Seguridad Social, el actor estaba protegido por garantía de estabilidad que impidiera la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

"Es preciso reconocer que el planteamiento hecho en la demanda ofrece mucha claridad y está concebido con impecable lógica.

"Sin embargo, la Fiscalía se aparta de él, por razones diferentes:

"El estatuto orgánico de la Carrera de la Seguridad Social es el Decreto 1651 de 1977 y en él está provisto lo relativo al proceso de selección, al período de prueba y a la inscripción definitiva en la Carrera; inscripción que concede las garantías propias del Escalafón al empleado.

"En dicho decreto, dictado en ejercicio de facultades extraordinarias, no está previsto ni el escalafonamiento automático, ni la incorporación masiva de funcionarios a la Carrera, por el solo hecho de estar vinculados al Instituto a la fecha de su expedición.

"El Decreto 413 de 1960, reglamentario de la Carrera del funcionario de Seguridad Social, sí contempla, en verdad, un escalafonamiento masivo y casi que automático para los funcionarios antiguos, como lo indica la demanda, pues no otra cosa significa que a los nombrados en cargos que sean de Carrera, se les dispense de los requisitos propios de la inscripción en el escalafón, se les habiliten como período de prueba satisfactorio los meses anteriores y se ordena prácticamente su inscripción en el Escalafón dentro de los 90 días siguientes, estableciendo que mientras se dicta la correspondiente resolución no podrán ser discrecionalmente desvinculados del servicio. (artículos transitorios 63 a 71).

"Sin embargo, se observa la Fiscalía, que ninguna disposición similar se encuentra en el Decreto-Ley 1651 de 1977, y, por tanto el Decreto Reglamentario 413 de 1980 excede las normas generales que pretende reglamentar.

"Sabido es que de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, las materias atinentes al establecimiento de las Carreras, es decir, la regulación sobre condiciones de acceso al servicio público, ascensos por mérito y antiguedad, retiro y despido, están reservadas al Congreso o al Presidente de la República investido de precisas facultades para tales efectos, y no puede el Gobierno, cuando reglamenta la ley, invadir esta órbita de competencia.

"El Decreto 1651 de 1977, se repite, no contempla escalafonamiento masivo ni automático de funcionarios antiguos e inclusive establece en el artículo 118, que durante el período de prueba de quienes ha sido escogidos por concurso, dentro del registro de aspirantes, podrán ser retirados discrecionalmente del servicio.

"Nada se dice acerca de un procedimiento especial y más favorable para la inscripción en el Escalafón de quienes venían laborando en el Instituto.

"Ordena sí en el artículo 134, que se nombre en la Planta de Personal a quienes al entrar en vigencia el decreto estuvieran vinculados por contrato de trabajo, salvo aquellos que de acuerdo con sus disposiciones, tuvieren la calidad de trabajadores oficiales.

"Esto ocurrió, precisamente, en el caso del actor, quien desde el año de 1974 venía vinculado por contrato de trabajo y se le nombró, por Resolución número 1226 del 3 de marzo de 1980, que no obra en el expediente, dentro de la Planta de Personal, como Médico General, cargo considerado de Carrera.

"Pero a juicio de la Fiscalía, el artículo 134 no concedió derecho alguno a permanencia en el servicio; se limitó a disponer que se vinculara a las personas en forma correcta y acorde con la naturaleza jurídica de la Entidad.

"El derecho a la estabilidad sólo proviene del escalafonamiento en una Carrera o de un nombramiento para período fijo y nada de esto ha comprobado el demandante.

"Obviamente que sí hubiera tenido derecho a obtener su incorporación en la Carrera, más no en forma automática, sino dentro de las prescripciones del Decreto 1151 de 1977 y las del Decreto Reglamentario 413 de 1980, que no excedan las normas reglamentarias.

"El hecho, entonces, es, que en el proceso no aparece comprobación de su inscripción en la Carrera de la Seguridad Social y, por tanto, podía ser declarado insubsistente sin motivación como en efecto se hizo.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando, se nieguen las súplicas de la demanda".

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:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el dos (2) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

RENUNCIA.— Aceptación: Consecuencias de la aceptación una vez vencido el término (artículo 113 del Decreto 1950 de 1973). SENTENCIA.— CONGRUENCIA.— El fallo debe ser una respuesta adecuada a cada una de las pretensiones del actor.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez y nueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 9088. Autoridades Nacionales.
Actor: **Estanislao Carpio Bocanegra.**

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, el señor ESTANISLAO CARPIO BOCANEGRA, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución Número 02040 de 12 de junio de 1981, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, en virtud de la cual declaró la vacancia del cargo de Médico Psiquiatra que desempeñaba el accionante en la Seccional del Magdalena y, que, como consecuencia, se le reintegre al mismo y se le paguen todos los salarios dejados de percibir hasta que sea reincorporado efectivamente.

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de su violación aparecen relacionados del folio 7 a 12 del expediente, sin que la Sala estime necesario reproducirlos, por cuanto ellos se tendrán en cuenta al adoptar la decisión que habrá de tomarse.

Después de practicadas las pruebas solicitadas y una vez emitido el concepto fiscal, el Tribunal del conocimiento mediante fallo apelado accedió parcialmente a las súplicas del libelo, en el sentido de ordenar el pago de los perjuicios morales en suma equivalente a 100 gramos oro, modificar la parte resolutiva de la resolución impugnada disponiendo la aceptación de la renuncia del actor y denegar las demás pretensiones de la demanda. En los siguientes términos se pronunció el Tribunal:

"1o.— Declárase la nulidad de los considerandos 5 y 6 de la Resolución 02040 de junio 12 de 1981 expedida por el Director del Instituto de los Seguros Sociales, que dice:

'Considerando 5o.— Que entre la fecha de entrega de los pacientes mayo 27 de 1981 y por lo tanto la de retiro de sus cargos y la fecha de renuncia mayo 13 de 1981 no habían transcurrido los 30 días que le confería la ley para retirarse de sus empleos ni tampoco

se podía producir este hecho por la no aceptación de la renuncia según las razones expuestas en la comunicación GSM-354 de mayo 26 de 1981 que le fuera enviada por el Gerente General de la Seccional del Magdalena, y

'*Considerando 6o.*— Que por los hechos indicados en los considerandos anteriores los citados médicos han incurrido en dejación de sus cargos y por lo tanto, es del caso declarar la vacante de los empleos que venían desempeñando conforme al artículo 1o. del Decreto-Ley 3074 de 1968, los artículos 22 y 126 del Decreto 1950 de 1973, los artículos 18 y 123 del Decreto-Ley 1651 de 1977 y demás normas concordantes'.

"2o.— El artículo Unico de la Resolución 02040 de junio 12 de 1981 del Director del ISS en lo que atañe al demandante, quedará así:

"Artículo Unico: Acéptase la renuncia de los empleos que venían siendo desempeñados en el ISS, Seccional Magdalena, a los siguientes médicos ... Estanislao Carpio Bocanegra. Psiquiatra.

"3o.— La indemnización de los perjuicios morales que el Instituto de los Seguros Sociales debe pagar al doctor Estanislao Carpio Bocanegra, se fija en el equivalente en moneda colombiana de 100 gramos oro.

"4o.— Niéganse las demás peticiones de la demanda". (folios 77/78).

El Instituto de Seguros Sociales, designó apoderado para que representara a la Institución dentro del juicio, el cual se opuso a las súplicas de la demanda y formuló las excepciones de ineptitud de la misma, caducidad de la acción y alegó, finalmente, la contradicción que existe entre las peticiones de la demanda y la parte resolutiva del fallo apelado.

La Fiscalía Quinta de la Corporación, en su vista reglamentaria, es de concepto que se revoque la sentencia apelada, por las razones allí expresadas.

Rituado el juicio dentro de las prescripciones de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer término, ha de advertirse que el Tribunal del conocimiento se abstuvo de considerar algunas de las súplicas del libelo y, además, se refirió a peticiones que no le habían sido formuladas, desconociendo de esta manera el principio procesal de la congruencia que debe existir entre el fallo y aquéllas.

Recuérdese, en efecto, que el fallador no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le han sido propuestos oportunamente por las partes y que tampoco puede dejar sin pronunciamiento puntos que hayan sido sometidos a su decisión. Por ello, de manera terminante ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por remisión analógica del artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que la parte resolutiva de la sentencia debe contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y el artículo 305 de la misma obra señala que el fallo debe ser consonante con las pretensiones. De lo expuesto se infiere que la resolución judicial debe ser respuesta adecuada, positiva o negativa, a lo pedido por el demandante, sin exceder esos límites, como tampoco puede dejar sin decidir los precisos aspectos que hayan sido sometidos a la consideración del juzgador.

O sea que si el petitum de la demanda señala el campo en que puede o debe moverse el Juez, resulta evidente que si éste falla por fuera de lo pedido o condena a más de lo

suplicado, o deja sin resolución peticiones que le fueron hechas oportuna y legalmente, entonces comete un claro yerro "in procedendo" y quebranta de manera ostensible el principio de la congruencia de las sentencias, conforme al cual, como ya se dijo, el fallo debe ser una respuesta adecuada a cada una de las pretensiones del actor.

En el asunto *sub-júdice*, como es fácil deducirlo, el fallo del Tribunal resolvió temas que no habían sido sometidos a su consideración y por ende, violó el principio procesal en comento, razón por la cual, se impone la revocatoria de la providencia apelada.

Sin embargo, no habrá lugar a devolución del expediente para que se dicte sentencia complementaria, pues no es el caso de haber dejado de "resolver la demanda de reconvención o algunas de las demandas de procesos acumulados a que se refiere el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil.

Además, la Sala debe recordar al Tribunal que no se anulan consideraciones sino disposiciones.

En lo relativo a la solicitud de declaración de ineptitud de la demanda y de caducidad de la acción hecha por el apoderado judicial del Instituto de Seguros Sociales (folio 91), la Sala no la encuentra fundada, pues, en primer lugar, el oficio JDP-554 no es acto administrativo impugnable y la demanda fue instaurada dentro del término legal correspondiente, tal como se demuestra a continuación:

El oficio visible a folio 2 del expediente no es contentivo de una providencia final o definitiva por medio de la cual se desvincule el actor del servicio del Instituto de Seguros Sociales, pues él en verdad no es más que el medio de comunicación de una determinación administrativa, que consta precisamente en la resolución impugnada en este juicio. Por manera que es un simple acto de trámite, que ni directa ni indirectamente decide el fondo del problema que se planteó en el juicio. Por consiguiente no era procedente la acción contencioso administrativa contra el mismo.

Y en lo referente a la caducidad de la acción, se observa que la demanda está encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución Número 2040 de junio 12 de 1981, en virtud de la cual se declaró la vacancia del cargo que desempeñaba el accionante, decisión que surtió todos los efectos legales a partir de su comunicación, tal como se deduce del aparte final del mencionado acto. Y como dicha diligencia se verificó el día 19 de junio de 1981 (folio 2), es a partir de esa fecha que se cuenta el término para efectos de establecer la caducidad de la acción. En las condiciones expuestas, resulta claro que la demanda presentada el 17 de octubre de 1981 (folio 30), lo fue dentro del término que autoriza el Código Contencioso Administrativo para el ejercicio de esta clase de acciones.

En cuanto a la pretendida nulidad de la Resolución Número 02040 de 12 de junio de 1981, la Sala se identifica plenamente con el concepto emitido por la distinguida Fiscal Quinta de la Corporación, el cual, por encontrarse ceñido a derecho y de acuerdo a la realidad procesal, se adopta como fundamento de la decisión que habrá de tomarse.

Dice, en efecto la Agencia del Ministerio Público:

"El asunto *sub-júdice* consiste en determinar si la Resolución Número 02040 de junio 12 de 1981, expedida por el Director General del Instituto de los Seguros Sociales y por medio de la cual se declaró vacante el empleo desempeñado por el Doctor Estanislao Carpio Bocanegra, se ajusta o no a derecho y si es procedente el resarcimiento de los derechos que a juicio del demandante le asisten.

"El artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, citado en la demanda como norma violada expresa:

"Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

"Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno".

"A folios 3 a 5 del expediente obra fotocopia informal de una comunicación suscrita por varios médicos entre ellos el actor, de fecha 10 de abril de 1981, dirigida al Gerente del Instituto, por la cual presentan renuncia de sus respectivos cargos previas algunas consideraciones en contra de la Administración.

"En la misma demanda, bajo el título de 'documentos' (folio 13), dice adjuntar el apoderado del demandante '... fotocopia simple y cuyo valor se acreditará en la oportunidad probatoria pertinente, de la carta de renuncia colectiva presentada por los médicos especialistas ...'. De tal afirmación se concluye que el apoderado estaba consciente que para su vlidez el oficio referido necesitaba de su autenticación. Sin embargo, esto no se hizo a lo largo del proceso careciendo por consiguiente de todo valor probatorio el referido documento.

"Así las cosas, no ha sido plenamente establecido que la renuncia hubiera sido presentada el 10 de abril de 1981 y de conformidad con las pruebas debidamente allegadas al proceso, deberá tenerse como fecha de presentación de la misma, el 13 de mayo de 1981 (folios 41 a 43).

"Ahora bien, si como se encuentra establecido hizo entrega de su cargo y se ausentó a partir del 27 de mayo de 1981, no se habían cumplido los 30 días estipulados por la ley, para que la Administración se pronunciara respecto de la renuncia presentada y por lo tanto no podía separarse de su cargo, sin incurrir en abandono por cuanto la renuncia aún producía sus efectos.

"Estima entonces este Despacho, en desacuerdo con el Honorable Tribunal que el acto acusado no es violatorio de norma superior alguna y debe conservar su vigencia.

"Ahora bien: aun cuando se aceptara que la renuncia había sido presentada el 10 de abril y que el término para aceptarla vencía, como lo afirma la demanda, el 19 de mayo de 1981, es lo cierto que después de esa fecha el actor y los demás médicos continuaron laborando, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, transcrito, la primera renuncia habría perdido su validez y quedaba en pie la segunda, presentada el 13 de mayo, ampliándose automáticamente el término para resolver sobre ella. Y mientras éste no venciera, los médicos no podían hacer dejación de sus cargos sin incurrir en abandono.

"Por otra parte si en la misma demanda se afirma y además se comprueba con los elementos de juicio que obran en el expediente, que los médicos y entre ellos el actor, se retiraron del servicio el 27 de mayo, indudablemente los cargos quedaron vacantes y eso fue lo que declaró la resolución acusada". (Folios 94, 95 y 96).

Por último, y en lo que hace referencia a la petición sobre la indemnización de perjuicios morales impetrada por el actor y que el Tribunal concedió en cuantía

equivalente a 100 gramos de oro, se encuentra que tal petición es improcedente por cuanto en los juicios de carácter laboral, cuando el Estado llega a ser vencido, los perjuicios están representados por los salarios y prestaciones sociales que se hubieren dejado de devengar, liquidados conforme a las leyes laborales sobre el particular.

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 su Fiscal Colaboradora,

FALLA:

DECLARANSE no probadas las excepciones de ineptitud de la demanda y caducidad de la acción, propuestas por el apoderado judicial del Instituto de los Seguros Sociales.

REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, con fecha 24 de febrero de 1983, y en su lugar, se dispone:

NIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

HORARIO DE ATENCION AL PUBLICO EN EL SERVICIO BANCARIO Y EN EL SECTOR FINANCIERO.— COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA PARA FIJARLO.— OTRA COSA ES la determinación del Horario de trabajo que lo pactan libremente las partes.

Es nula la frase que dice: "La Superintendencia autorizó la jornada laboral bancaria de cinco (5) días" contenida en los renglones segundo y tercero del primer párrafo de la Circular DB No. 051 de abril 24 de 1979 y la frase "en semana laboral bancaria de cinco días" también de la misma Circular en el párrafo quinto (5o.) tercer renglón.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diciembre doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Referencia: Expediente No. 6212.
Actor: **Luis Carlos Moreno Pineda.** Autoridades Nacionales.— Nulidad de la Circular Externa D.B. No. 051 de 25 de abril de 1979 expedida por la Superintendencia Bancaria.

1o. Luis Carlos Moreno Pineda, ciudadano colombiano identificado con la Cédula de Ciudadanía Número 438384 de Usaquén, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo —Ley 167 de 1941— en memorial demanda de 7 de junio de 1979, dirigido a esta Corporación pide que declare la nulidad de la Circular Externa D.B. Número 051 de 24 de abril de 1979, originaria de la Superintendencia Bancaria, en su totalidad, y en su defecto en la parte que dice:

"La Superintendencia autorizó la jornada laboral bancaria de cinco (5) días a partir del próximo 14 de mayo en las siguientes ciudades".

2o. En cuanto a los hechos que dan fundamento a la demanda, expresa que la Circular Externa D.B. Número 051 de 24 de abril de 1979 fue dirigida a los Presidentes y Gerentes Generales de Bancos, Corporaciones Financieras y Corporaciones de Ahorro y Vivienda como una orden que debía ser acatada, circunstancia por la cual se trata de un acto administrativo impugnable ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

3o. Como normas infringidas por el acto cuya nulidad pide, el actor señala los artículos 20, 63, 76, ordinal 3o. y 135 de la Constitución Nacional y el artículo 158 en concordancia con el 161 del Código Sustantivo del Trabajo. Al desarrollar el concepto de la violación, sintetizandolo, el actor alega que en nuestro ordenamienro jurídico sólo el Legislador está facultado para señalar la duración de la jornada laboral, y que el Congreso lo hizo en el artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 161 del mismo código, norma que no puede ser dejada sin efecto por una entidad administrativa como lo es la Superintendencia Bancaria y que las únicas excepciones a la facultad para legislar del Congreso son las de los artículos 76, 118, 121 y 122 de la Constitución Nacional.

Agrega que la Superintendencia Bancaria, con el pretexto de ejercer la inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito no puede aclarar, derogar, modificar o reglamentar la ley, como lo hizo en la circular que demanda, al imponer a los bancos en las ciudades que se indican en la circular, la jornada laboral de cinco (5) días porque carece del poder reglamentario. Dice que por el orden jerárquico de las normas, una reglamentaria no puede modificar otra de carácter legal. Dice el actor que examinando los artículos 19, 27, 29, 31, 39, 41, 46, 47, 48, 87, 91, 100, 104, 105, 112 y 120 de la Ley 45 de 1923, Leyes 105 de 1927, 31 de 1931 y artículo 3o. y los Decretos 2206 de 1963, 444 de 1967, 678 de 1972, 299 de 1973, 125 de 1976 y los artículos 1237 y 884 de la Ley 133 de 1948 y 57 y 58 del Código de Comercio, no existe ninguna disposición que le atribuya competencia a la Superintendencia Bancaria para fijar el horario de atención al público y menos para señalar la "jornada laboral bancaria", por lo que al fijarla por una circular que contraviene claros principios de la constitución y de la ley. Queda de este modo claro que el horario de atención al público puede ser determinado por cada entidad según su criterio para ofrecer óptimo servicio al público; en cambio la jornada máxima laboral para cualquier patrón la fija la ley. Sin embargo, agrega el actor, el literal b) del artículo 60 del Decreto 125 de 1976 establece dentro de las funciones de la Sección de Bancos la de *"elaborar proyectos de Resolución"* sobre los horarios de las oficinas bancarias en el país, sin que se diga en esta norma que esas resoluciones pueden ser expedidas por el Superintendente, de todo lo cual concluye que la facultad de señalar los horarios en esta materia no está atribuida a ningún funcionario de la Superintendencia ni de otra dependencia estatal por lo cual no puede ser ejercida por ningún funcionario público conforme al artículo 63 de la Constitución pero aceptando que el Superintendente pueda fijar el horario de atención al público por las instituciones financieras, la circular que acusa esstablece una jornada laboral de cinco (5) días, violando los artículos 158 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo que determina que la

jornada ordinaria de trabajo de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, o sea de seis (6) días si no se ha pactado una más favorable al trabajador salvo las excepciones del artículo 161, resulta así obvia la oposición de la circular con el artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el 161 ibídem.

4o. Por auto de veinte de junio de mil novecientos setenta y nueve (folio 13) se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la frase que dice: "la Superintendencia autorizó la jornada laboral bancaria de cinco (5) días a partir del próximo 14 de mayo en las siguientes ciudades", y la repetición del concepto "semana laboral de cinco (5) días" contenida en dicha circular. El consejero sustanciador encontró que los apartes suspendidos pugnaban abiertamente con los artículos 158 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo.

5o. El Superintendente Bancario en esa fecha doctor Francisco Morris Ordóñez, otorgó poder al doctor Felipe Iriarte Alvira, funcionario de la Superintendencia, el cual contestó la demanda y suplicó el auto admisorio en cuanto suspendió parcialmente la Circular Externa D.B.—051 de abril 24 de 1979 en los apartes que se ha dado cuenta. Esencialmente el ataque lo dirige el suplicante a cuestionar la naturaleza de la circular, afirmando que no es un acto administrativo que pueda demandarse puesto que sólo se limita a transcribir las Resoluciones 2030 y 2031 de 1979, que sí son actos administrativos y mediante las cuales se establecieron nuevos horarios de atención al público; la circular demandada carece de efectos jurídicos propios por lo que debe revocarse la suspensión provisional, continúa el suplicante rebatiendo la tesis del libelo y afirma que la actividad bancaria se ejerce en Colombia como concesión del Estado, que por la misma razón está sujeta a la regulación que le fije al concesionario, la administración pública, entre la que se encuentra las horas hábiles de prestación del servicio a la comunidad; agrega que si el Gobierno Nacional por conducto de la Superintendencia Bancaria no fija el horario de servicio al público, habrá un caos en la prestación del servicio porque cada banco competiría con los demás en la fijación del horario por lo que era preferible que lo fije el concedente, para que el servicio se preste en forma regular y en igualdad de condiciones para todos, además, el artículo 57 del Decreto 125 de 1976, orgánico de la Superintendencia Bancaria faculta al Superintendente para fijar el horario de atención al público.

6o. El actor en memorial de 19 de julio de 1979 se opone al recurso de súplica con tres (3) argumentos, a saber:

a) Que el poder no fue presentado personalmente por el Superintendente Bancario como lo ordena el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil por reenvío del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo;

b) Que el recurso se presentó extemporáneamente, pues el memorial respectivo se presentó el 13 de julio de 1979 cuando el auto quedó ejecutoriado el 30 de junio; y

c) Que la circular cuya nulidad pide sí modificó el Código Sustantivo del Trabajo, pues en ella se estableció la jornada laboral de cinco (5) días; además, dice, la circular sí produjo efectos jurídicos.

7o. La Sala de decisión en auto de seis de marzo de mil novecientos ochenta, rechazó el recurso de súplica por dos razones:

1o. Por la no presentación personal del poder por parte del Superintendente Bancario; y

2o. En segundo lugar, por extemporáneo (folios 60 a 63).

De la anterior decisión salvó el voto el consejero doctor Enrique Low Murtra, que al respecto dijo que el argumento de la mayoría de la Sala tendría validez si se trata de una acción de plena jurisdicción más no en el caso de una acción de simple nulidad que está instituida en beneficio o interés de la legalidad; estimó además, equivocado rechazar el recurso de súplica porque el Superintendente no presentó personalmente el memorial en el cual otorgó poder al abogado Iriarte Alvira.

8o. Tramitado el proceso, se ordenó traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. La nueva apoderada de la Superintendencia, (folios 69 a 83), expresó lo siguiente:

a) En uso de las facultades legales la Superintendencia Bancaria profirió las Resoluciones 2030 y 2031 de 1979 mediante las cuales estableció un nuevo horario de atención al público por parte de los establecimientos bancarios; esa facultad es del Superintendente y el proyecto de resolución se elabora por la División de Bancos, conforme al literal i) del artículo 57 del Decreto-Ley 125 de 1976;

b) En las Resoluciones 2030 y 2031 ambas de 1979, el Superintendente Bancario señaló un nuevo horario bancario de atención al público, el cual fue comunicado a las respectivas entidades financieras en la Circular D.B.—051, que carece, dice la apoderada del ente oficial, de efectos jurídicos vinculantes, y en la que se incurrió en una imprecisión gramatical, al incluirse en su texto el concepto de "jornada laboral bancaria", para lo cual, acepta la memoralista, la Superintendencia carece de facultad legal, pues lo que se estableció fue el horario de atención al público, como aparece en el texto de las Resoluciones 2030 y 2031 ya mencionadas que sí tienen el carácter de actos administrativos y que la finalidad perseguida con la circular demandada era sólo la de informar a las instituciones financieras para el cumplimiento de la nueva reglamentación con lo que se demanda, pues debió demandarse las resoluciones citadas anteriormente y no una circular informativa.

9o. A su vez, el actor alegó en conclusión, así:

1o. Comienza el actor diciendo que el Congreso Nacional fijó en el artículo 158 en concordancia con el 161 del Código Sustantivo del Trabajo, la jornada máxima de seis (6) días y cuarenta y ocho horas a la semana con las excepciones legales que en tal norma se señala;

2o. No obstante lo anterior, la Superintendencia Bancaria, en la Circular Externa D.B. Número 051 invadió una órbita reservada por la Carta al legislador, estableciendo una jornada laboral de cinco (5) días, contraviniendo las disposiciones legales, y los artículos 20, 63, 76, 120 ordinal 3o. y 135 de la Constitución al asumir atribuciones de carácter legislativo;

3o. Debe quedar claro, —dice— que la Superintendencia Bancaria no puede en ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito, derogar, modificar o reglamentar la ley, puesto que carece de poderes reglamentarios. Agrega que la circular acusada produce efectos por sí misma, pues no se limita a comunicar el contenido de las Resoluciones 2030 y 2031 de 23 de abril de 1979 por la cual se señalan algunos horarios bancarios de servicios al público, sino que introduce un nuevo elemento, el de la "jornada laboral de cinco (5) días". Respecto al carácter permisivo de la circular que alega la entidad oficial, con el objeto de permitir a los bancos pactar jornada nueva, la verdad es que la citada circular es obligatoria.

4o. en su oportunidad, el Ministerio Público representado en esa fecha por la señora Fiscal Sexta doctora Susana Montes de Echeverri, dijo lo siguiente:

"1. Debe observar, primeramente este Despacho, que por auto de mayo 8 de 1980 fue reconocida la sustitución de personería para representar a la Superintendencia Bancaria, en contradicción con el auto que negó el recurso de súplica interpuesto por dicha entidad, y simultáneamente la personería para actuar en el proceso, por no haber sido otorgado en legal forma el poder correspondiente. Sin embargo, no habiéndose practicado prueba o diligencia que pudiera afectar el normal desenvolvimiento del proceso no estima la Fiscalía que existe causal de nulidad por tal motivo.

"2. El acto acusado, a pesar de que por su denominación no debería contener decisiones vinculantes desde el punto de vista jurídico, pues se trata de una simple circular o vía de comunicación e información desde la Superintendencia Bancaria hacia los bancos e instituciones de crédito, sin embargo, en el presente caso, por la naturaleza del contenido, trae en sí misma una decisión o determinación que sí produce efectos en derecho y que vincula jurídicamente a las entidades destinatarias. Por ello, en concepto de la Fiscalía resulta ser un acto administrativo con todas las características de tal; por medio del cual la administración pública adoptó una decisión, hizo una declaración de voluntad y no simplemente se limitó a transcribir o reproducir un acto administrativo anterior, circunstancia que lo hace acusable directa o indirectamente ante la jurisdicción, máxime cuando, como se verá enseguida, tampoco se ciñó a la resolución que la motivó la Número 2030 de abril 23 de 1974.

"En efecto, tanto en su primera parte como al final la Circular D.B. Número 051 hace referencia a la JORNADA LABORAL BANCARIA para señalar en cinco días, aspecto al que nunca se refirió la citada resolución, 'por la cual se modifican unos horarios bancarios de servicio al público'.

"Siendo ello así, la circular acusada estaba reglamentando o determinando un aspecto diferente al de la resolución a la cual posiblemente quiso referirse, creando con ello una nueva decisión administrativa que, como tal, está sujeta al control jurisdiccional, independientemente de la Resolución 2030 de 1979.

"3. Los actos administrativos, en virtud de la jerarquía de las normas, no pueden jamás contrariar, modificar o derogar las previsiones que las normas de carácter superior contengan y si ello ocurre, de conformidad con los artículo 63 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, podrán ser anuladas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

"El tema tratado por la circular demandada, ha sido objeto de reglamentación legal, artículos 158 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual, su determinación no puede ser modificada, alterada, ampliada o recortada, sino conforme a las reglas que rigen dicha materia, vale decir, por convención o pacto colectivo para la generalidad de los trabajadores, o individualmente para cada uno mediante el contrato de trabajo. Es decir, que el establecimiento de la jornada laboral bancaria, solamente podía haber sido modificada por acto de igual naturaleza a aquél que la estableció o que venía rigiéndola: ley, pacto o convención colectiva o contrato de trabajo, más nunca por un acto de la administración pública, ni aun expedido por la entidad que ejerce vigilancia sobre las entidades bancarias.

"Parece deducirse con relativa claridad del contexto de la circular, que el propósito que informó su expedición fue el de dar a conocer un nuevo horario de servicio al público en las ciudades a las cuales se refiere la Resolución Número 2030 de abril 23 de 1979; sin embargo, la terminología utilizada por el acto, desvirtuó tal intención y lo convirtió en un acto administrativo por el cual se modifica la jornada laboral bancaria, para las entidades que operen en las ciudades señaladas, decisión que contraría claros preceptos de carácter superior, lo cual conduce, necesariamente, a su anulabilidad.

"4. No es pertinente entrar al análisis de la existencia o no de facultad del Superintendente para señalar horario bancario de servicio al público, pues en ese aspecto el acto demandado no contiene decisión administrativa alguna, ya que ésta había sido adoptada por la Resolución Número 2030 de 1979, cuya nulidad no fue planeada por el actor en su libelo.

"CONCLUSION: Las razones brevemente expuestas llevan a este Despacho a concluir sobre la ilegalidad de las frases que fueron objeto de suspensión provisional y, en consecuencia, a solicitar a la Honorable Sala un pronunciamiento definitivo sobre su nulidad".

Posteriormente la Superintendencia Bancaria presentó nuevo memorial oponiéndose al concepto fiscal (folio 109 a 114) en el cual expresa en lo esencial:

a) Aplicación del fenómeno de sustracción de materia estima la señora apoderada de la entidad oficial que no procede ya en su criterio, pronunciamiento de fondo, porque el acto objeto de la litis, Circular Externa DB Número 051 de 1979 y las Resoluciones 2030 y 2031 ambas de 1979 fueron derogadas por la Resolución Número 2616 de 1982, que fue transcrita en la Circular DAB Número 042 de 1982, también emanada de la misma oficina; además, dice no se trata de una acción de plena jurisdicción sino de simple nulidad;

b) Subsidiariamente pide, que se abstenga la Corporación de hacer pronunciamiento en el fondo, porque la circular carece de efectos vinculantes;

SE CONSIDERA:

El texto de la circular demandada tiene el siguiente tenor literal:

"A los Señores:
PRESIDENTES Y GERENTES GENERALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS CORPORACIONES FINANCIERAS Y CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA.

Referencia: Horarios Bancarios.

"Para su conocimiento y fines consiguientes, me permito informarles que mediante Resolución Número 2030 de abril 23 del año en curso, la Superintendencia *autorizó la jornada laboral de cinco (5) días a partir del próximo 14 de mayo* en las siguientes ciudades:

Aguachica	Cesar	Arauca	Arauca
Armero	Tolima	Barbosa	Santander
Barrancabermeja	Santander	Buenaventura	Valle
Buga	Valle	Cereté	Córdoba
Cerrito	Valle	Ciénaga	Magdalena
Codazzi	Cesar	Corozal	Sucre
Chiquinquirá	Boyacá	Florencia	Caquetá
Fonseca	Guajira	Fundación	Magdalena
Girardot	Cundinamarca	Honda	Tolima
Ipiales	Nariño	La Dorada	Caldas
Lorica	Córdoba	Maicao	Guajira
Mariquita	Tolima	Ocaña	Norte de Santander
Palmira	Valle	Pamplona	Norte de Santander
Planeta Rica	Córdoba	Roldanillo	Valle

Sahagún	Córdoba	San Gil	Santander
San Andrés	San Andrés Isla	San Juan del Cesar	Guajira
Socorro	Santander	Sogamoso	Boyacá
Tuluá	Valle	Tumaco	Nariño
Túquerres	Nariño	Villanueva	Guajira
Zarzal	Valle		

"El horario que entrará a regir en la fecha y ciudades citadas es el f de las Resoluciones 4024 de diciembre 1o. de 1977 y 0141 de enero 25 de 1978, así:

Lunes a Jueves	De 8 a 11 1/2 a.m. y De 2 a 4 p.m.
Viernes	De 6 a 11 1/2 a.m. y De 2 a 4 1/2 p.m.
Ultimo de mes	De 8 a 11 1/2 a.m.
Cierre	Sábado y Domingo.

"Al igual que anteriores oportunidades, la modificación de los horarios bancarios obedeció a un juicioso estudio que además de ponderar factores tales como la actividad económica, el clima, población y condiciones particulares de cada región, consultó el criterio de los distintos gremios, de los establecimientos bancarios y de sus empleados. se creyó así mismo importante conocer la opinión de los señores Gobernadores y Alcaldes, con jurisdicción en los diferentes Municipios, y con ese propósito, se les solicitó con la debida antelación que remitieran a esta Superintendencia las informaciones que juzgaran pertinentes".

"Este Despacho tiene la convicción de que el nuevo horario optimiza la prestación del servicio bancario al público en las 39 ciudades donde regirá, como ha ocurrido anteriormente en las capitales de Departamentos.

"De otra parte y basados en los parámetros anteriormente relacionados, se expidió la Resolución Número 2031 de abril 23 del presente año, fijando un nuevo horario de atención al público, *en semana laboral bancaria de cinco (5) días así:*

Martes a viernes	De 8 a 11 1/2 a.m. y De 2 a 4 p.m.
Sábado	De 8 a 11 1/2 a.m. y De 2 a 4 1/2 p.m.
Ultimo de mes	De 8 a 11 1/2 a.m.
Cierre	Domingo y Lunes.

"El horario citado regirá en principio a partir del 14 de mayo en las siguientes ciudades:

Apía	Risaralda	Barrancas	Guajira
Belalcázar	Caldas	Caicedonia	Valle
Caldono	Cauca	Cartago	Valle
Chinchiná	Caldas	Espinal	Tolima
El Dovio	Valle	Fresno	Tolima
La Victoria	Valle	Líbano	Tolima
Neira	Caldas	Pacho	Cundinamarca
Puerto Leguízamo	Putumayo	Riosucio	Caldas
Santa Rosa de Cabal	Risaralda	Sevilla	Valle".

Cordialmente,

Francisco Morris Ordóñez
Superintendente Bancario".

El artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 2663 y 3743 de 1950 dice:

"La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal".

El artículo 151 ibídem, que también se cita como violado expresa:

"La duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo en las excepciones que a continuación se enumeran:

"a) El las labores agrícolas, ganaderas y forestales, la jornada mixta es de nueve (9) horas al día y de cincuenta y cuatro (54) a la semana;

"b) En las actividades discontinuas o intermitentes y en las de simple vigilancia, la jornada ordinaria no puede exceder de doce (12) horas diarias;

"c) En las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, el gobierno puede ordenar la reducción de la jornada de trabajo de acuerdo con dictámenes al respecto;

"d) En los trabajos autorizados para menores de diez y seis (16) años, las labores no pueden exceder de seis (6) horas diarias".

9o. A juicio de la Sala la Circular DB Número 051 de 1979 originaria de la Superintendencia Bancaria, por su contenido, expresa la voluntad de la Administración que obliga a sus destinatarios, puesto que en ella, contra lo expresado por los distinguidos abogados que representan en este proceso a la entidad oficial, ella no se limita, como es lo lógico en ese género de documentos a informar transcribiendo su texto, sobre la existencia de la Resolución 2030 de abril 23 de 1979, sino que comienza diciendo, para su conocimiento y fines consiguientes, etc., para a renglón seguido informar de la existencia de la ya citada resolución mediante la cual se autorizó la jornada laboral de cinco días pasando luego a precisar las ciudades donde se autorizó dicha jornada y el horario de atención al público. Así las cosas, a juicio de la Sala la Circular DB Número 051 de abril 24 de 1979 expedida por la Superintendencia Bancaria sí era susceptible de ser demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

10o. Ahora bien, ha sido doctrina tradicionalmente sostenida por el Consejo de Estado, que es necesario hacer pronunciamiento de fondo sobre la acción, aunque el acto haya dejado de tener existencia jurídica, primero porque es conveniente que la Administración y los ciudadanos sepan que actos suyos son contrarios a al Constitución y a las leyes y de ese modo prevenir la futura emisión de actos similares y además, porque es muy probable que durante la vigencia del acto que se demanda se hubieran producido actos con base en él y estén en curso los correspondientes procedimientos administrativos o jurisdiccionaless. En cumplimiento de dicha doctrina se hará pronunciamiento sobre el fondo de la demanda.

Tampoco es lógico el argumento de que no es viable el pronunciamiento de fondo por ser la acción que se ventila en este proceso de simple nulidad, porque precisamente los actos creadores de situaciones subjetivas concretas y tienen su fundamento en las normas de carácter general, por lo que el ataque contra éstas repercute en las primeras.

11. Entrando en materia, la Sala cree que evidentemente, la Superintendencia Bancaria dentro de sus facultades de inspección y vigilancia, puede fijar, con carácter

obligatorio para los bancos y demás entidades financieras, el horario de atención al público, puesto que toda entidad de este tipo para funcionar necesita la autorización de la Superintendencia Bancaria según los artículos 27 y 28 de la Ley 45 de 1923; su existencia empieza cuando el Superintendente aprueba el acta de organización; sus directores se posesionan y prestan juramento ante el Superintendente Bancario (artículo 23 Decreto-Ley 2870 de 1966 y 125 de 1976 artículo 2o.), el carácter de servicio público de la banca se ha reiterado, con el Decreto 1593 de 6 de junio de 1959, calificación reiterada por la Ley 55 de 1975 en cuyo artículo 2o. dijo:

"Los bancos extranjeros con sucursal establecida en el país, que *deseen continuar prestando el servicio público bancario*, deberán transformarse en empresa mixta, mediante la constitución de un nuevo banco en el cual no menos del cincuenta y uno por ciento de las acciones pertenezca a inversiones nacionales.

"El Gobierno convendrá con los bancos extranjeros las condiciones y plazos de transformación sin que éstos últimos puedan exceder de tres años, contados a partir de la vigencia de la presente ley". (Lo subrayado es de la Sala).

Además, existe la facultad expresa en el Decreto-Ley 125 de 1976 orgánico de la Superintendencia Bancaria, en cuyo artículo número 57 le atribuye a la División de Bancos de ese organismo oficial competencia para hacer los proyectos de resoluciones que establezcan el horario, al decir: "Son funciones de la División de Bancos: i) "Proyectar las resoluciones que establezcan el horario de las oficinas bancarias en el país". A su vez, el artículo 60 ibídem, expresa: "Son funciones de la Sección de Bancos: b) Elaborar proyectos de resoluciones sobre los horarios de las oficinas bancarias en el país". Así que conforme a lo anterior, no puede existir duda alguna acerca de la competencia de la Superintendencia Bancaria para fijar el horario de atención al público en el servicio bancario y sector financiero.

Otra cosa es lo relativo a la determinación tomada en la circular de fijar la semana laboral de cinco días, porque la determinación del horario de trabajo lo pueden pactar libremente las partes en convenciones colectivas de trabajo, convenios colectivos y en el contrato de trabajo, aunque en este último caso, dentro del marco fijado en la ley o en la convención colectiva de trabajo, por lo cual resulta contraria a los artículos 158 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo que son normas de orden legal que no puede contrariar otra de carácter administrativo como es la circular demandada. Por tanto, son nulas las frases que dicen:

"La Superintendencia autorizó la jornada laboral bancaria de cinco (5) días" contenida en el segundo y tercer renglón del primer parágrafo y "en semana laboral bancaria de cinco (5) días" contenida en el tercer renglón del quinto parágrafo, hoja dos, de la Circular DB Número 051 de abril 24 de 1979 originaria de la Superintendencia Bancaria.

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:

ES NULA LA FRASE QUE DICE: "La Superintendencia autorizó la jornada laboral bancaria de cinco (5) días" contenida en los renglones segundo y tercero del primer párrafo de la Circular DB Número 051 de abril 24 de 1979 y la frase "en semana laboral bancaria de cinco días" también de la misma circular en el párrafo quinto (5) tercer renglón.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de la sesión de la fecha.

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAPITULO VII

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE ORDEN NACIONAL.

IMPUESTO DE TIMBRE SOBRE LA FACTURA COMERCIAL.— Suspéndase provisionalmente la Circular de fecha 18 de noviembre de 1983.— Originada del Despacho del Administrador de Aduana Interior de Bogotá dirigida a los administradores de Aduana de todo el país.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., julio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 0073.
Actor: **Guillermo Chaín Lizcano.**

En uso de la acción pública de nulidad el profesional abogado Guillermo Chaín Lizcano, con Tarjeta de Abogado 9543 y Cédula de Ciudadanía Número 17.109.815 de Bogotá, demanda al Consejo de Estado que se decrete la nulidad de la circular de noviembre 18 de 1983 originaria del Despacho del Administrador de Aduana Interior dirigida a todos los Administradores de Aduana del país y por la cual se les ordena que en lugar del impuesto de timbre sobre la factura consular, suprimido por sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de 16 de mayo de 1983, se debe cobrar impuesto de timbre sobre la factura comercial como lo establecen el numeral 37 del artículo 14 de la Ley 2a. de 1976 y el artículo 18 de la Ley 11 de 1983 en cuantía del 2.1% sobre el valor neto F.O.B. de cada factura.

La demanda reúne los requisitos legales y por lo mismo debe admitirse. Y, como además, se pide la suspensión provisional se procede a su estudio.

La circular dice:

CIRCULAR

PARA: IMPORTADORES, AGENTES DE ADUANA, FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION.

DE: ADMINISTRADOR ADUANA INTERIOR.

FECHA: Noviembre 18 de 1983.

"Para su conocimiento y estricta aplicación, transcribo a continuación la circular 5147 de fecha noviembre 8 de 1983, originaria del despacho del señor Director General de Aduanas relacionada con el impuesto de Timbre Consular y el Impuesto sobre Factura Comercial.

'Bogotá, D. E., noviembre 8 de 1983.— ADMINISTRADORES ADUANA (Todos los del país).

'Como he tenido noticia de que algunas administraciones de aduana continúan cobrando el Impuesto sobre la Factura Consular recuérdoles que según sentencia de mayo 16 de 1983 del Consejo de Estado cuya fotocopia fue enviada a ustedes oportunamente esro (sic) no es procedente punto en cambio espero se esté recaudando el Impuesto de Timbre sobre la Factura Comercial tal como lo establecen el numeral 37 del artículo 14 de de la Ley 2a. de 1976 y el artículo 18 de la Ley 11 de 1983 punto". (Fdo) Rafael Poveda Alfonso.— Director General de Aduanas'.

"En consecuencia a partir de la fecha no se seguirá exigiendo el pago del Impuesto de Timbre Consular, debiéndose en su lugar, exigir el pago del Impuesto de Timbre sobre la Factura Comercial en cuantía del 2.1% sobre el valor neto F. O. B. de cada Factura de conformidad con el numeral 37, artículo 14 de la Ley 2a. de 1976 y artículo 18 de la Ley 11 de 1983 que dicen así:

'37. —La presentación de facturas comerciales ante las autoridades aduaneras, cuando no se presenten como anexos de las Consulares y el requisito de la presentación sean necesarios, dos por ciento (2%) del valor neto F. O. B. de la mercancía amparada por cada factura.

'Artículo 18. —A partir de la vigencia de la presente ley y por el término de tres (3) años, increméntase en un 5% el impuesto de Timbre Nacional previsto en la Ley 2a. de 1976 y normas que la adicionan y complementan y destínase su producido a dotar de recursos a la Corporación de Reconstrucción y Desarrollo del Departamento del Cauca en su objetivo prioratorio de reconstrucción de las Zonas afectadas por el sismo del 31 de marzo pasado.

'Las fracciones de peso que resulten de aplicar el presente artículo se depreciarán si fueren inferiores a cincuenta centavos ($ 0,50) y se aproximarán al peso si fueren iguales o superiores a esta suma'.

"El referido Impuesto de Timbre sobre la factura comercial se deberá consignar de conformidad con el literal b) del artículo 18 de la misma Ley 2a. de 1976, en las Cajas de recaudación dependientes de la Dirección de Impuestos Nacionales.

"La impresión de la máquina registradora de uso autorizado, o el recibo oficial que para el efecto expidan las recaudaciones de Impuestos Nacionales, servirán para comprobar que efectivamente se ha pagado el aludido impuesto.

"La prueba inequivoca de haberse pagado el Impuesto de Timbre sobre la Factura Comercial, deberá acreditarse tanto para la presentación de manifiestos ante la Sección de Comprobación, como para las solicitudes de entrega por Acta de mercancías.

Atentamente,

Luis Javier Figueroa Martínez
Administrador Aduana Interior".

Entre las normas cuya violación acusa el actor, está el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución que le atribuye al Presidente de la República la función reglamentaria, y no a los Ministros y demás funcionarios administrativos, de lo cual resulta nítido con la sola lectura del acto acusado, que realmente contiene toda una reglamentación en la que se indica desde cuando y cual acto debe recaer el tributo cuya recaudación se ordena, así como la oficina a la cual deberá enviarse el dinero recaudado, acto que constitucionalmente le compete al señor Presidente de la República expedir, en ejercicio de la función reglamentaria, siendo por lo expuesto ilegal el acto acusado y por lo mismo procedente decretar la suspensión provisional.

Por lo expuesto se resuelve:

1o. Admítase la demanda;

2o. Suspéndase provisionalmente la circular de fecha dieciocho (18) de noviembre de 1983 originaria del Despacho del Administrador de Aduana Interior de Bogotá dirigida a los Administradores de Aduana de todo el país.

3o. Notifíquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, a la Directora General de Impuestos Nacionales y al Director General de Aduana.

4o. Envíese copia al señor Director General de Aduanas.

Notifíquese al señor Fiscal.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES.— OBLIGATORIEDAD.— (Suspensión provisional). No serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en el diario, gaceta o boletín ... (artículo 43 del Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984). Decrétase la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones Números 1437 de junio 15 y 1598 de julio 10 de 1984 expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Expediente No. 4731.

El abogado Helmer Zuluaga Vargas, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ha pedido a esta Corporación que haga las siguientes declaraciones:

1. Que es nula la Resolución Número 1437 de 15 de junio de 1984 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se modificaron las tarifas que por concepto de servicios recauda la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Que es nula la Resolución Número 1598 de 10 de julio de 1984 expedida por la mencionada Superintendencia, mediante la cual se modifica el artículo 2? de la Resolución 1437 de 1984.

Además ha solicitado que se decrete la suspensión provisional de los actos administrativos acusados con fundamento en las siguientes consideraciones:

"1. *Falta de competencia para producir los actos generales acusados.*

"Basta una sencilla comparación de los actos acusados, con cuatro normas de carácter superior, para percibir que el Superintendente de Industria y Comercio no tenía ni tiene competencia para expedir las dos resoluciones acusadas.

"Veamos las citadas cuatro normas de carácter superior:

"a) Salta a la vista que el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional atribuye la competencia o potestad reglamentaria de las leyes, decretos ley y decretos legislativos al Presidente de la República, y no al Superintendente de Industria y Comercio.

"b) Salta a la vista que el artículo 66 del Código de Régimen Político y Municipal dispone que todo lo relativo a la administración general de la República que no esté especialmente atribuido a otro poder público, como es el Superintendente de Industria y Comercio, corresponde al Presidente.

"c) Salta a la vista que el artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 que señala las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, no le atribuye en forma expresa y especial, competencia alguna ni para fijar ni para reajustar tarifas por concepto de los servicios que presta.

"d) Salta a la vista que ni el artículo 2o. ni el artículo 3o. del Decreto Legislativo 234 de 1983 le atribuyen, al Superintendente de Industria y Comercio, en forma expresa y especial, la facultad de reajustar las tarifas establecidas en el artículo 1o. de tal decreto legislativo, lo cual se desprende de su simple lectura.

"En resumen, no se requiere ningún tipo de esfuerzo mental para deducir que las resoluciones acusadas fueron expedidas por un funcionario incompetente.

"Comparando las resoluciones acusadas con las cuatro normas anteriormente citadas, y que también aparecen transcritas en la demanda, se echa de menos la facultad expresa y especial de la Superintendente de Industria y Comercio, para reajustar las tarifas fijadas por el Decreto Legislativo 234 de 1983.

"2. *La exigencia o imposición de obligatoriedad, para los particulares, de los actos generales acusados, antes de haberse cumplido el deber legal de su publicación en debida forma.*

"Basta una sencilla comparación de los actos acusados y, en especial, basta una sencilla comparación del artículo único de la Resolución Número 1598 de julio 20 de 1984, frente al artículo 43 del actual Código Contencioso Administrativo, para llegar a la fácil conclusión de que existe manifiesta discordancia entre la norma superior del artículo 43 del Código Contencioso Administrativo que impide o prohibe la obligatoriedad antes de la publicación, por un lado, y los actos acusados, por el otro, que disponen la entrada en vigencia, haciendo caso omiso de su previa publicación.

"3. *La violación de derechos adquiridos al disponer, en forma general, el sobreprecio autorizado por la ley dejando, por fuera de excepción, las solicitudes de protección de derechos de propiedad industrial que ya se encontraban en trámite en la dicha Superintendencia.*

"Basta una sencilla comparación de las resoluciones acusadas, con el inciso final del artículo 49 de la Ley 153 de 1887 que desarrolla el principio constitucional contenido en el artículo 30 de la Carta, para percibir que la no expresa exclusión de obligatoriedad de reajuste, para solicitudes pendientes, presentadas antes de la vigencia de las resoluciones que ordenaron el reajuste de tarifas, viola derechos anteriormente adquiridos.

"De hecho, a pesar de airadas protestas, y contra viento y marea, la citada Superintendencia ha venido cobrando tales reajustes a las solicitudes presentadas bajo el imperio de la legislación anterior.

"Esta tercera causal de suspensión provisional tiene especial importancia, habida cuenta de que el Consejo de Estado, en dos diferentes sentencias, ha reiterado expresamente el principio de que las solicitudes de protección de derechos de propiedad industrial y, entre ellas, las de patentes de invención, *se rige por las normas vigentes al momento de la presentación de la solicitud 'hasta la culminación, con las leyes vigentes, al tiempo de su iniciación', según palabras del mismo Consejo de Estado.*

"Se trata de la sentencia de enero 16 de 1976 (Expediente 2081) cuya parte pertinente aparece transcrita, en la página 19 de esta misma demanda.

"Se trata, también, de la *sentencia de julio 17 de 1980* (expediente 2964) cuya parte pertinente también aparece transcrita en las páginas 19 y 20 de esta misma demanda.

"Es claro que el decreto de la suspensión provisional, con base en esta tercera causal, deberá hacerse diciendo, palabras más o palabras menos, que se 'decreta parcialmente la suspensión provisional solamente en cuanto que, por razón de las resoluciones generales acusadas que no hacen excepción o distinción alguna, deba entenderse que su obligatoriedad se extiende a solicitudes en trámite, iniciadas bajo el imperio o al amparo de la legislación anterior'.

"4. *La indebida cita de un concepto u oficio de un jefe de una sección del Ministerio de Hacienda, en reemplazo de la motivación obligada en un porcentaje señalado por el mismo gobierno nacional, como condición del ejercicio de la facultad de reajustar las tarifas del Decreto Legislativo 234 de 1983.*

"Basta una sencilla comparación de lo siguiente:

"a) Del artículo 3o. del Decreto Legislativo Número 234 de 1983 que exige, expresamente, como condición necesaria del reajuste de tarifas, basarse *'en el porcentaje señalado por el gobierno nacional'.*

"b) Del segundo 'considerando' de la Resolución acusada 1437 de junio 15 de 1984 que dice haber cumplido dicho requisito expreso, con base en el porcentaje señalado, *en el oficio 03462 del 23 de marzo, enviado por la Jefe de la Oficina de Estudios Tributarios* del Ministerio de Hacienda.

"Tal oficina, en ningún momento, constituye el Gobierno Nacional".

CONSIDERACIONES DE LA SALA UNITARIA

La demanda reúne los requisitos formales y demás presupuestos procesales exigidos por la ley para su admisibilidad. Por consiguiente, debe procederse a estudiar la solicitud de suspensión provisional, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

Entre los varios cargos de manifiesta violación de normas superiores de derecho que el actor le hace a los actos cuestionados está el de infringir lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto-Ley 01 de 1984, porque conforme a esta norma se impide o prohibe la obligatoriedad antes de la publicación y los actos acusados disponen la entrada en vigencia haciendo caso omiso de su previa publicación.

En relación con el cargo anterior la Sala Unitaria estima que le asiste toda la razón al demandante, por lo que debe accederse a su solicitud de suspensión provisional. En efecto, el artículo 43 del Decreto-Ley 01 de 1984 dispone que "los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto". En tanto que lo anterior dispone la norma transcrita, el artículo 2o. de la Resolución 1437 de 15 de junio de 1984 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, "por la cual se modifican unas tarifas", dispone que ella "rige a partir de la fecha de su expedición". Conforme a la norma citada del Código Contencioso Administrativo es a partir de la fecha de su publicación.

En el mismo vicio incurre la Resolución Número 1598 de 10 de julio de 1984 expedida también por el Superintendente de Industria y Comercio, "por la cual se modifica una resolución". Pues ésta dispone en su artículo único que el artículo 2o. de la Resolución 1437 quedará así: "La presente resolución rige a partir del 13 de julio de 1984".

Las resoluciones acusadas tienen carácter general por cuanto no son creadoras de situaciones jurídicas individuales o concretas sino que mediante la primera de las citadas se fijan las tarifas por concepto de servicios que en razón de sus funciones presta la Superintendencia de Industria y Comercio. Por consiguiente, deben suspenderse provisionalmente los efectos de los actos acusados, ya que ellos no pueden tener vigencia conforme lo dispone el artículo 43 del Decreto-Ley 01 de 1984 sino a partir de la fecha en que se haga la publicación en la forma prevista en la norma citada.

Lo anterior es suficiente para que sin entrar en mayores consideraciones ni en el examen de los otros cargos de manifiesta ilegalidad se acceda a lo pedido por el actor.

En mérito de lo expuesto, se resuelve lo siguiente:

1o. Admítese la demanda. En consecuencia se dispone:

a) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al Señor Superintendente de Industria y Comercio.

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

c) Fíjese en lista por el término legal.

2o. Decrétase la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones Números 1437 de 15 de junio y 1598 de 10 de julio de 1984 expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

Notifíquese y cúmplase.

Jacobo Pérez Escobar.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

FAUNA SILVESTRE.— MOVILIZACION Y COMERCIALIZACION TOTAL DE LOS PRODUCTOS DE FAUNA SILVESTRE.— Prohibición, literal e) artículo 265 Decreto-Ley 2811 de 1974. Suspéndese Provisionalmente la Resolución Número 1362 de 1983 expedida por el Gerente General del INDERENA.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos (2) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4318.
Actor: **Alvaro León Cajiao.**
Fiscal I del Consejo de Estado.

El Señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, en ejercicio de la atribución que al Ministerio Público le confiere el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, solicitó ante esta Corporación la nulidad de la Resolución Número 1362 de 20 de septiembre de 1983 expedida por el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, "Por la cual se otorga un permiso especial de movilización y comercialización de productos de la Fauna Silvestre".

En el texto de la demanda el señor Fiscal también pidió y sustentó de modo expreso la suspensión provisional de la resolución impugnada.

En atención a que la demanda reúne los requisitos legales, es procedente aceptarla y así se hará más adelante en esta providencia. Por tanto, se entra a analizar la medida cautelar pedida:

1. La parte dispositiva de la resolución cuestionada es del siguiente tenor:

"ARTICULO PRIMERO.— Otorgar permiso especial a la firma PRODELTA LTDA., con sede en la ciudad de Barranquilla, por el término de 24 meses contados a partir de la fecha de expedición de la presente resolución, para que lleve a efecto la movilización y comercialización total de los productos de fauna silvestre vedados mediante Resoluciones números 547, 848 y 849 del 6 de agosto de 1973, así como de aquellos productos de fauna silvestre vedados, introducidos al país bajo el amparo de los contratos del Plan Vallejo, inventariados por Resolución Número 1151 del 11 de octubre de 1973, que se encuentran registrados en los libros de control de existencias a cargo de la División de Fauna Terrestre del INDERENA.

"ARTICULO SEGUNDO.— Previa cada movilización y comercialización de los productos de fauna silvestre adquiridos por la firma permisionaria a la firma MENDAL HERMANOS autorizada en el artículo anterior, la División de Fauna Terrestre, con el concurso de la Oficina Nacional de Control y Vigilancia del INDERENA, deberán practicar un inventario de tales productos, a fin de ser incluidos en los libros de registro y control de existencias de la firma PRODELTA LTDA., considerándose en consecuencia que una vez concluida la operación comercial entre las citadas firmas, las existencias de productos de fauna silvestre de la firma MENDAL HERMANOS, se darán por agotadas.

"ARTICULO TERCERO.— De acuerdo a lo dispuesto en el artículo primero de esta resolución, la vigencia de este permiso no podrá exceder de 24 meses, contados a partir de la fecha de su expedición. Vencido dicho término, se practicará el decomiso de todo producto de fauna silvestre que se ampare en esta providencia, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 72 del Decreto 1608 de 1978.

"ARTICULO CUARTO.— Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente providencia únicamente se autorizará la movilización y comercialización de pieles enteras, o fracciones de éstas; que deben provenir también de pieles enteras de forma tal que sea factible realizar los descuentos correspondientes a tales productos en los saldos consignados en los libros de control de existencias de la firma PRODELTA LTDA.

"ARTICULO QUINTO.— El procedimiento administrativo interno que deberá seguirse durante la vigencia del presente permiso será el siguiente:

"a) El Representante Legal de la firma deberá presentar directamente la solicitud ante la División de Fauna Terrestre del Instituto señalando que invoca el permiso especial de que trata la presente providencia.

"b) La División de Fauna Terrestre dentro de los 2 días siguientes de presentada la solicitud y previa confrontación con los libros de control de existencias, indicará a la Gerencia General, si la firma PRODELTA LTDA., cuenta con existencias suficientes e inventariadas para amparar su petición.

"c) La Gerencia General, si la firma solicitante posee en los inventarios las existencias suficientes, procederá a impartir el Visto Bueno a los respectivos documentos, que autorizan realizar la operación. Si no hubieren las existencias necesarias se devolverá la solicitud a la División Legal de Recursos para que expida la providencia necesaria, que indique al peticionario las razones por las cuales se rechaza la solicitud.

"d) Para toda exportación autorizada mediante el permiso especial de que trata la presente resolución, el interesado deberá dar aviso a la División de Fauna Terrestre quien coordinará lo pertinente con la Oficina Nacional de Control y Vigilancia, de la fecha, hora y lugar por donde saldrán del país los productos faunísticos, con el fin de que se tomen las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento de lo dispuesto en la presente providencia".

2. Sostiene el señor Agente del Ministerio Público que la resolución acusada viola manifiestamente los artículos 158 del Código Contencioso Administrativo; 265 —literal e)— del Decreto-Ley 2811 de 1974; 28 —parágrafo 1o.— del Acuerdo 20 de 1969 y 43 —literales c) y s)— del mismo acuerdo, de la Junta Directiva del INDERENA, y 2o. del Acuerdo 25 de 1982 ibídem.

3. La solicitud de suspensión provisoria la sustenta el funcionario demandante de la siguiente manera:

"La violación es manifiesta porque viola normas de superior jerarquía y surge de la simple comparación, entre los textos.

"Las normas infringidas son del siguiente tenor:

"1. Artículo 265 Decreto-Ley 2811 de 1974. 'Está prohibido: ... e) ... *comercializar individuos de especies vedadas ... o comercializar sus productos'.*

"2. Artículo 158 Decreto 01 de 1984 (artículo 99 Ley 167 de 1941). 'Ningún acto anulado o suspendido *podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas'.*

"3. Parágrafo 1o., artículo 28, Acuerdo 20 de 1969. 'Los salvoconductos de que trata este artículo se expedirán a aquellas personas poseedoras de licencias de caza comer-

cial y de funcionamiento, *ampararán únicamente el material que en ellos se especifique y serán válidos por una sola vez y por el tiempo indicado'.*

"4. Artículo 43, Acuerdo 20 de 1969.

"c) *Cazar especies vedadas por el INDERENA"* ..."

" 's) Comercializar y transformar productos de la fauna silvestre que no se ciñan a las normas del presente estatuto'.

"5. Artículo 2o. Acuerdo 25 de 1982.

" 'Facultar al Gerente General del INDERENA para que previo consentimiento y aprobación de la Honorable Junta Directiva ... *establezca un reglamento y fije un procedimiento legal con el objeto de expedir certificados e impartir vistos buenos ...'.*

"Las infracciones por las cuales se impetra la suspensión provisional, se exponen clara y brevemente, así:

"1. Como el literal e) del artículo 265 del Decreto-Ley 2811 de 1974, prohibe 'comercializar individuos de especies vedadas' y 'sus productos', la violación que a esta norma infringe la Resolución 1362 de 1982, consiste en permitir 'la movilización y comercialización' de las especies y productos de ellas vedadas mediante Resoluciones 847, 848 y 849 de 6 de agosto de 1973.

"2. La Resolución 1362 de 1982, reprodujo expresamente el contenido de los artículos 1o., 7o. y 8o. de la Resolución 1151 de 1973, cuya nulidad había sido declarada por el Honorable Consejo de Estado —Sección Primera—, mediante sentencia de 18 de octubre de 1978.

"Se habla aquí del artículo 7o. de la Resolución 1151 de 1973, porque el artículo único de la Resolución 1167 de 1973, también anulado, lo sustituyó.

"3. Con la expedición de las Resoluciones 847, 848 y 849 de 6 de agosto de 1973, que establecieron vedas y prohibiciones en materia de fauna silvestre, terminaron la vigencia de los salvoconductos concedidos; la resolución cuya suspensión provisoria se solicita, los revive y les otorga vigencia por 24 meses más, no obstante la norma que se invoca como infringida, consagra su validez por una sola vez y por el tiempo indicado. Allí está, clara y ostensible, la violación.

"4. La Resolución 1362 de 1983, viola el artículo 48 literal c) y s) del Acuerdo 20 de 1969, puesto que permite ingresar a un inventario (declarado nulo) durante un lapso de 24 meses, productos de especies vedadas por el INDERENA por espacio de 10 años, obviamente para ser productos deben provenir de especies que han sido cazadas.

"Así mismo, permite comercializar y transformar productos de especies, que por ser vedados, no se ciñen con el Estatuto a que hace relación el Acuerdo 20 de 1969, sobre 'Fauna Silvestre y Caza'.

"5. Sobre este cargo, la violación consiste en la falta de un requisito 'sine qua non', el acto carece de validez, pero que de todas maneras se viola una norma de superior jerarquía, como es el Acuerdo 26 de 1982.

"En efecto, el artículo 2o. faculta al Gerente General para expedir un reglamento y procedimiento para impartir vistos buenos y autorizar la comercialización a nivel

internacional, bajo el *'previo conocimiento y aprobación'* de la Junta Directiva, los que se echan de menos en el acto que se impugna y cuya suspensión se solicita". (Los subrayados aparecen en el texto).

4. Al establecer el paralelo entre las normas que la demanda cita como palmariamente transgredidas y la resolución cuestionada, prima facie se deduce que la última permite la "movilización y comercialización total de los productos de fauna silvestre vedados mediante Resoluciones números 847, 848 y 849 de 6 de agosto de 1973 ...", cuestión ésta que expresamente prohibe el literal e) del artículo 265 del Decreto-Ley 2811 de 1974, que dice: "Cazar o comercializar individuos de especies vedadas, o cuyas tallas no sean las prescritas, o comercializar sus productos".

La sola infracción manifiesta que antecede es suficente para que se deba acceder a la suspensión provisional solicitada. Pero como de igual manera las restantes violaciones a que alude el Fiscal demandante también son protuberantes, se acogen en principio en esta providencia en la forma como están expuestas en el capítulo respectivo de la demanda, antes transcrita.

En consonancia con lo expuesto, corresponde acceder a la suspensión provisional pedida.

En el anterior orden de ideas, se dispone:

Primero.— Por reunir los requisitos legales, admítese la demanda de simple nulidad instaurada por el señor Fiscal Primero de la Corporación, y al efecto se ordena:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Agente del Ministerio Público.

b) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, en la dirección que indica la demanda.

c) Notifíquese personalmente este auto al representante legal de la firma MENDAL HERMANOS, en la dirección señalada en el libelo.

d) Notifíquese personalmente este auto al representante legal de la sociedad PRODELTA LTDA., en la Zona Franca de Barranquilla, para lo cual se comisiona al Tribunal Administrativo del Atlántico, al que se le señala al efecto el término de diez (10) días, deducidas las distancias. Líbrese el respectivo despacho, al que se adjuntará copia auténtica de la demanda.

e) Fíjese en lista este asunto por el término de diez (10) días, a efecto de que los demandados o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

f) Solicítese al Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables el envío a este Despacho, con destino al proceso de la referencia, de los antecedentes administrativos que sirvieron de fundamento para expedir la resolución acusada.

Segundo.— Decrétase la suspensión provisional de la Resolución Número 1362 de 26 de septiembre de 1983, expedida por el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, "Por la cual otorga un permiso especial de movilización y comercialización de productos de la Fauna Silvestre".

Notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO VIII

SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

TITULOS VALORES A LA ORDEN.— TRANSMISION.— En materia bancaria no es aceptable la tesis de la libertad contractual a plenitud. Los particulares deben someterse a la forma típica idónea prevista en la ley, cuya regla general sienta el artículo 651 del Código de Comercio. Levántase la suspensión provisional de los efectos del aparte de la Circular Externa Número DB 082 de julio 9 de 1979, proferida por la Superintendencia Bancaria.

NOTA: Véase Anales de 1979. Segundo Semestre. Pág. 419.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis (6) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**

Referencia: Expediente No. 6349.

Actor: **Bernardo Herrera Molina.** Autoridades Nacionales. Nulidad y Suspensión provisional de la Circular Externa Número DB 082 del 9 de julio de 1979, proferida por la Superintendencia Bancaria.— FALLO.

El abogado Bernardo Herrera Molina en ejercicio de la acción pública que consagraba el artículo 66 del anterior Código Contencioso Administrativo demandó en su propio nombre la nulidad de la Circular Externa DB Número 082 de 9 de julio de 1979, dirigida por el Superintendente Bancario a los gerentes de establecimientos bancarios, en el aparte que dice:

"De esta manera, los títulos-valores emitidos a la orden, deben ser transferibles mediante el endoso y la entrega del mismo, tal como lo establece el artículo 651 del Código de Comercio".

O sea que tal circular, destinada a dar instrucciones sobre compra y venta de cartera, prohibe a los bancos transferir los títulos-valores expedidos a la orden, en forma diferente al endoso seguido de la entrega.

Con la demanda se solicitó la suspensión provisional, la que fue decretada por sala unitaria, en auto confirmado por sala de decisión.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el actor que el aparte de la circular acusado es violatorio de los artículos 651 a 653, 654 y 655 del Código de Comercio, porque de acuerdo con estas disposiciones la transferencia o negación real y verdadera de un título-valor expedido a la orden puede hacerse por medios distintos del endoso seguido de la entrega. Así, el artículo 664 admite la posibilidad de que los bancos "reciban títulos aun cuando no estén endosados a su favor", norma repetida por el artículo 666. Añade que también se violó el artículo 1o. de la Ley 43 de 1923, modificado por el 1o. de la Ley 57 de 1931, porque el Superintendente sólo ha sido facultado para ejecutar las leyes que regulan las actividades de la industria bancaria y para vigilar el funcionamiento de dichos establecimientos, mas no para imponerles prohibiciones, limitaciones o restricciones en sus actividades.

CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA

Por su parte la Superintendencia Bancaria en su impugnación de la demanda, ha sostenido que en el caso del artículo 652 del Código de Comercio se configura "un simple contrato de cesión que no puede calificarse, bajo ningún aspecto, como un verdadero negocio cambiario. Al adquirente, se repite, no se le atribuyen las prerrogativas propias del endosario (...) la transmisión de títulos-valores por medios diferentes del endoso, aunque legal, se toma por todo lo expuesto, en una operación que implica la generación de grandes riesgos para el patrimonio del establecimiento bancario, presentándose así un desmedro de la seguridad insita en toda negociación bancaria", razón por la cual la Superintendencia ejerció cabalmente la atribución del artículo 47 de la Ley 45 de 1923, para impedir las prácticas comerciales 'inseguras' de los bancos.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía 6a. de esta Corporación en su vista de fondo conceptúa que debe revocarse la suspensión provisional y denegarse las súplicas de la demanda. Para ello, después de hacer un interesante estudio, termina diciendo:

"Se concluye, entonces que:

"1.— Los artículos 651, 652, 653, 664 y 666 del Código de Comercio no son normas supletivas sino de carácter imperativo.

"2.— No es razonable aceptar, como criterio de interpretación de dichas normas, que en el capítulo III del título IV del Código de Comercio, al cual corresponden, el legislador inicialmente pretenda ejercer su competencia exclusiva para fijar las condiciones de validez del negocio jurídico de transmisión de título-valores a la orden (artículo 651) y posteriormente renuncie a dicha competencia al admitir que, además de la forma típica por él ordenada, el negocio pueda realizarse de cualquiera otra manera, inclusive, como pretende el actor, sin la entrega del título-valor.

"3.— Estima que en una interpretación adecuada de dichas normas de carácter imperativo, debe entenderse que la forma típica legalmente establecida para la adquisición de títulos valores a la orden, por sujetos no obligados en virtud de tales títulos, es el endoso seguido de la entrega. Que los artículos 666 y 664 contemplan casos distintos del regulado por el artículo 651 que es el que se reitera en el acto acusado, pues el primero se refiere a la adquisición de título valor por un sujeto obligado en virtud del mismo, y el segundo simplemente señala un procedimiento bancario para el cobro de títulos recibidos 'para abono en cuenta del tenedor'; y, finalmente, que los artículos 652 y 653 del Código de Comercio no consagran excepciones (entre otras razones porque sería una excepción tan amplia que acabaría con la regla) sino previsiones ante hipótesis de anormalidad del negocio jurídico, en el uno para contraer sus efectos, en el otro para señalar un mecanismo de corrección.

"4.— Que a la Superintendencia Bancaria no le está vedado el exigir a las entidades sometidas a su vigilancia que realicen sus transacciones dentro de las formas típicas legalmente establecidas y constituye cabal ejercicio de sus funciones el utilizar los correctivos a su alcance para evitar que las hipótesis de anormalidad (contempladas o no por el legislador) se usen en forma generalizada y consciente.

"Por las mismas consideraciones estimo que el acto acusado no viola tampoco los artículos 86 de la Ley 45 de 1923 (inciso 1 y numeral 1o. reformado por el artículo 10 de la Ley 67 de 1931), ni el artículo 19 ibídem modificado por el artículo 1o. de la Ley 57 de 1931) pues no introduce restricciones distintas a las impuestas por la ley y constituye

adecuado ejercicio de la función de vigilancia de actividades de los establecimientos bancarios, por parte de la Superintendencia del ramo.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

La Sala de decisión, al resolver sobre la súplica interpuesta contra el auto que suspendió provisionalmente la parte acusada de la circular, consideró dos cuestiones previas, así: La libertad contractual en el sistema bancario, y los poderes de la Superintendencia, y para ello expresó:

"a) La libertad contractual en el sistema bancario.

"El tema de la libertad contractual tiene inusitada importancia en la vida jurídica del país y muy en particular en el caso de los bancos. En general puede decirse que el contrato bancario está regido por los principios que informan el derecho comercial y que en este derecho prevale el respeto por la voluntad de las partes contratantes. La ley se establece como una regla supletoria a la voluntad contractual y vigila el cumplimiento de las decisiones autónomas y libres de los contratantes. También existen algunos límites a esa voluntad contractual que se hacen necesarios cuando hay cuestiones de orden público involucradas. Un principio elemental del derecho era expresado por los romanos con el conocido aforismo: 'Contractus initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis". 'Los contratos en su celebración son voluntarios; en su cumplimiento necesarios'. También existe el principio jurídico que "el bien público prevalece sobre el bien privado'."

Y después de analizar los límites y cargas de la autonomía privada en concepto de varios autores (Carrejo y Josserand), añade que la autonomía de la voluntad está consagrada en el Código de Comercio (artículo 822) en concordancia con el Código Civil (artículo 1602), para agregar que en las cláusulas contractuales existen algunas que se reglan por la autonomía privada y otras que chocan con cuestiones relacionadas con el orden público económico, razón por la cual las normas del Código de Comercio se pueden clasificar en dos grupos: unas de imperativo cumplimiento, otras de naturaleza supletiva, según toquen o no con ese orden público. Y agrega:

"Ha querido el legislador darle mayor liquidez a los títulos valores porque ellos en buena parte constituyen lo que los economistas denominan cuasi dineros, forma aproximada de dinero. Por ello el Código de Comercio habla de la 'obligación cambiaria' como una obligación diferente a las normales y como dice la norma 'deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley' (artículo 626 del Código de Comercio). Esta es la característica esencial del documento: su negociabilidad y por ser esta característica de su esencial las normas que consagran las reglas de transferencia son de orden público y no pueden ser desconocidas ni por los particulares ni por el sector oficial.

Pues bien, establece la ley tres categorías de títulos valores: 1. nominativos; 2. a la orden y 3. al portador. Los títulos valores nominativos exigen inscripción del tenedor en el registro que lleva al efecto el acreedor del título y su transferencia por endoso da derecho al adquirente para obtener la inscripción de su nombre en el registro. El registro es así una formalidad indispensable para que opere la transferencia.

Los títulos a la orden son transferibles por endoso, por recibo o en virtud de un contrato libre como se desprende del contexto claro de las normas que regulan la materia. El endoso implica sin duda garantía para el endosante pero éste puede transferir la titularidad utilizando cualquier otro sistema de transferencia. En este caso es absolutamente clara la autonomía de la voluntad contractual para fijar las

reglas en esta materia. No llega a ellos el principio limitante del orden público económico pues ellos son parte de dicho orden, tanto mas que en el mundo moderno el mercado de capitales es pieza esencial de la vida económica de los pueblos y del propio monetario.

"Los títulos al portador son transferibles por la simple entrega.

"Estas normas son de tal claridad que no puede el intérprete desconocer su fuerza. Aquí opera la libertad contractual a plenitud porque así lo expresa la norma en forma perentoria y clara y no cabe discusión sobre ella. No podría arguirse en ese caso que hay consideraciones de orden público económico aun cuando los bancos tengan limitaciones en su campo de acción. Así la ley dice que cabe la transferencia de títulos valores a la orden por endoso, por recibo o en virtud de un contrato libre no puede el intérprete distinguir entre la transferencia que hacen los bancos y la que hacen otras personas jurídicas, pues donde la ley no distingue no le es dable al intérprete distinguir".

Después se ocupa de las facultades de la Superintendencia Bancaria, y al respecto explica dicho auto:

"Aun cuando es cierto que la Ley 45 de 1923 creó la Superintendencia Bancaria como un organismo de control y vigilancia del sistema bancario, también es un hecho que el Decreto 2206 de 1963 amplió sustancialmente sus obligaciones y sus facultades al entregarle como responsabilidad propia la vigilancia de las disposiciones emanadas de la Junta Monetaria que hagan relación a tales instituciones. Entre las facultades de la Junta Monetaria la ley ha entregado a esta entidad la facultad de señalar el encaje de los bancos y toda otra serie de importantes funciones de carácter general en materia de regulación monetaria y crediticia.

"Indiscutiblemente parte importante de la tarea que desarrolla la Superintendencia Bancaria toca con el orden público económico. Así lo ha reconocido esta Corporación en reiterada jurisprudencia.

"No obstante, las facultades de la Superintendencia no son tan amplias para permitir una intervención en actividades de los bancos desarrollados en estricta sujeción a la ley".

Para mejor entendimiento, se transcriben los artículos 651, 654 y 666 del Código de Comercio:

"Artículo 651.— Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona, en los cuales agregue la cláusula 'a la orden' o se exprese que son transferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título-valor, serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 648".

"Artículo 654.— Los bancos que reciban títulos para abono en cuenta del tenedor que los entregue, podrán cobrar dichos títulos aun cuando no estén endosados a su favor. Los bancos, en estos casos, deberán anotar en el título la calidad con que actúan, y firmar recibo en el propio título o en hoja adherida".

"Artículo 666.— Los títulos-valores podrán transferirse a alguno de los obligados, por el recibo del importe del título extendido en el mismo documento o en hoja adherida a él. La transferencia por recibo producirá efectos de endoso sin responsabilidad".

3.— La Fiscalía 6a. en su vista de fondo discrepó de las tesis expuestas por la Sala de decisión en el sentido de que sobre el modo de transferir los títulos-valores "opera la libertad contractual a plenitud", y, por el contrario, considera que para el caso no cabe siquiera plantear el tema de la autonomía privada frente al orden público, pues esa dicotomía solo se plantea (en la teoría general del negocio jurídico, en la jurisprudencia, y se define en la legislación), respecto a los fines prácticos que persiguen los particulares en la tutela de sus propios intereses, esto es, en cuanto al *contenido* del negocio jurídico pero, de ninguna manera, frente a la formación o efectos de éste que, incuestionablemente, son aspectos reservados a la competencia normativa del ordenamiento jurídico y en los cuales los particulares están obligados a ajustarse al tipo idóneo, a la forma típica prevista en la ley, a someterse a las exigencias legales que caracterizan dicha forma típica y a asumir los efectos jurídicos propios de su esencia. Al respecto se remite a lo expresado por el jurista Emilio Betti, quien explica:

"Tal criterio discriminador puede formularse como sigue. Es de competencia de los individuos determinar, en las relaciones entre ellos, los fines prácticos a alcanzar, y los caminos a seguir sus propios intereses. Es de competencia del orden jurídico valorar, cotejándolas con las finalidades generales, las categorías de fines prácticos que los individuos suelen proponerse, *prescribiendo modalidades a sus actos y los requisitos de su validez y eficacia*, y enlazándolos, por fin, situaciones jurídicas adecuadas que realicen con la máxima aproximación las funciones sociales a que aquellos fines corresponden.

"*Se afirma así la exigencia de distinguir netamente entre el contenido del negocio y los efectos jurídicos de él*, en correlación a las diferentes esferas de competencia a que el uno y los otros están sujetos. El contenido preceptivo de los negocios se somete a la competencia dispositiva de los individuos, dentro de la órbita en que ésta es admitida y circunscrita por la ley; los efectos jurídicos, en cambio, reciben su disciplina exclusivamente de la ley, están reservados a su competencia normativa (Teoría General del Negocio jurídico)" (se subraya).

Sobre estas bases, la Fiscalía 6a. considera que es en cuanto al *contenido* del negocio jurídico que tradicionalmente se ha examinado la dualidad entre libertad dispositiva de los particulares, y el orden público, de lo cual se desprende la distinción entre normas supletivas e imperativas. De suerte que corresponde a las partes fijar, dentro de los límites del orden público, el *contenido* del negocio, siendo competencia exclusiva del orden jurídico determinar los requisitos para la formación o validez del negocio jurídico y para su eficacia.

Y agrega la Fiscalía:

"Como no cabe duda de que tanto el artículo 651 del Código de Comercio (invocado en su circular por la Superintendencia Bancaria), como las demás disposiciones del mismo código que el demandante cita como violadas, son normas que se dirigen a regular la formación del negocio jurídico abstracto de cesión de títulos-valores a la orden, la condiciones de validez y eficacia de dicho negocio, este Despacho sostiene, en discrepancia con el auto de enero 31 de 1980, proferido por la Sección Cuarta, que para este caso no 'opera la libertad contractual', sino que tales normas tienen carácter imperativo, y más aún, que no cabe siquiera plantear para el asunto en examen la tradicional dicotomía: autonomía privada —orden público—, pues todas las normas en este aspecto son de orden público".

Por ello —agrega el concepto— en el Código de Comercio antes de consagrarse el principio de autonomía dispositiva de los particulares, en el artículo 4o. de ese estatuto se deja expresado inequívocamente el carácter imperativo de las normas que subordi-

nan la validez de los contratos, pues allí se dice que las estipulaciones contractuales preferirán a las normas supletivas y a las costumbres mercantiles, sobre el supuesto de que se trata de contratos válidamente celebrados.

Para mejor entendimiento, se anota que el artículo 4o. del Código de Comercio dice: "Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles".

Continúa el concepto anotando que de lo anterior se concluye que el artículo 651 del Código de Comercio contiene "el medio idóneo, la forma típica legal" de casión de derechos incorporados en títulos-valores a la orden; en tanto que los artículos 652 y 656, citados por el actor, no constituyen excepciones a ese medio, dada su forma de redacción, sino que corresponden a hipótesis de anormalidad del negocio.

Se aclara lo anterior, con la transcripción de los artículos 652 y 653:

"Artículo 652.— La transferencia de un título a la orden por medio distinto del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se hubieran podido oponer al enajenante".

"Artículo 653.— Quien justifique que se le ha transferido un título a la orden por medio distinto del endoso, podrá exigir que el juez en vía de jurisdicción voluntaria haga constar la transferencia en el título o en una hoja adherida a él. La constancia que ponga el juez en el título, se tendrá como endoso".

En estas condiciones, el concepto concluye:

"Son, pues, los artículos 652 y 653 del Código de Comercio, previsiones del legislador ante hipótesis de anormalidad del negocio jurídico, pero de allí no puede desprenderse, sin incurrir en grave error, que las autoridades administrativas estén obligadas a prohijar tales anormalidades en el negocio, ni menos aun, puede afirmarse que a una entidad de policía administrativa como la Superintendencia Bancaria, le está vedado el exigir a las entidades sometidas a su vigilancia que realicen sus transacciones dentro de las normas típicas legalmente establecidas, ni que esté impedida para utilizar los correctivos necesarios a fin de evitar que de tales hipótesis de anormalidad se generalice el uso deliberado y consciente.

"Cierto sí es que la inobservancia de tales instrucciones sólo puede dar lugar a la aplicación de los correctivos de carácter administrativo propios de la Superintendencia, pero las entidades bancarias, en relación con los títulos adquiridos por medios que no se ajustan a la forma típica consagrada en el artículo 651 del Código de Comercio, pueden acogerse a las previsiones que para hipótesis de anormalidad prevén los artículos 652 y 653, ibídem. No cabe, entonces, por este aspecto plantear tampoco la incompatibilidad entre el acto acusado y las disposiciones citadas.

"Caso distinto es el del artículo 666 del Código de Comercio: La regla general (artículo 651) cabalmente reiterada por el acto acusado, debe entenderse referida a la adquisición de títulos valores a la orden por quienes no han sido sus acreedores ni se encuentran obligados por dichos títulos. En el artículo 666 en cambio, se contempla el caso del deudor de obligación cambiaria que paga el importe del título. Es apenas obvio que adquiere la titularidad de éste y puede acreditarla con recibo 'extendido en el mismo documento o en hoja adherida a él'. Y, finalmente, el artículo 564 citado por el demandante, no informa tampoco la regla general del artículo 651, pues simplemente autoriza un procedimiento bancario para el cobro de títulos recibidos para 'abono en cuenta del tenedor'."

SE CONSIDERA:

Los planteamientos de la Fiscalía 6a. son de indiscutible rigor científico, y corresponden a una exacta interpretación de las normas legales sobre el tema debatido. En efecto, en materia bancaria no es aceptable la tesis de la libertad contractual a plenitud, pues la formación y efectos del negocio jurídico son aspectos reservados a la competencia normativa del ordenamiento legal, y éste dispone que los particulares deben someterse a la forma típica idónea prevista en la ley, cuya regla general sienta el artículo 651 del Código de Comercio. De lo cual se colige, aplicando la hermenéutica jurídica, que los artículos 652 y 653 no contemplan propiamente excepciones a esa regla, sino situaciones anormales, que resultan de los procedimientos en ellos previstos. Igual afirmación cabe en relación con lo dispuesto en el artículo 564, ibídem, como así mismo debe considerarse que es una situación diferente la contemplada en el artículo 666, explicada en la vista fiscal de manera suficiente.

En estas condiciones, resulta elemental concluir que la función de la Superintendencia Bancaria en guarda de la seguridad bancaria y en cumplimiento de la Ley 45 de 1923, es la de exigir la aplicación de la forma típica o idónea, prevista en el artículo 651 citado. Por ello, no resulta violatorio de la ley el aparte acusado de la circular mencionada. Además debe interpretar el orden público económico.

De otra parte, no se debe analizar el párrafo acusado en forma aislada sino con el contexto de la circular. Así, se puede advertir cómo tal párrafo está inspirado en la necesaria protección a los riesgos mercantiles que puede generar la operación bancaria. Si bien es cierto que las aquí llamadas situaciones anormales son lícitas para los particulares, para los bancos constituyen procedimientos que conllevan indiscutibles riesgos que la Superintendencia debe precaver.

En consecuencia debe cancelarse la orden de suspensión provisional y denegarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1o.— Deniéganse las súplicas de la demanda.

2o.— Levántase la suspensión provisional de los efectos del aparte de la circular acusada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

TITULOS VALORES A LA ORDEN.— TRANSMISION (Salvamento de Voto).— 1. Si el Código de Comercio autoriza y convalida algunas transferencias de títulos valores emitidos a la orden por medio diverso al endoso, el Superintendente Bancario no puede hacer obligatorio el Endoso. Ello equivale, ni más ni menos, a derogar la ley, por circular. 2. JERARQUIA KELSENIANA DE LA LEY. 3. ORDEN PUBLICO ECONOMICO. Con base en este concepto se ejerce permanentemente vigilancia sobre las Entidades Crediticias para evitar que se desborden los parámetros esenciales del manejo financiero y monetario.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., julio dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Salvamento de voto del **doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Radicación 6349.
Actor: **Bernardo Herrera Molina.**

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria me permito expresar las razones de mi discrepancia con la providencia que antecede.

1. Principio fundamental de nuestra Carta, reflejo de la organización democrática de nuestro sistema político, es que es el Congreso el que hace las leyes. En casos especiales, los enumerados por el artículo 118 de la Constitución Nacional, puede el Gobierno expedir decretos con fuerza de ley. No puede la Superintendencia Bancaria, organismo de vigilancia y control del sistema financiero, dictar normas que sean contrarias a la ley pretendiendo modificarla. Sólo puede el legislador (no un organismo de policía económica) derogar, modificar o emitir normas legales.

En el caso de autos es tan flagrante la violación de la ley que primero la sala unitaria y luego la sala de decisión suspendieron el acto acusado. Porque el Código de Comercio, no una sino varias veces autoriza la transferencia de un título a la orden por métodos distintos al endoso.

Veamos: a) Artículo 652 "la transferencia de un título a la orden por medio *diverso del endoso* ..." (subrayado nuestro).

b) Artículo 653 "Quien justifique que se le ha transferido un título a la orden por medio *distinto del endoso* ..." (subrayado nuestro).

c) Artículo 664 "Los bancos que reciban títulos para abono en cuenta del tenedor que los entregue, podrán cobrar dichos títulos aun cuando no estén endosados a su favor ..." (artículo incorporado al Capítulo III del libro 3o. título 3o.). (Títulos a la orden).

Contra estas disposiciones dijo la Superintendencia Bancaria "los títulos valores emitidos a la orden, *deben* ser transferibles mediante endoso y entrega del mismo ..." (Subrayado nuestro).

El Superintendente no puede derogar la ley. Si el Código de Comercio autoriza y convalida algunas transferencias de títulos valores emitidos a la orden por medio diverso al endoso, el Superintendente Bancario no puede hacer obligatorio el endoso. Ello equivale, ni más ni menos, a derogar la ley (no cualquier ley sino el Código de Comercio) por circular.

Cualquier argumentación, por elaborada y juiciosa que sea, que quiera darle validez a lo que no puede hacerse sin romper la pirámide de la jerarquía Kelseniana de las normas jurídicas, no deja de ser sino una manera de otorgarle al Superintendente potestades que no tiene ni puede tener. Lo que el código en forma expresa y clara legitima no puede ser prohibido por el Superintendente Bancario pues al Superintendente no se le ha otorgado la facultad de derogar las leyes.

2. He sido vehemente defensor de la idea del orden público económico. Con base en ese concepto se ejerce permanente vigilancia sobre las entidades crediticias para evitar que se desborden los parámetros esenciales del manejo financiero y monetario. No obstante, una cosa es el orden público económico y otra la potestad de derogar las leyes. Precisamente el artículo 32 de la Carta, que ha consagrado los principios rectores del intervencionismo del Estado en la economía, dice expresamente que esta intervención se hace por "mandato de la ley" y debe con ello colegirse que se hace secundum legem pero no "contra legem".

Además no es muy clara la incidencia de una decisión como la adoptada por la Superintendencia en el orden público económico. Posiblemente surgió con ocasión de los encajes marginales del 100% que tuvieron pleno reinado en Colombia en los años de las "bonanzas" cambiarias. Para eludir el encaje marginal muchas entidades bancarias vendían cartera a empresas pertenecientes a un mismo "grupo". Era una manera de evitar la congelación del crédito suscitada por la política de encajes marginales. Pero este esquema, que no tiene vigencia en épocas normales, no se rompe modificando la mecánica de transferencias de títulos-valores, pues el mismo objetivo lo logra un establecimiento de crédito vendiendo cartera por endoso o por medio distinto al endoso.

3. Confieso haber recurrido en muchas providencias con ponencia mía y con mucha frecuencia al artículo 47 de la Ley 45 de 1923 que otorga a la Superintendencia la facultad de "prohibir prácticas no autorizadas o inseguras". Hay dos posibilidades de interpretar el alcance de esta norma: a) como una facultad del Superintendente que puede reflejarse bien en actos administrativos tanto de carácter general, impersonal u objetivo como la circular atacada o bien en actos administrativos de carácter particular y concreto. b) La segunda interpretación limita la potestad del Superintendente de prohibir prácticas no autorizadas o inseguras a decisiones de alcance particular, a casos individuales, a situaciones específicas de cada caso.

Aun cuando en muchas otras oportunidades he sostenido la primera de esas dos posiciones, creo que enfrentados al texto expreso del Código de Comercio que permite hacer transferencias de títulos valores bien con endoso o, en algunos casos, por medios distintos al endoso, la función de intervención para limitar prácticas inseguras debería haberse realizado en forma particular a cada entidad financiera y no en forma general por circulares que pretenden tener más fuerza que la ley.

Atentamente,

Enrique Low Murtra.

CAPITULO IX

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE AUTORIDADES NO ADMINISTRATIVAS

EMPLEADOS DEL CONGRESO.— RELATIVA ESTABILIDAD Y TRANSITORIA ESTABILIDAD. (Ley 52 de 1978). Diferencias.— DEMANDA CONTRA ACTOS DE ENTIDADES SIN PERSONERIA JURIDICA.— SENADO.— En el caso en que la mención de la entidad sin personería jurídica es simplemente un modo de identificar el acto por su origen y un señalamiento del organismo que debe cumplir la sentencia, ha entendido la Sección Segunda, usando y no desbordando sus poderes de interpretación, que tácitamente se señala a la Nación, que goza de personería jurídica, como entidad demandada, que contra ella, sujeto de la relación jurídica de carácter sustancial, representada por el Fiscal, de conformidad con el artículo 143 de la Constitución Nacional, está dirigida la demanda. DEMANDA CONTRA ENTIDADES SIN PERSONERIA REPRESENTADA POR MINISTRO, JEFE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO, SUPERINTENDENTE, PRESIDENTE DEL SENADO O DE LA CAMARA. No es posible entender que se demanda a la nación. REPRESENTACION DE LA NACION. Decreto 01 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., catorce (14) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 10488. Autoridades Nacionales.
Actora: **Nohora Palomo García.**

Consulta el Tribunal Administrativo del Huila su sentencia del 13 de abril de 1983, en la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda que había presentado la señorita Nohora Palomo García ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual lo remitió a aquél por competencia. Las siguientes peticiones formuló el apoderado de la actora:

"1a. Que decrete la nulidad de la Resolución Número 299 de septiembre 27 de 1979 de la Mesa Directiva del Senado de la República, por medio de la cual fue declarado insubsistente el nombramiento de mi poderdante como Jefe de Personal de esa Corporación;

"2a. Que como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la Mesa Directiva del Senado el reintegro al cargo de mi poderdante y el pago de todos los sueldos, prestaciones, primas, vacaciones, reajustes salariales, gastos de representación, etc., como si no hubiese existido solución de continuidad entre el acto de declaratoria de insubsistencia y el que ordene el reintegro, y

"3a. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que intervenga en este proceso dentro del término previsto por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941". (folio 10).

Son hechos de la demanda:

"1o. Mi poderdante ingresó al servicio del Senado de la República desde el mes de septiembre de 1974.

"2o. Por Resolución Número 283 de julio 25 de 1978 se declaró insubsistente, por vencimiento del período legal, a los empleados del Senado de la República.

"3o. Por la Resolución Número 329 de agosto 30 de 1978 se nombró por Mesa Directiva del Senado de la República a la doctora NOHORA PALOMO GARCIA como Jefe de Personal de la Corporación.

"4o. El día 31 de agosto de 1978 mi poderdante tomó posesión del cargo de Jefe de Personal con categoría 36, según consta en el Acta Número 109.

"5o. Mediante Resolución Número 299 de septiembre 27 de 1979, mi poderdante fue declarada insubsistente del cargo que desempeñaba en el Senado de la República.

"6o. El 15 de octubre de 1979, mediante el oficio OF-002 se le comunicó a la doctora NOHORA PALOMO GARCIA la declaratoria de insubsistencia.

"7o. el 31 de octubre de 1979, mi poderdante interpuso un recurso de reposición contra la Resolución Número 299 de 1979". (folios 10/11).

Como disposiciones infringidas se señalan las siguientes: artículos 2o. y 20 de la Constitución Nacional, 3o. de la Ley 52 del 15 de diciembre de 1978 y 66 de la Ley 167 de 1941.

El concepto de la violación está expresado en los siguientes términos:

"a) **El período fijo.**— El artículo 3o. de la Ley 52 de diciembre 15 de 1978 otorgó estabilidad a los funcionarios del Congreso de la República en los términos siguientes: "Los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobadas". Esta norma convirtió a los servidores del Congreso de la República en funcionarios de período fijo, pues mientras no medie una justa causa o hechos de mala conducta, esas personas deben tener estabilidad en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados.

"Para los efectos que nos interesan, cabe anotar que el período constitucional del Senado de la República es de cuatro (4) años, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, pues para ese período son elegidos los senadores.

"La presente legislatura, como es un hecho notorio, empezó en el año de 1978 y habrá de terminar el 20 de julio de 1982. Hasta esa fecha tienen derecho, los funcionarios del Congreso de la República, nombrados y posesionados después del 20 de julio de 1978, a permanecer en sus cargos, si no se presenta una justa causa o un motivo de mala conducta.

"b) **Los vicios de forma.**— El acto acusado adolece de la causal de nulidad conocida como 'vicios de forma' porque el artículo 3o. de la Ley 52 de 1978 exige que las remociones dentro del período constitucional de aquellas personas nombradas durante ese período sean motivadas. No otro es el sentido de la ley al exigir que exista comprobación de la justa causa o de la mala conducta.

"La resolución acusada no tiene ninguna motivación, como si se tratase de empleados de libre nombramiento y remoción, contrariando así lo dispuesto por el artículo 3o. de la Ley 52.

"Dada esa carencia de motivación, la Resolución Número 299 de septiembre 27 de 1979 encuadra dentro del vicio de nulidad previsto por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, pues se pretermitió una formalidad sustancial propia de esa clase de actos administrativos.

"c) **El desvío del poder y la falsa motivación.**— La facultad que tiene la Comisión de la Mesa Directiva del Senado de la República en materia de administración de personal ha sido utilizada desviadamente en el caso que nos ocupa porque se declaró insubsistente el nombramiento de un funcionario de período fijo sin existir una motivación real para ese acto, tal como lo exige la ley. Ni se presentó mala conducta, ni se presentó una justa causa para declarar insubsistente el nombramiento de mi poderdante y la Mesa Directiva procedió como si se hubiese presentado uno de esos dos eventos" (folios 11 y 12).

El Tribunal Administrativo del Huila declaró la nulidad de la resolución acusada, ordenó el pago a favor de la demandante de todo lo que hubiera dejado de devengar a causa de la declaración de insubsistencia de su nombramiento; pero no accedió a la petición de reintegro por vencimiento del respectivo período.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal hizo entre otras, las siguientes consideraciones:

"La Ley 52 de 1978 'por la cual se determina la planta de personal para el Congreso Nacional, se fijan sus asignaciones y se dictan otras disposiciones', en su artículo 3o. establece:

'Los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobada'.

"De la norma transcrita se desprende que los empleados del Congreso son nombrados para un período fijo el de cuatro años, como que es éste el período constitucional de los Congresistas al tenor de lo dispuesto en el artículo 95 de la Carta magna.

Además, que sólo podrán ser removidos por mala conducta comprobada o justa causa mediante resolución motivada.

"En el caso de autos siendo que la actora tomó posesión del cargo de Jefe de Personal del Senado de la República el 31 de agosto de 1978, tenía derecho a permanecer en el cargo hasta el 19 de julio de 1982 cuando terminaba el período de los Senadores.

"Como fuera desvinculada del servicio el 15 de octubre de 1979 cuando se le comunicó la declaratoria de insubsistencia, sin proceso disciplinario previo ni motivación alguna, el acto acusado resulta nulo por violación del artículo 3o. de la Ley 5a. de 1978.

"El señor Fiscal de este proceso considera que la relativa estabilidad consagrada en el artículo citado, solamente opera para los empleados del Congreso nombrados a partir de la vigencia de la Ley 52 de 1978 dado el tiempo verbal empleado en concordancia con lo establecido en el parágrafo del artículo 14 de la ley comentada.

"Sin embargo, antes que en una interpretación gramatical de la norma, la Sala piensa en su sentido teológico su finalidad que no es otra que la de continuar dándole a los empleados del Congreso la relativa estabilidad establecida en la Ley 54 de 1968.

"En manera alguna podrá concebirse o interpretarse una norma de carácter laboral, en perjuicio de los trabajadores, en la que los intereses de éstos que al fin y al cabo son los mismos de los de la equidad y la justicia, pudieran verse sacrificados ante el sentido gramatical de una frase". (folios 69 y 70).

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debido a que en negocios similares, en que se han acusado actos de remoción de empleados, proferidos por la Mesa Directiva del Senado de la República, se ha discutido el tema de la capacidad para ser parte, estima la Sala conveniente aclarar que en este caso no se señala, como ha ocurrido en otros, a la mencionada Corporación como entidad demandada y, por consiguiente, es aplicable lo que se dijo sobre la materia en sentencia del 4 de mayo de 1984:

"Para dilucidar la cuestión que plantea el señor Fiscal, debe recordarse que en la mayoría de las demandas en que se acusan actos emanados de organismos que hacen parte de la Administración Nacional central no se menciona expresamente a la Nación como entidad demandada. Pero no se señala como demandado el organismo sin personería jurídica que expidió el acto, sino que se pide que el proceso se adelante con citación y audiencia del Ministerio Público y que se ordene a dicho organismo cumplir con las disposiciones de la sentencia de acuerdo con las peticiones de la demanda.

"En el caso en que la mención de la entidad sin personería jurídica es simplemente un modo de identificar el acto por su origen y un señalamiento del organismo que debe cumplir la sentencia, ha entendido la Sección Segunda, usando y no desbordando sus poderes de interpretación, que tácitamente se señala a la Nación, que goza de personería jurídica, como entidad demandada, que contra ella, sujeto de la relación jurídica de carácter sustancial, representada por el Fiscal, de conformidad con el artículo 143 de la Constitución Nacional, está dirigida la demanda.

"Pero a ese entendimiento no llega la Sección cuando, como sucede excepcionalmente, se señala como entidad demandada a un organismo sin personería jurídica, representado por el respectivo Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Presidente del Senado o de la Cámara de Representantes. No es posible entender que se demanda a la Nación cuando expresamente se señala a un determinado organismo como entidad demandada, como sujeto de la relación jurídica de carácter sustancial. En este caso en que expresamente se está señalando como demandado un organismo que carece de personalidad en derecho, que no puede ser condenado ni absuelto, se impone una decisión inhibitoria. Cabe anotar aquí que hoy, de acuerdo con el artículo 149 del Decreto 01 de 1984, la Nación —no el organismo que expidió el acto acusado— comparece al proceso contencioso administrativo representada por el correspondiente ministro, jefe de departamento administrativo, superintendente, etc., y que respecto de actos emanados del Congreso Nacional y de la Rama jurisdiccional, la representan, en su orden, el Ministro de Gobierno y el de Justicia.

"De manera que la Sala ha compartido el criterio del señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado cuando expresa e inequívocadamente se ha dirigido la demanda contra un organismo carente de personería jurídica, como un Ministerio, Departamento administrativo, Superintendencia o algún otro de la Rama Legislativa o de la Jurisdiccional que no disfruta del atributo de la personalidad en derecho, es decir, que no es sujeto de éste y, por consiguiente, no puede serlo de derechos y obligaciones, en síntesis, de una relación jurídica; en suma, cuando en la demanda se da el carácter de demandado a un organismo que no es persona jurídica.

"Pero no en casos como el presente, en que no se ha demandado, no se ha mencionado como tal a un organismo que carece de personería jurídica, como es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sino que se le ha señalado como autor del acto acusado y no se ha pedido que se le condene como sujeto obligado, sino que se le ordene cumplir con las disposiciones que impetra el actor, y, además, se solicita que el proceso se adelante con citación y audiencia del Ministerio Público, al cual, se repite, conforme al artículo 143 de la Constitución Nacional, corresponde la defensa de los intereses de la Nación". (Expediente Número 7808. Actor: Tulio Rubén Buitrago Buitrago. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

En lo que respecta a la cuestión de fondo, no comparte la Sala el criterio del Tribunal porque no se trata de una cuestión de análisis puramente gramatical de una norma legal sino de interpretación lógica del sentido de la misma y con relación a la totalidad del estatuto de que hace parte. La disposición que cita el *a-quo*, el parágrafo del artículo 14 de la Ley 52 de 1978, en vez de confirmar su tesis la invalida y le concede razón al señor Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual emitió concepto antes de que el negocio fuera remitido al del Huila.

La cuestión es que la Ley 52 de 1978 se propuso acabar con una situación anómala que existía en el Congreso Nacional en cuanto a provisión de cargos y para ello estableció una planta de personal, por fuera de la cual no se pueden hacer nombramientos, salvo los casos legalmente autorizados, como los del artículo 4o. del mismo estatuto.

El derecho de relativa estabilidad durante el respectivo período constitucional lo concedió la ley a las personas que fueran nombradas para cargos de esa planta, mediante el procedimiento establecido en ella y por los funcionarios competentes que ella misma señaló, que son los Directores Administrativos.

Para las personas que venían prestando sus servicios al Congreso Nacional cuando entró en vigencia la ley, se estableció un derecho transitorio en el parágrafo de su artículo 14: continuar en sus cargos, con las asignaciones señaladas en el citado estatuto legal, hasta que los directores administrativos hicieran los nombramientos en propiedad para los empleos creados en aquél.

De suerte que la ley contempla dos situaciones:

a) Una de relativa estabilidad por todo el respectivo período constitucional en el cual fueron nombrados, en beneficio de los empleados designados para los cargos creados por ella (artículo 3o.).

b) Otra de transitoria estabilidad, en los cargos que venían desempeñando los empleados nombrados antes de la Ley 52 de 1978, hasta cuando los Directores Administrativos hicieran en propiedad los nombramientos para los empleos creados por dicha ley (parágrafo transitorio del artículo 14).

En el supuesto de ¿cuál de las dos disposiciones encaja la situación de la actora?

Habiendo ella sido nombrada antes de que entrara en vigencia la Ley 52 de 1978, no pudo serlo para uno de los cargos de la planta establecida en ese estatuto legal y cuyos titulares quedaron sujetos al régimen de la relativa estabilidad durante el respectivo período constitucional, sino que era de las personas a quienes aludió el parágrafo del artículo 14 con la expresión "los empleados que actualmente presten sus servicios a las Cámaras ...".

De manera que la norma aplicable a la demandante no es el artículo 3o. de la citada ley sino el parágrafo transitorio del artículo 14, como acertadamente lo dice el Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sólo este último precepto pudo ser infringido por el acto acusado, sólo de él podía derivar la demandante el derecho que reclama y que considera vulnerado, en caso de que hubiera sido retirada del servicio sin que se hubieran hecho los nombramientos previstos en la misma norma.

Pero no habrá la Sala de examinar el acto acusado con relación al parágrafo transitorio del artículo 14, pues esta disposición no fue citada, como infringida, en la demanda. Y como bien lo ha dicho el Consejo de Estado de manera constante, siendo ésta una jurisdicción rogada, no puede el juzgador anular un acto administrativo sino por infracción de los preceptos citados en la demanda y según el concepto de violación expresado en ella. La cita de disposiciones y el señalamiento del concepto de la violación, en la demanda, trazan límites a la confrontación de normas que deben efectuar esta Corporación y los Tribunales Administrativos y al examen del modo como la subalterna quebrantó a la de superior jerarquía.

En sentencia del 19 de junio de 1982, la Sala al resolver un caso similar, dijo:

"La Sala está de acuerdo con la demandante y con la señora Fiscal en cuanto a que, de conformidad con el artículo 3o. de la Ley 52 de 1978, los empleados del Congreso tienen derecho a la estabilidad en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados y que dentro de ese lapso su remoción no puede ocurrir sino por justa causa o por mala conducta, que deben ser comprobadas, lo cual exige que se adelante el correspondiente procedimiento, que no siempre será disciplinario.

"Pero adviértase que la norma se refiere a los empleados que sean nombrados de acuerdo con la ley que la contiene, es decir, la 52 de 1978, que determina la planta de personal para el Congreso Nacional, y no a quienes fueron designados con anterioridad a dicho estatuto, a los cuales simplemente se les otorgó un derecho de prelación para ser nombrados en los nuevos cargos y de permanencia en los antiguos mientras no se hagan los nombramientos en propiedad conforme a la nueva planta. El anterior criterio surge diáfanamente del artículo 14 de la citada ley 52 de 1978, que a la letra dice:

"La provisión de los empleos del Congreso corresponde a los Directores Administrativos de cadidatos que postularán la Mesa Directiva de la respectiva Cámara, y las Comisiones Permanentes o Legales, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la proporcionalidad de los partidos políticos representados en la corporación y *dando prelación al personal que actualmente labora, cuando cumplan los requisitos exigidos para el cargo.*

"Se exceptúan de lo previsto en este artículo los empleados cuya designación se haga por elección de las Cámaras y los Secretarios de las Comisiones Constitucionales.

"Parágrafo transitorio. *Mientras los Directores Administrativos no hagan los nombramientos en propiedad continuarán en sus cargos los empleados que actualmente presten sus servicios a las Cámaras con las asignaciones señaladas en esta ley.* (Se subraya).

"Así mismo, mientras no se haga la designación de los Directores Administrativos, las Mesas Directivas ejercerán provisionalmente las funciones de administración de personal, excepto la de nombrar nuevos empleados".

"Entonces lo que hay que examinar es si la demandante fue designada para uno de los cargos creados por la Ley 52 de 1978 y por lo tanto gozaba de la garantía de estabilidad por tiempo determinado de conformidad con el artículo 3o., o no fue incorporada a la planta que estableció el citado estatuto y por consiguiente quedó su situación comprendida por lo dispuesto en el artículo 14 antes transcrito".

.....

"Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala no esté de acuerdo con el concepto de la distinguida Fiscal Quinto de la Corporación, pues la actora no tenía derecho 'a permanecer en su cargo hasta el 19 de julio de 1982, fecha en que vence el período constitucional dentro del cual fue nombrada', según el artículo 3o. de la Ley 52 de 1978, sino hasta el día en que se hicieran en propiedad los nombramientos para los cargos creados por dicha ley y de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la misma.

"Pero, tratándose de una acción de plena jurisdicción, la indicación que, según su interés, hace el actor de las disposiciones que él considera violadas traza un límite al examen que de los textos legales deben efectuar las autoridades de lo contencioso administrativo, las cuales no pueden declarar la nulidad del acto acusado con base en disposiciones que no fueron señaladas en la demanda ni por motivos diferentes. Por esta razón el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo exige que en la demanda se expresen 'las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación'. Fuera de ese marco determinado por el propio actor no puede la jurisdicción de lo contencioso administrativo hacer una indagación de disposiciones legales con el fin de establecer, en interés del demandante, cuál fue violada por el acto acusado si resulta que las indicadas no lo fueron. Si en este fallo se ha hecho el análisis del artículo 14 de la Ley 52 de 1978 fue porque dicha disposición sustentaba el criterio de la Sala en el sentido de que el acto acusado no puede violar el artículo 3o. de la mencionada ley, ya que la actora no había sido nombrada para uno de los nuevos cargos sino que se encontraba en la situación transitoria indicada.

"La razón de ese proceder estriba en que si el señalamiento de los preceptos que considera violados el demandante marca límites, en lo que a su interés atañe, como titular de la acción de plena jurisdicción, a las autoridades de lo contencioso administrativo en su actividad de confrontar los actos acusados con aquellos textos legales, no se erige él en un impedimento para que el juzgador tome en cuenta aquellas normas indicativas de que el acto está conforme a derecho. La jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como no puede declarar la nulidad del acto con base en disposiciones legales no mencionadas por el actor, que busca el restablecimiento de su derecho, tampoco puede hacer esa declaración si existen preceptos no citados en la demanda que sustentan su validez.

"Entre otras cosas, no es de interés del actor invocarlos y estaría el jucio de las autoridades de lo contencioso administrativo, sobre la validez de los actos de la Administración, a merced del demandante si su examen ha de quedar circunscrito a las normas que aquél señala como violadas, sin que puedan tener en cuenta otras conforme a las cuales el acto en cuestión está ajustado a la ley. En esas condiciones correrían el riesgo de declarar nulo, con fundamento en una norma derogada, señalada como infringida en la demanda, un acto dictado válidamente de conformidad con otra que, por ejemplo, la subrogó y que no fue citada por el actor; o de anular una providencia que aparentemente infringe la norma indicada por el actor, pero que interpretada en armonía con otra disposición, como es el caso, tiene un sentido diferente al que se le quiso dar en la demanda. En otros términos, no se puede extraer una norma del contexto legal a que pertenece para interpretarla aisladamente, pues cada parte está

en función del conjunto y es posible que existan otras disposiciones que señalen los casos o condiciones de aplicación de aquella o que fijen su alcance o permitan desentrañar su sentido" . (Expediente Número 4453. Actora: Ana Cecilia Duarte de Arellano. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

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

FALLA:

Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 13 de abril de 1983 y, en su lugar dispone:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

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 27 de julio de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PROCESO DISCIPLINARIO Y PROCESO PENAL.— Es posible que unos mismos hechos den lugar a investigaciones de carácter disciplinario y también penal, sin que en esa eventualidad la acción disciplinaria dependa de los resultados del proceso penal, porque bien puede ocurrir que la conducta, sancionable disciplinariamente, no constituya delito.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 9911.
Actor: **Gustavo Adolfo Rojas Barrantes.**

Mediante demanda presentada ante esta Corporación y posteriormente remitida al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por competencia, (folio 17), el señor GUSTAVO ADOLFO ROJAS BARRANTES, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó la nulidad del acto complejo conformado por el informativo disciplinario levantado por el Comando de Policía Valle que concluyó con el fallo del Tribunal Disciplinario que dispuso la separación absoluta del actor de la Policía Nacional y la nulidad del Decreto 893 del 13 de mayo de 1978, en virtud del cual el Ministerio de Defensa, da cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Disciplinario.

Como HECHOS constitutivos de la acción ejercitada, se indican en la demanda los siguientes:

"Mi poderdante fue injustamente sindicado de haber participado en calidad de autor o cómplice de un delito contra la propiedad, consumado en la ciudad de Buenaventura (Valle), en circunstancias que son motivo de una investigación penal.

"La autoridad competente, jurisdicción ordinaria o Penal Militar, no ha proferido sentencia condenatoria contra mi patrocinado, ni de primera ni de segunda instancia, sin embargo, la Policía Nacional, pretermitiendo instancias, se adelantó a juzgar y condenar como responsable de los hechos imputados, al señor Oficial y como consecuencia de ello, el Ministerio de Defensa Nacional profirió tanto el fallo administrativo, como el decreto que retiró definitivamente del servicio activo, a Gustavo Rojas Barrantes, Oficial en el Grado de Subteniente.

"El Tribunal Disciplinario acusado, fue convocado por la autoridad competente, como fue el Comando del Departamento de Policía Valle, siendo así que el inculpado no pertenecía a ese Departamento sino a la Policía Portuaria, donde éste prestaba sus servicios, correspondiendo, entonces, hacer la convocatoria al Director de la Policía.

"Los Comandos de Departamentos de Policía carecen de facultades disciplinarias en relación con el personal adscrito a la Policía de Puertos, así éste preste sus servicios dentro de sus límites territoriales.

"El Tribunal Disciplinario que juzgó y separó definitivamente al señor Subteniente Gustavo Adolfo Rojas Barrantes, desconoció y violó el artículo 114 del Reglamento de Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, Decreto número 2857 de 1966.

"El fallo de la segunda instancia, en la actuación disciplinaria, no fue notificado en alguna forma, violándose, claramente, el principio sagrado en el derecho de defensa.

"El acto acusado, usurpa jurisdicción, pretende sancionar una falta disciplinaria, cuando lo que está juzgando es la comisión de un delito, pues si el Oficial no lo cometió debe continuar en su relación laboral, y si es responsable será separado definitivamente, como consecuencia de la pena principal".

Se invocan en el libelo como disposiciones vulneradas los artículos 16, 17, 20, 169 y 170 de la Constitución Nacional; 4 y 304 del Código de Justicia Penal Militar; 68, 111, 112, 113, 114, 120, 139, 167, 195, 218 y 237 del Decreto 2857 de 1966; y 89 del Decreto 613 de 1977. Sobre las normas precedentes el apoderado del accionante realiza un detenido análisis jurídico a efecto de demostrar el quebrantamiento de que fueron objeto, y el derecho que alega asistirle en la reclamación formulada.

La Dirección General de Policía Nacional designó apoderado para que representara a la Institución en el juicio, sin que hubiera tenido actuación alguna dentro del mismo.

Una vez practicadas las pruebas pedidas y habiéndose producido el concepto Fiscal, el Tribunal del conocimiento pronunció la sentencia recurrida, mediante la cual denegó las súplicas del libelo por considerar, en síntesis, que la remoción del demandante estuvo precedida del correspondiente proceso disciplinario donde no se quebrantó su derecho de defensa y, por ende, no surgió la violación de las normas que se indicaron como infringidas, siendo apelada dicha decisión por el mandatario judicial del actor.

La Fiscalía Quinta de esta Entidad en su vista reglamentaria, es de concepto que se confirme el fallo apelado, por las razones allí expresadas.

Rituado el juicio dentro de las prescripciones de la ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a dictar la correspondiente sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe advertirse, en primer término, que el Tribunal del conocimiento se abstuvo de decidir sobre todas las súplicas del libelo, pues ni en sus partes motiva y dispositiva, se refirió a la nulidad del proceso disciplinario adelantado contra el actor, solicitud que, junto con la restante, configura el petitum del mismo, desconociendo de esta manera el principio procesal de la congruencia que debe existir entre las pretensiones y el fallo respectivo.

Es sabido, en efecto, que el fallador no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuestos oportunamente por las partes y que tampoco puede dejar sin decidir puntos que le sean sometidos en la correspondiente demanda. Por ello, de manera terminante ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, por remisión analógica del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, que la parte resolutiva de la sentencia debe contener decisión expresa y clara sobre cada uno de los pedimentos del libelo y el artículo 305 de la misma obra señala que el fallo debe ser consonante con las pretensiones formuladas. De lo expuesto se infiere que la resolución judicial debe ser respuesta atemperada a lo solicitado por el demandante, sin exceder esos límites, como tampoco sin dejar de resolver los distintos aspectos que hayan sido presentados a la consideración del juzgador.

Sin embargo, en el presente asunto, no habrá lugar a devolución del expediente al Tribunal para que se profiera sentencia complementaria, pues no es el caso de haber dejado de "resolver la demanda de reconvención o alguna de las demandas de procesos acumulados" a que se refiere el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil.

Esto supuesto, se entra a decidir sobre la solicitud de nulidad de la Resolución número 890 del 15 de mayo de 1978, expedida por el señor Presidente de la República y en virtud de la cual se separó en forma absoluta del servicio activo de la Institución y por mala conducta comprobada al Sub-Teniente de la Policía Nacional, Gustavo Adolfo Rojas Barrantes.

En relación con este aspecto del litigio, la Sala se identifica, plenamente, con el concepto emitido por la Fiscalía Quinta de la Corporación, el cual, por encontrarse ceñido a derecho y de acuerdo con la realidad procesal, se acoge como fundamento de la presente providencia.

Dice, en efecto, la Agencia del Ministerio Público:

"Se controvierte en este proceso la actuación del Tribunal Disciplinario convocado por el Comandante del Departamento de Policía Valle del Cauca, que culminó decidiendo la separación absoluta del servicio de la Policía Nacional del Sub-teniente Gustavo Adolfo Rojas Barrantes, y el Decreto 890 del 15 de mayo de 1978, mediante el cual el señor Presidente de la República lo separó efectivamente del servicio.

"Toda esta actuación se cumplió en vigencia del Decreto 2657 de 1966, Reglamento de Régimen Disciplinario para la Policía Nacional y, por tanto, debe examinarse a la luz de esas disposiciones.

"El artículo 69 del Decreto 2857 de 1966 dispone:

'Se consideran faltas constitutivas de causal de mala conducta, aquellas infracciones que por su gravedad y trascendencia, constituyan una amenaza para la disciplina, comprometan el prestigio de la Policía Nacional y denoten en sus autores una inclinación hacia la amoralidad'.

"En el caso aquí debatido, el actor se vio involucrado en hechos constitutivos de mala conducta por considerarse infringidos los artículos 81 y 82 del citado Decreto 2857, motivo por el cual el Comandante del Departamento de Policía del Valle, en uso de la competencia que el artículo 199 del mismo decreto le atribuía, convocó un Tribunal Disciplinario para juzgarlo. Ciñéndose estrictamente al procedimiento pertinente, el resultado se concretó en el fallo de fecha 18 de enero de 1978, que en el segundo de los numerales resuelve separar en forma absoluta del servicio de la Policía Nacional al actor.

"Este fue confirmado por el de segunda instancia, de fecha 10 de abril de 1978.

"En el séptimo de los hechos de la demanda dice el apoderado que 'el acto acusado usurpa jurisdicción, pretende sancionar una falta disciplinaria cuando lo que está juzgando es la comisión de un delito, pues si el Oficial no lo cometió debe continuar su relación laboral y si es responsable será separado definitivamente como consecuencia de la pena principal'.

"Al respecto es conducente observar que el artículo 215 del Decreto 2857 dispone que 'si en el curso de una investigación para Tribunal Disciplinario aparece que el hecho es además constitutivo de delito, se sacará copia de lo pertinente para el funcionario penal correspondiente *sin perjuicio de la acción disciplinaria*'. (Se subraya es de la Fiscalía).

"Una es, entonces, la decisión correspondiente a la acción disciplinaria y otra la de la Justicia Penal Castrense sin que como lo dice el apoderado se usurpe jurisdicción.

"Es posible que unos mismos hechos den lugar a investigación de carácter disciplinario y también penal, sin que en esa eventualidad la acción disciplinaria dependa de los resultados del proceso penal, porque bien puede ocurrir que la conducta sancionable disciplinariamente, no constituya delito.

"Indudablemente en el caso del actor, la separación absoluta se produjo como consecuencia de un fallo disciplinario y no como se afirma en el libelo, de una investigación de naturaleza penal.

Ahora bien, ¿era necesario que el Tribunal Disciplinario suspendiera el proceso hasta que se decidiera definitivamente el carácter penal? No lo cree necesario la Fiscalía ya que, precisamente, no se está juzgando en la acción disciplinaria la imputación delictiva hecha al actor, sino la infracción del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Entidad. Además, el mismo Código de Justicia Penal Militar en su artículo 4o. dispone que será a juicio del funcionario del conocimiento la suspensión de la controversia administrativa.

"En cuanto al cargo consiste en que el Tribunal Disciplinario fue convocado por autoridad incompetente, es decir, por el Comandante del Departamento de Policía Valle, siendo que el inculpado no pertenecía a ese Departamento sino a la Policía Portuaria, dirá la Fiscalía:

'Indudablemente, el Sub-teniente Gustavo Rojas Barrantes, era miembro de la Policía Nacional, y no dejaba de serlo por estar prestando sus servicios en un puerto.

'Es natural que si los Tribunales Disciplinarios se habían instituido para juzgar la conducta de los miembros de la Policía Nacional, no pudieran hacerlo respecto de personas ajenas a ella, o pertenecientes a un Cargo de vigilancia distinto. Pero el actor continuaba siendo Oficial de la Policía y por tanto correspondía al Comandante del Departamento del Valle ordenar la investigación y convocar al Tribunal Disciplinario, por encontrarse inculpado dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, de conformidad con los artículos 195 y 199 del Decreto 2857 de 1966'.

"Observa finalmente la Fiscalía, que la inconformidad del demandante con los actos acusados radica fundamentalmente en cuestiones formales que ya han sido analizadas, sin negar la ocurrencia de los hechos ni su participación en los mismos o su culpabilidad.

"Establecido como está, que el proceso disciplinario se adelantó con las formalidades legales, por el Tribunal competente, cuya decisión fue la separación absoluta del servicio, es necesario concluir que el Decreto 890 del 15 de mayo de 1980, expedido por el señor Presidente de la República, se limitó al cumplimiento de la sanción impuesta y, por tanto, no viola ninguna de las normas invocadas en la demanda.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se confirme 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:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

INSUBSISTENCIA.— CADUCIDAD.— ¿Cómo se cuenta?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 10476. Apelación Interlocutorios.
Actora: **Mabel Jaramillo Marín.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la señora Mabel Jaramillo Marín contra el auto del 27 de septiembre de 1983, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Quindío rechazó in limine, por caducidad de la acción, la demanda que ella había presentado, por intermedio de apoderado, con el objeto de obtener la nulidad del Decreto Número 0076 del 16 de febrero de 1983, por medio del cual el Gobernador del Quindío declaró insubsistente su nombramiento.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal hizo los siguientes razonamientos:

"El acto que se acusa, esto es, el Decreto número 0078 proferido por el Sr. Gobernador de este Departamento, tiene fecha 16 de febrero del corriente año. Se tiene entonces que los cuatro meses de que disponía la actora para instaurar contra él la acción que ahora propone (inciso 3o., artículo 03 del Código Contencioso Administrativo), se cumplían justamente en esa misma fecha del mes de junio siguiente y como el libelo se presentó el día 4 de julio pasado, es un hecho incuestionable que ello se hizo por fuera del término que tiene establecido la ley para tal efecto.

"La afirmación que hace el señor apoderado de la actora en el sentido de que 'El decreto por el cual fue declarado insubsistente el nombramiento de mi poderdante, le fue comunicado el día 3 de marzo del año 1983, como lo demuestro con la correspondiente certificación que adjunto, expedida por el delegado de Pastoral Social de Cáritas de fecha junio 14 de 1983, y con la cual pretende establecer la oportunidad en la presentación del libelo, carece de todo fundamento: primero, porque en la aludida certificación no se menciona comunicación de decreto alguno y, segundo, porque son cuestiones muy diferentes la fecha de declaratoria de insubsistencia y la fecha hasta donde pudiera haber laborado la señora Mabel Jaramillo Marín, interesando únicamente al Tribunal la primera, como punto de partida para efectos de establecer la oportunidad de la presenta acción, tal como lo tiene definido el Honorable Consejo de Estado cuando dice: 'Ciertamente que en el caso presente se trata de una acción de plena jurisdicción de carácter laboral en la que no se persigue exclusivamente el restablecimiento de un derecho consagrado en leyes sociales, en cuyo caso la nulidad sería de tres años, sino que se fundamenta en la violación de un derecho de carácter administrativo, cual es el de la legalidad o ilegalidad en la insubsistencia en el cargo de un servidor oficial. Y como para ejercitar esta clase de acciones existe un término de cuatro meses, como lo establecen las claras voces del artículo 83 del Código Contencioso

Administrativo, habiéndose instaurado la demanda el 8 de junio de 1973 (folio 5 vto.) y expedido el acto acusado el 16 de enero del mismo año, no hay duda de que trancurrieron más de los cuatro meses que señala la norma citada, lo cual indicaba que la acción se encontraba prescrita, como lo entendió el Tribunal.

" 'La tesis sustentada por el Tribunal, que prohija el señor Fiscal Cuarto de la Corporación en cuato al momento a partir del cual debe contarse el término de caducidad, es jurídica y ha sido aceptada por el Consejo en diversas oportunidades. Cuando la Administración declara insubsistente a un empleado, la fecha de la cual se deben comenzar a contar los cuatro meses de que trata el artículo 83 citado, es la del acto por medio del cual se retira al funcionario, acto contra el cual no cabe recurso alguno por la vía gubernativa, ni requiere notificación personal, a menos que se trate de un empleado inscrito en la carrera administrativa destituido como sanción disciplinaria, caso en el cual sí existen los recursos de reposición o apelación según el caso. Y cuando el funcionario debe permanecer en alta por un lapso de 3 meses, no se cuenta a partir del vencimiento de esta sino desde la fecha de la insubsistencia'. (Sentencia 19 de mayo de 1979. Consejero Ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Actor Pablo Emilio Garavito I. Autoridades Nacionales. Foro Colombiano de junio de 1979, páginas 583 y 584)".

Para resolver, se considera:

No comparte la Sala la tesis del Tribunal, según la cual el término de caducidad debe comenzarse a contar a partir de la fecha de expedición del acto por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de un empleado público. La jurisprudencia que cita dicha Corporación ha sido rectificada por la Sala.

No puede contarse dicho término a partir de la expedición del acto de declaración de insubsistencia del nombramiento del empleado público, sino de aquella en que evidentemente él tuvo conocimiento de ese hecho, pues es lo que le permite ejercer los recursos legales, que en este caso, en que no se está amparado por ningún fuero de estabilidad, se limitan al poder jurídico de accionar directamente en demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De todos modos, el término de caducidad no puede correr a espaldas de la persona afectada por una decisión administrativa, es decir, sin estar enterada siquiera que se ha expedido un acto que la afecta y contra el cual la ley otorga el derecho de reclamar, dentro de un lapso determinado, ante los jueces de la administración.

El término de caducidad se cuenta a partir de la fecha de expedición del acto de declaración de insubsistencia del nombramiento cuando ella coincide con la de comunicación o, subsidiariamente, de ejecución del mismo. O sea que lo que realmente señala el momento en que comienza a correr el término de caducidad es la comunicación del acto, pues él no es objeto de notificación, o, si no ha sido comunicado, el de su ejecución, ya que no queda duda de que en esa oportunidad el interesado conoció la existencia de la providencia que lo afecta con la declaración de insubsistencia de su nombramiento.

Pero observa la Sala que según la actora, el decreto de declaración de insubsistencia de su nombramiento le fue comunicado el 3 de marzo de 1983 y tuvo ejecución el mismo día (hechos segundo y tercero, folio 5 del expediente). Aunque en documento que obra a folio 27, la Secretaría de Educación del Quindío dice que no hay constancia de que el Decreto Número 0078 del 16 de febrero de 1983 le hubiera sido comunicado a la actora, está la afirmación de esta última y, además, la circunstancia de que el acto fue ejecutado el 3 de marzo de 1983.

El término de caducidad se cumplió entonces el 3 de julio de dicho año. Cuando la demanda fue presentada, lo que sucedió al día siguiente, 4 de julio, ya había caducado la acción. Lo anterior tiene fundamento en lo dispuesto por el artículo 67 del Código Civil, que en su inciso segundo establece: "El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos".

Por esta razón habrá de confirmarse el auto del Tribunal.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío el 27 de septiembre de 1983.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 1o. de junio de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DERECHOS DE AUTOR POR EJECUCION DE OBRAS MUSICALES EN LOS ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PUBLICO.— ACTO ADMINISTRATIVO.— CONVALIDACION.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**
Referencia: 4393.
Demandante: **Luis H. Hernández.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad procesal por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia contra la sentencia de 7 de abril de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 26 del Decreto Número 1086 de 20 de junio de 1980 de dicho gobernador, y la Resolución Número 1 de 10 de septiembre de 1980 del Comité de Establecimientos Abiertos al Público del Municipio de Medellín.

I. ANTECEDENTES

1. El señor Luis H. Hernández, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia que declarara la nulidad:

a) Del artículo 26 del Decreto Número 1086 de 20 de junio de 1980 del Gobernador del Departamento de Antioquia "por el cual se reglamenta el funcionamiento de los establecimientos abiertos al público, en todo el territorio del Departamento" y que es del siguiente tenor: "El Comité de Establecimientos Abiertos al Público podrá, si lo estima conveniente, establecer mecanismos para que se haga efectivo el pago de los derechos de ejecución pública, previstos en las Leyes 86 de 1946 y 48 de 1975, en aquellos establecimientos públicos que ejecuten música fonograbada, tales como cauciones, fianzas, garantías, etc.

b) La Resolución Número 1 del Comité de Establecimientos Abiertos al Público, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre el pago de los derechos de autor por ejecución de obras musicales en los establecimientos abiertos al público", que dispone lo siguiente: en su artículo 1o. que los propietarios o administradores de dichos establecimientos en donde se ejecute música fonograbada, constituirán fianza con el fin de garantizar el pago de tales derechos de conformidad con los ordenamientos legales, así: los griles, discotecas y estaderos por la suma de $ 20.000; los bares, cantinas, restaurantes y heladerías por $ 5.000; en su artículo 2o. ordena que la fianza será por el término de un año y se otorgará ante el Departamento de Seguridad y Control al momento de concederse la patente de funcionamiento del establecimiento o cuando sea renovada la misma; y, en su artículo 3o. prevé que la misma resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

2. El concepto de violación lo hace consistir en que los actos acusados quebrantan las siguientes normas: El artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional porque descubren una tendencia a reglamentar la Ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual en la parte atinente a "los derechos de autor de una producción literaria, teatral o musical, por su representación teatral o ejecución pública". El artículo 76 de la Carta Política porque dichos actos so pretexto de reglamentación introducen normas nuevas. El artículo 21, literal b) de la Ley 60 de 1968, en cuanto a que corresponde a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia en relación con los establecimientos a que se refieren los actos enjuiciados, otorgarles sus licencias de funcionamiento, y no al Gobernador del Departamento de Antioquia, cual se dispone en ellos. Se transgreden así los artículos 240 del Código de Régimen Político y Municipal que establece el orden de prelación en los asuntos municipales y el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887 que contempla la preferencia de aplicación de una disposición relativa a un asunto especial a la que tenga carácter general, cual es el caso de la Ley 21 de 1968 que debe prevalecer sobre los actos locales del gobernador. El Código de Procedimiento Civil, que es una ley, ya que la Ley 86 de 1946 radicó en los jueces civiles las competencias "... al momento de introducir el procedimiento para la cobranza de los derechos de autor". Y por último el artículo 1502 del Código Civil porque el Decreto Número 1086 ha arrebatado a los propietarios de los establecimientos en cuestión "el consentimiento y capacidad legal para obligarse como personas" y así se le ha colocado en un "capiti (sic) diminutio mínima" por obra y gracia de dicho gobernador.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal *a-quo* decretó la nulidad, como se dijo, tanto del artículo 26 del Decreto Número 1086 de 20 de junio de 1980 del Gobernador del Departamento de Antioquia y de la Resolución Número 1 de 10 de septiembre de 1980 del Comité de Establecimientos Abiertos al Público de Medellín, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Transcribe en primer lugar los actos demandados, luego el artículo 35 de la Constitución Nacional sobre protección a la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, que es desarrollado por las Leyes 86 de 1946 y 48 de 1975, bajo la denominación de "propiedad intelectual". De la primera ley vierte los artículos 1o. y 2o.

que señalan el campo de aplicación de la propiedad intelectual a las obras científicas, literarias y artísticas; el 33 que establece las condiciones para que cualquier obra musical, tragedia, drama, comedia o cualquier otra producción sea ejecutada o representada en público; el 38 que establece la obligación de pagar derechos de autor a los propietarios o empresarios de los establecimientos en cuestión; el 39 que define los derechos de autor como la remuneración que deba pagarse al autor de una producción literaria, teatral o musical por su representación o ejecución pública, la forma de fijarse y el de pagarse dichos derechos; y, el artículo 40 según el cual la persona que tenga a su cargo la dirección del local, de la radio, de la orquesta, de la representación o ejecución de las obras, está obligada entre otras materias, a anotar en planillas diarias, por orden riguroso el título de cada obra ejecutada o representada. Para concluir el Tribunal que "todos estos derechos, así definidos y concretados para los autores de obras teatrales o musicales, podrán hacerse efectivos por los respectivos interesados ante la jurisdicción civil en los términos prescritos en el capítulo IX, artículos 105 a 121 de la citada ley; y claro es, que allí no se contempla para los propietarios o empresarios de teatro, lugar de espectáculos, salas de concierto o festivales, o estación radioemisora o de televisión en donde se representan o ejecutan obras teatrales o musicales, o los propietarios o administradores de aquellos establecimientos públicos que ejecuten música fonograbada, de otorgar caución que garantice el pago de los derechos de autor, y bien sabido es que esta especie de obligaciones sólo pueden ser impuestas por ley y no por actos de la administración, a quien sólo corresponde cumplir y hacer cumplir la ley".

2. Después de transcribir los artículos 1o. y 2o. del Decreto Número 2554 de 23 de octubre de 1952, reglamentario de la Ley 86 de 1946, que imponen la obligación a las autoridades nacionales, departamentales o municipales de condicionar la expedición de licencias de funcionamiento a los establecimientos públicos en donde se ejecuten obras musicales o representen obras teatrales, al pago de los correspondientes derechos de autor, concluye el Tribunal, así:

"Luego las anteriores exigencias debieron ser requisitos de la licencia de funcionamiento y de la obtención por los interesados de la correspondiente patente, al tenor de sus artículos 1o., 11 y 12 y 15 del referido Decreto 1086 de junio 10 de 1980 acusado en su artículo 26; y no cambiarse esta obligación de pago y su correspondiente comprobación por una simple caución, con demérito de los derechos de autor, como se hizo por esta disposición".

3. Por el artículo 26 del Decreto Número 1086 no sólo se reglamenta la Ley 86 de 1946 sino que se extralimita su contenido u objeto al imponer la obligación de caucionar el pago de los derechos de autor, no prevista en ella. Y al respecto cita providencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de noviembre de 1912, de conformidad con lo cual los gobernadores carecen de potestad reglamentaria de la ley.

III. CONCEPTO FISCAL

El Fiscal del Consejo de Estado conceptuó que la decisión del Tribunal *a-quo* se ajusta a derecho, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"En efecto, resulta indudable que la aludida norma crea mecanismos para lograr la efectividad del pago de los derechos de ejecución pública, previstas (sic) en las Leyes 86 de 1946 y 48 de 1975, para aquellos establecimientos que ejecuten música fonográfica, tales como cauciones, fianzas, garantías, etc., todo lo cual extralimita su función por cuanto esta facultad está dada al legislador luego viola así el contenido del artículo 76 de la Carta Política, por dar sólo al Congreso dicha atribución en cuanto a la creación de leyes, reformas, sustituirlas o revocarlas.

"Al hacerse mediante decreto por parte del gobierno seccional, no cabe la menor duda que se está en flagrante violación a la norma constitucional referida, por tanto, este cargo contra la norma impugnada, es de recibo para la Fiscalía.

"De otro lado y siguiendo las pautas dadas en la sentencia motivo de estudio, al crear mecanismos para la efectiva operancia del pago de los derechos allí circunscritos, necesariamente cae dentro del ámbito de la reglamentación, por tanto, forzoso es concluir que invadió facultades exclusivas del Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución, motivo por el cual también es de recibo el cargo hecho para declarar la nulidad.

"En lo que respecta al último cargo referente a que de acuerdo a las funciones dadas por el artículo 194, numeral 1o. de la Carta a los gobernadores se encuentra entre otras la de cumplir y hacer que se cumplan en el departamento los decretos y órdenes del Gobierno, así como las Ordenanzas de las Asambleas (sic), pero se ve a la luz del derecho, que jamás quiso dicha finalidad al expedir el artículo 26 del Decreto 1086 el señor gobernador, sino por el contrario, como ya se indicó, con ello invadió facultades contenidas en normas constitucionales, las que necesariamente conllevan a su violación.

"Conteniendo tales violaciones el Decreto 1086 de 1980, el cual confiere autorización o potestad al Comité de Establecimientos Abiertos al Público, lógico es, que la Resolución Número 1 de 1980, de fecha septiembre 10, emanada de dicha institución, la cual se expidió sobre la base legal del mencionado decreto, no tiene ningún asidero jurídico, por lo tanto, la nulidad decretada es una justa consecuencia de lo anterior, causa por la que no se hace tampoco reparo alguno".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiendo llegado el momento procesal para proferir el fallo, se procede a hacerlo, observándose que la Sala revocó la suspensión provisional inicialmente decretada por el Tribunal *a-quo* mediante auto de 9 de octubre de 1981.

Estima la Sala que la Sentencia de segundo grado debe revocarse por las siguientes razones:

1.— En cuanto hace a los artículos 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario Número 2554 de 1952 citados por el Tribunal, se observa que los mismos que contemplan como requisito para conceder las patentes de funcionamiento la satisfacción de los derechos de autor fueron derogados expresamente por el Decreto también reglamentario Número 1227 de 27 de junio de 1973.

2.— La legalidad de los actos acusados pudiera fundarse en el Decreto Número 2554 pero, como se dijo, fue derogado. Mas como la previsión del mismo es reproducido por el artículo 161 de la Ley 23 de 28 de enero de 1982 expedida posteriormente y vigente al momento de dictarse este fallo, debe concluirse que tanto el Decreto Gubernamental Número 1086 de 1980 como la Resolución Número 1 de 1980, fueron así convalidados.

En efecto: Dispone que el artículo 161 de dicha Ley 23, que a su vez derogó la Ley 86 de 1946 sobre derechos de autor, lo siguiente:

"Las autoridades administrativas de todos los órdenes se abstendrán de expedir la licencia de funcionamiento, para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales, hasta cuando el solicitante de la referida licencia presente el comprobante respectivo de haber cancelado los correspondientes derechos de autor.

"Convalidar es remediar o curar de un vicio el acto originalmente inválido, y como tal, es una institución común a todas las ramas del derecho, pero que en el público, adquiere connotaciones específicas. En esta esfera, la convalidación se justifica plenamente por las razones de seguridad y de estabilidad que supone la satisfacción de las necesidades públicas", ha dicho esta Sección en sentencia de 4 de mayo de 1980, (proceso 1592). Y agrega:

"El raciocinio es, pues, muy simple: Si a un órgano, para el caso del encargado de dictar las leyes, se le atribuye la facultad de señalar condiciones, requisitos, formalidades, etc., por vía general, es porque dispone de un poder para hacer el juicio político sobre la conveniencia y oportunidad de sus propias regulaciones; de este poder político deriva naturalmente la facultad de derogar o modificar las disposiciones anteriores y de convalidar, también por vía general, los actos irregulares, por violación de sus propias regulaciones.

"Como lo anota Jesé, este tipo de convalidaciones generales entraña una modificación para el futuro del régimen legal de las correspondientes acciones de nulidad todavía no entabladas y aún de todos los procesos en trámite, dejando a salvo los efectos de la cosa juzgada, todo lo cual, equivale a atribuir validez a los actos nulos, desde su origen, "Ex tunc".

Quiere decir lo anterior que la nueva norma, en virtud de tal convalidación, transmite retroactivamente a los actos acusados al momento de su expedición todos sus efectos. Ello se traducirá entonces en que las autoridades departamentales de acuerdo con el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 quedaron facultadas para supeditar el otorgamiento de las licencias de funcionamiento a la satisfacción de los derechos de autor, luego, *pudiendo lo más* es apenas lógico que conserven la potestad de poder lo menos, cual es la situación que plantean los actos acusados, esto es, contemplar el mecanismo de la caución para garantizar tales derechos.

Con dicho mecanismo de las garantías no sólo se provee a asegurar el recaudo de tales derechos, sino que de todas maneras subsistirá la obligación de pagarlos.

Tan cierta es dicha convalidación que carecería de relevancia jurídica la declaratoria de nulidad que hipotéticamente se hiciera de los actos impugnados, pues la nueva disposición le confiere la debida aptitud legal a las autoridades para dictarlos de nuevo válidamente.

3. Las controversias de carácter privado que surjan en relación con los derechos de autor y cuyo procedimiento y acciones ante la jurisdicción civil contempla el capítulo IX de la Ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual (hoy sustituido por el capítulo XVIII de la Ley 23 de 1982), es cuestión diferente al control que de otro lado ejerce la administración en la forma vista de las fianzas.

En el primer caso se enfrentan judicialmente intereses particulares en torno a la discusión de pretendidos derechos de autor; en el segundo es el Estado quien en aras de la loable protección de éstos subordina el permiso de funcionamiento a la prestación de garantías, cual se dispone en la Resolución Número 1 impugnada.

Se responde así también a la violación alegada por el demandante del Código de Procedimiento Civil.

4. El Decreto Número 1086 de 1980 del Gobernador de Antioquia se dictó a su vez en uso de las atribuciones especiales "conferidas por la Ordenanza 11 de 1979, con el

concepto previo de la comisión de Códigos de la Honorable Asamblea". Ni al actor ni al Tribunal *a-quo* le han merecido consideración alguna dicha Ordenanza 11 de 1979 que, por lo demás, tampoco obra en el proceso.

Luego, debe concluirse que dicho decreto también tiene sustento jurídico en tal acto ordenanzal, que no ha sido objeto de impugnación.

5. De lo expresado anteriormente surge de manera inequívoca que no se dan tampoco las otras transgresiones alegadas por el actor.

En efecto:

a) El Decreto 1086 de 1980 no ha excedido potestad reglamentaria alguna, puesto que encuentra apoyo jurídico en el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 en vigor, como atrás se dijo.

b) Por la misma razón precedente tampoco infringen los actos acusados en literales b) del artículo 21 de la Ley 60 de 1968, en armonía con los artículos 240 del Código de Régimen Político y Municipal y 5o. de la Ley 57 de 1887, por cuanto que ninguno de ellos regulan licencia de funcionamiento, sino que crean mecanismos para hacer efectivos, como se ha dicho, los derechos del autor.

c) En cuanto hace a la invocada transgresión del artículo 1502 de Código Civil, se observa que éste es ajeno a la cuestión debatida, puesto que consagra los requisitos que deben cumplirse para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, al paso que los actos enjuiciados, como repetidamente se ha manifestado, sólo consagran medidas administrativas precautorias en favor de los derechos de autor.

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 revoca la sentencia apelada y en su lugar se niegan las súplicas de la demanda.

2o.— 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 diecinueve (19) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

SUSPENSION PROVISIONAL.— SOLICITUD.— Exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). Debe hacerse la debida separación entre lo que es la demanda de nulidad propiamente dicha como expresión concreta del derecho de accionar, que normalmente encuentra definición en el fallo que dirime la controversia otorgando la pretensión de nulidad en caso de prosperidad y, la medida de suspensión provisional, que como su nombre lo indica, va en pos de un pronunciamiento anticipado de tal pretensión y únicamente tiene lugar frente a la circunstancia excepcional de quebrantarse por el acto acusado preceptos superiores de derecho de manera ostensible y flagrante.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**
Referencia: 4842.
Demandante: **Nicanor Restrepo Santamaría.** Gobernador del Departamento de Antioquia.

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto en oportunidad procesal por el demandante contra el Auto de 29 de agosto de 1984 dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en virtud del cual no se accedió a decretar la suspensión provisional de la Ordenanza Número 87 de 23 de noviembre de 1983, en algunos de sus artículos, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

ANTECEDENTES

El señor Nicanor Restrepo Santamaría, en su carácter de Gobernador del Departamento de Antioquia, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto Número 01 de 1984, ha demandado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia para que se declare la nulidad de los siguientes textos de la Ordenanza Número 87 de 29 de noviembre de 1983 de la Asamblea de dicho departamento por la causal se adopta el Reglamento Interno de la Corporación:

1.— Del parágrafo 2o. del artículo 16 que confirió a la Comisión de la Mesa Directiva de la Corporación la facultad de celebrar contratos de prestación de servicios técnicos especiales.

2.— Del numeral 2o. del artículo 26 que estableció como atribución de la mencionada Comisión de la Mesa la de fijar por medio de resolución las funciones de todo el personal adscrito a la Secretaría de la Corporación.

3.— Del artículo 27 que prevé que las Comisiones reglamentarias de la Asamblea tendrán un Secretario nombrado por la Mesa Directiva, y

4.— Del artículo 189 que en su inciso final contempla el derecho de los miembros de la Corporación de disfrutar de las mismas prestaciones legales y extralegales reconocidas a los empleados departamentales.

Del mismo modo ha solicitado la suspensión provisional de los efectos de dichos actos en los términos siguientes:

"Suspensión Provisional

"De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), respetuosamente solicito la suspensión provisional de la Ordenanza Número 87 de 1983, en las disposiciones impugnadas.

"Esta suspensión es procedente, por cuanto que la acción ejercitada es la de nulidad y además porque tales disposiciones violan ostensible y manifiestamente las normas de derecho referenciadas en el aparte correspondiente".

LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia no accedió a decretar la suspensión impetrada, con base en las siguientes consideraciones:

"De acuerdo con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para que en las acciones de nulidad proceda la suspensión provisional es necesario: a) Que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas, y b) 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'*. (Estas y las demás subrayas son de la Sala).

"Si se aprecian la demanda y sus anexos, se concluye que la suspensión provisional no fue objeto de escrito separado ni se solicitó y sustentó de modo expreso en la demanda. En efecto, el demandante se limitó simplemente a invocarla en el cuerpo mismo del libelo, en el acápite correspondiente a *Suspensión Provisional*, pero se abstuvo de señalar las normas superiores que considera ostensiblemente infringidas y de explicar brevemente el concepto de su vinculación manifiesta. Se expresó así el actor:

'De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), respetuosamente solicito la suspensión provisional de la Ordenanza Número 87 de 1983, en las disposiciones impugnadas.

'Esta suspensión es procedente, por cuanto que la acción ejercitada es la de nulidad y, además porque tales disposiciones violan ostensible y manifiestamente las normas de derecho referenciadas en el aparte correspondiente'.

"Al respecto ha sostenido el Consejo de Estado: '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 claramente 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 suspensión provisional del acto administrativo no puede prosperar*' ...

"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 aquella'. *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 puede percibir a través de una sencilla comparación', 'esto es, de un solo golpe de vista, o, como se ha dicho también, prima facie'. Providencia del 16 de marzo de 1984 de la Sección Primera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado. Ponente: doctor JACOBO PEREZ ESCOBAR.

"No es posible entonces disponer la suspensión provisional solicitada, porque la petición de la medida no fue sustentada suficientemente, tal como lo prescribe el citado artículo 152 del Código Contencioso Administrativo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante escrito de 6 de noviembre el apoderado del Departamento de Antioquia sustenta al recurso de alzada, así:

1. La exigencia del Tribunal para decretar la suspensión provisional no es siquiera de mera forma, porque no es cierto que la medida no se haya solicitado y sustentado de modo expreso en la demanda pues la sola lectura del libelo muestra lo contrario.

2. No debió el Tribunal acoger para el caso sub-judice "el concepto del Honorable Consejo de Estado que cita en la providencia de agosto 29 de 1984" (sic) ya que el gobernador del departamento precisamente acogió en la demanda 'ese mismo concepto' al concretar las normas infringidas y expresar el porqué de cada afirmación".

3. La actitud del Tribunal podría tener fundamento cuando la solicitud de suspensión provisional se haga por escrito separado al de la demanda o al tener lugar una modificación o adición de ella pero no cuando la suspensión se solicitó en forma expresa, como ocurrió en el caso sub-lite, pues sería ilógico repetir en dos acápites de una demanda disposiciones violadas y el concepto de la violación, y se infringiría el artículo 13, numeral 4o. del Código Contencioso Administrativo.

Se observa:

Considera la Sala que el auto recurrido debe mantenerse por las mismas razones en él expresadas, que llevan a la denegación de la medida precautoria solicitada.

En efecto:

Es doctrina reiterada de esta Sección, cual lo sostiene el Tribunal *a-quo*, que a términos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, 'y del mismo modo lo concebía la anterior Ley 167 de 1941' la suspensión debe solicitarse y sustentarse de modo expreso en la demanda o en escrito separado. Esto quiere decir ni más ni menos que de todos modos habrá de dedicársele capítulo separado si se plantea en el mismo libelo o presentarse en texto independiente del de la demanda, más en cualquier evento deberán expresarse concreta y debidamente los fundamentos que tiene el demandante para pedirla, esto es señalar específicamente cuales son los textos de mayor rango jerárquico que considera transgredidos manifiestamente por el acto acusado y expresar el concepto de la violación. Y esto se exige así por la lógica y potísima razón de que no necesariamente todas las normas que en el cuerpo de la demanda se singularizan como transgredidas reúnen el requisito de violación flagrante que ameritan la medida. De ahí que constituya carga procesal del actor la de efectuar la debida escogencia de las disposiciones que a su juicio ofrecen las características que autorizan la suspensión provisoria y así indicarlas al juzgador para que éste concentre su atención y análisis en ellas y tome la decisión que en derecho correspondiere.

Obsérvese que de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo la suspensión provisional constituye un expediente preventivo especial dentro del proceso a través del cual se persigue adelantarse desde su mismo comienzo a la obtención de la declaratoria de nulidad que se busca mediante el ejercicio de la acción correspondiente y que de otro modo sólo podría esperarse en el acto final de la sentencia.

Es decir que debe hacerse la debida separación entre lo que es la demanda de nulidad propiamente dicha, como expresión concreta del derecho de accionar, que normalmente encuentra definición en el fallo que dirige la controversia otorgando la pretensión de nulidad en caso de prosperidad, y, la medida de suspensión provisional que como su nombre lo indica, va en pos de un pronunciamiento anticipado de tal pretensión y únicamente tiene lugar frente a la circunstancia excepcional de quebrantarse por el acto acusado preceptos superiores de derecho de manera ostensible y flagrante.

Reconócese al doctor Mario Ortiz de la Roche como apoderado del Departamento de Antioquia.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Confirma la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

ACTOS DE INSCRIPCION.— ACTOS DE CERTIFICACION Y REGISTRO.— DECRETO 01 DE 1984. VIA GUBERNATIVA.— Agotamiento. Es dable demandar independientemente las inscripciones oficiales sin que de manera ineludible éstas deban estar ligadas a actos de elecciones anteriores.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Simón Rodríguez Rodríguez.**
Referencia: 4423.
Demandante: **Germán Guerrero Vargas.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto en su oportunidad legal por el demandante y el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cúcuta contra la providencia de 12 de noviembre de 1982, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander se declaró inhibido para resolver el fondo de la cuestión debatida por ineptitud sustantiva de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El señor Germán Guerrero Vargas por conducto de apoderado demandó del Tribunal Administrativo de Norte de Santander la declaratoria de nulidad de las siguientes inscripciones hechas por la Dirección de Justicia del Departamento de Norte de Santander:

a) De la Junta Delegada de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo efectuada el 25 de febrero de 1962.

b) De la Junta Directiva de dicha Corporación de la misma fecha, y

c) Del señor Francisco Pérez Aranguren como Presidente y Representante legal de la mencionada Corporación y, además, solicita que se decrete la reinscripción, como tal por la susodicha Dirección Jurídica del mismo demandante, señor Germán Guerrero Vargas.

Como *hechos* de la demanda relata los siguientes:

1. La Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo fue constituida en sesión de sus miembros fundadores conforme al Acta Número 1 de 1970 y es persona jurídica reconocida por la Resolución 232 de 13 de octubre de 1971 expedida por la Gobernación de Norte de Santander.

2. Los estatutos originarios de dicha Corporación fueron reformados en el año de 1979, según aprobación impartida por la Resolución Número 18 de 5 de marzo de 1980 dictada por la referida gobernación.

3. Dicha Corporación se gobernó y actuó con sus órganos conforme a la reforma de 1980 hasta el 11 de enero de 1982 en que el señor Cayetano Morelli Lozano, en su calidad de Gobernador del mencionado Departamento, expidió la Resolución Número 107 por la cual revocó oficiosamente la Resolución Número 018 citada.

4. Tal gobernador al revocar la Resolución Número 18 declaró que los estatutos vigentes de la Corporación son los aprobados por la Resolución Número 232.

5. Los días 2 y 3 de febrero de 1982 el gobernador Morelli Lozano y otros, por medio de avisos publicados en el periodico "Diario de la Frontera" convocaron a Asamblea General de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo para el día 16 del mismo mes de febrero a fin de elegir Junta Delegada de la misma Corporación.

6. La Asamblea General Extraordinaria sesionó el 16 de febrero de 1982 en las oficinas de la gobernación con quince (15) miembros.

No asistió ni por ende la presidió el señor Germán Vargas, Presidente para esa fecha de la Corporación, cual debió ocurrir.

Deriva el actor de esta inasistencia la violación del artículo 26, literal m) de los estatutos vigentes de la Corporación.

7. Posteriormente la Junta Delegada electa eligió Junta Directiva y ésta, a su vez, Presidente de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo al señor Francisco Pérez Aranguren.

8. La Dirección de Justicia del Departamento de Norte de Santander inscribió el 25 de febrero de 1982 a las Juntas Delegada y Junta Directiva electas y el 1o. de marzo de 1982 al señor Francisco Pérez Aranguren como Presidente de la referida Corporación.

El actor señala como quebrantado el artículo 16. literal m) de los Estatutos vigentes de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo aprobados por la Resolución Número 232 de 1971 de la Dirección de Justicia del mencionado departamento.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal *a-quo* se abstuvo de proferir una decisión de mérito con fundamento en las siguientes consideraciones:

"La Sala se aparta del criterio de su Fiscal colaborador, por las siguientes razones:

"PRIMERA.— El actor en el encabezamiento de su demanda dice: 'Se decrete la nulidad de la inscripción de la Junta Delegada, de la Junta Directiva y la del Presidente de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo, hechas por la Dirección de Justicia del Departamento Norte de Santander, los días 25 de febrero y 1 de marzo de 1982, y como consecuencia se reponga a Don GERMAN GUERRERO VARGAS, como tal, ordenando su reinscripción, como Presidente de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo, por la Dirección de Justicia del Departamento Norte de Santander'. Dicho pedimento corresponde a una acción de simple nulidad lo que quiere decir que el actor lo plantea de dos cabezas y nos sitúa ante una indebida acumulación de acciones.

"Partiendo de la base, de las dos grandes acciones contencioso administrativas, no puede acumularse una acción pública de nulidad con una de plena jurisdicción, no obstante corresponder al mismo tribunal y tramitarse por igual procedimiento, presentan titulares, naturaleza y finalidades distintas que las hacen excluyentes entre sí. Obsérvase con el objeto de entender esta posición negativa los obstáculos que de hecho se presentan: La de nulidad sin término de caducidad y la de plena jurisdicción con un término de cuatro (4) meses. La de nulidad la puede instaurar cualquier persona en beneficio único del orden legal. Por el contrario, la de plena jurisdicción sólo la puede intentar el titular del derecho vulnerado.

"Según la doctrina tradicional la indebida acumulación de acciones lleva a una decisión de inhibición total, por ineptitud sustantiva de la demanda; tal es el caso que nos ocupa, pues por un lado la pretención (sic) de la anulación de las inscripciones de la Junta Delegada, de la Junta Directiva y la del Presidente entraña un acto complejo dentro del cual la inscripción no es sino la consecuencia de actos electorales independientes que ha (sic) debido demandarse oportunamente en acción electoral. Por otra parte la acción de plena jurisdicción busca reponer al actor a su anterior condición de presidente y ordenar su reinscripción la cual no es posible sin decretar previamente la nulidad de la elección que motivó la inscripción que se pretende anular, y es indebida esta acumulación porque las pretensiones enunciadas no pueden tramitarse por una misma vía procesal.

Mientras las primeras deben seguir el proceso ordinario contencioso, la última la que atañe a las inscripciones, sólo puede resolverse mediante un proceso electoral no planteado en autos, por lo cual la decisión debe ser inhibición total, por ineptitud sustantiva de la demanda como debe declararse.

En razón de lo anteriormente expuesto, la Sala se declara inhibida para resolver a fondo la cuestión debatida, por ineptitud sustantiva de la demanda.

III. ALEGATO DE LA FISCALIA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

Esta manifiesta su desacuerdo con el fallo del Tribunal y al efecto razona como sigue:

1. En el caso *sub-lite* el pedimento del actor no es "de dos cabezas" sino que "ese petitum de la acción de plena jurisdicción lleva a la nulidad del acto y como lógica consecuencia de la misma el restablecimiento del derecho". No se trata entonces de pretensiones diferentes sino de una sola unidad de acción, ya que la nulidad del acto constituye un presupuesto para el restablecimiento "de un derecho". Y de ahí por qué el actor en su demanda al solicitar la nulidad de la inscripción pide la reinscripción del señor Germán Guerrero Vargas como Presidente de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo.

2. Lo anteriormente anotado tiene asidero en lo expuesto y que transcribe, por el Consejero de Estado, doctor Carlos Betancur Jaramillo en su libro "Derecho Procesal Administrativo".

3. Luego se pregunta por qué el Tribunal dio curso a la demanda si había esa "acumulación indebida de acciones" y vierte a continuación apartes de la obra acabada de citar que tratan sobre este punto.

4. Cita por último al tratadista Gustavo Penagos que afirma lo siguiente: "En la acción de plena jurisdicción, la anulación del acto o actos acusados constituye apenas un medio para llegar al fin principal perseguido que no es otro que la indemnización de perjuicios sufridos mediante el restablecimiento del derecho".

IV. CONCEPTO DEL FISCAL PRIMERO ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

No comparte los argumentos de la sentencia apelada ni de la Fiscalía Segunda del Tribunal Superior de Cúcuta con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) Los actos de inscripción, cuales son los debatidos, están clasificados por la doctrina como una de las formas del "mero acto administrativo" y por su contenido son una manifestación de reconocimiento.

Como mero acto administrativo, se trata de un acto de trámite que no pone término a una actuación o "no hace imposible su continuación". Por ello si el actor no estaba conforme con el mismo, ha debido interponer los recursos pertinentes ante la propia administración y entonces sí, impugnarlos ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener su nulidad.

b) El único cargo que se imputa a los actos acusados va dirigido a la violación del artículo 16, literal m) de los Estatutos de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo, Sociedad privada sin ánimo de lucro regida por el Código Civil.

En tal circunstancia sus litigios deben ser dirigidos por la justicia ordinaria y mediante el trámite del proceso abreviado, a términos del artículo 414, numeral 14 del Código de Procedimiento Civil.

Por tal razón y de conformidad con el artículo 73, ordinal 4o. de la Ley 167 de 1941 los actos en cuestión no son impugnables ante esta jurisdicción.

De lo anterior deduce que debe declararse la nulidad de todo lo actuado, y, en su lugar, negar la admisión de la demanda por incompetencia de jurisdicción. En su defecto, opina que debe proferirse una decisión inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda.

V. CONSIDERACIONES

La cuestión de fondo controvertida gira alrededor de la declaratoria de nulidad que persigue el actor de las inscripciones efectuadas por la Dirección de Justicia del Departamento de Norte de Santander de lo siguiente: a) De las Juntas Delegadas y Directiva de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo efectuada el 25 de febrero de 1982. y b) Del señor Francisco Pérez Aranguren como Presidente y representante legal de dicha Corporación. Y además, solicita el restablecimiento del derecho en el sentido de que se decrete la reinscripción como presidente del mismo demandante, esto es de Germán Guerrero Vargas.

Al efecto indica como transgredido el artículo 16 literal n) de los estatutos vigentes de la mencionada Corporación.

Como cuestión previa habrá de referirse la Sala a la decisión inhibitoria proferida por el Tribunal *a-quo* y no aceptada por la Fiscalía ante el mismo, y, al concepto también sobre pronunciamiento inhibitorio planteado por el señor Agente del Ministerio Público ante esta Corporación.

CUESTION PREVIA

a) En un orden lógico de prioridades deberá en primer lugar avocarse el estudio de la "incompetencia de jurisdicción" suscitada por la Fiscalía Primera y que hace consistir en que se acusan como violados estatutos privados, los de la Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo y concretamente su artículo 16, literal m).

Se observa:

Debe aclararse antes que todo que lo demandado son actos de inscripción en oficinas públicas del Departamento de Norte de Santander, esto es, de su Dirección de Justicia y por lo tanto se trata de actos administrativos de orden departamental. Obsérvese que el Decreto 01 de 1984 trae como enjuiciables ante la jurisdicción contencioso administrativa los actos de certificación y registro a través de la acción de nulidad (artículo 34 último inciso, se subraya).

En segundo término se advierte que por el hecho de considerarse violados estatutos de una entidad privada, no quiere decir que ello le comunique el mismo carácter particular a los actos acusados habida cuenta que el reconocimiento de una personería jurídica entraña a su vez, como lo previene el artículo 3o. del Decreto 1510 de 1944, el examen que previamente deben hacer las oficinas del Gobierno de sus estatutos a fin de establecer si están conformes con la moral y el ordenamiento jurídico. Del mismo modo todas las reformas estatutarias están sujetas a la aprobación gubernamental, y, en cualesquiera de estos casos el ente público proferirá el acto administrativo correspondiente y en caso de ser éste aprobatorio, los estatutos o sus reformas quedarán así oficializados.

b) Estima la Sala que no se presenta la acumulación de pretensiones aducida por el juzgador de primer grado, por las siguientes razones: En realidad de verdad y aunque no lo solicite expresamente el actor, la petición de nulidad de las inscripciones de las Juntas Delegada y Directiva, implicaría que deben quedar vigentes las anteriormente elegidas o sea que habría un restablecimiento automático del derecho. Y a su turno al impetrarse la nulidad de la inscripción del Presidente Francisco Pérez Aranguren y pedirse la reinscripción de Germán Guerrero Vargas, se ejerce precisamente la acción de plena jurisdicción del antiguo Código Contencioso Administrativo que corresponde a la del restablecimiento del derecho del Nuevo estatuto (Decreto Número 01 de 1984).

c) Afirma el Tribunal que el acto de inscripción está atado al de las elecciones de las Juntas Delegada y Directivas y del Presidente de la susodicha Corporación y que por esta razón se está frente a un acto administrativo complejo. Esto imponía a su juicio que previamente debieron demandarse los actos electorales y al no haberse procedido así se presenta el fenómeno de "indebida acumulación de acciones", que debe conducir a una decisión inhibitoria, cual fue el sentido de la sentencia.

Se observa:

Considera la Sala que es dable demandar independientemente *las inscripciones* oficiales sin que de manera ineludible éstas deban estar ligadas a *actos* de elecciones anteriores. Unas veces aquéllas pueden ser el resultado de lo decidido en estos últimos pero no necesariamente.

Dentro de este mismo orden de ideas y, como corolario, se tiene que los actos eleccionarios pueden demandarse independientemente para de su nulidad deducir la de las inscripciones correspondientes, o éstas también ser objeto de impugnaciones de nulidad de manera separada con o sin ligamen de causalidad necesaria con dichos actos, según los casos.

Dentro de este mismo contexto se observa que para las sociedades mercantiles el Código de Comercio prevé en su artículo 163 que "la designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales previstas en la ley o en el contrato social sólo estará sujeta a simple registro en la Cámara de Comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o revocación". Más de todos modos "las cámaras se abstendrán, no obstante, de hacer la inscripción de la designación o revocación cuando no se hayan observado respecto de las mismas las prescripciones de la ley o del contrato".

La traducción de lo anteriormente expresado en el literal c) al caso subjudice implicaría en realidad efectuar un análisis de fondo que la Sala no puede acometer porque se lo impide la decisión inhibitoria a que se llega en esta providencia, por las razones que a renglón seguido en el literal d) se expresan.

d) Sobre la falta de agotamiento de la vía gubernativa que en relación con los actos de inscripción deja entrever la Fiscalía en su vista de fondo, se observa lo siguiente:

Estima la Corporación que a términos del artículo 82 de la Ley 167 de 1941 que gobierna esta litis, en tratándose de la acción de plena jurisdicción cual es la que aquí corresponde como atrás quedó explicado, era menester la consumación previa de la fase gubernamental, esto es, haberse interpuesto en el ámbito de la Gobernación del Departamento de Norte de Santander los recursos administrativos de rigor contra los actos de inscripción enjuiciados, para darle oportunidad a la Administración de reexaminar su actuación. Más ocurre que esto no sucedió y en cambio se ocurrió directamente ante esta justicia.

Se acoge así el concepto de la Agencia del Ministerio Público.

Así las cosas la falta de este presupuesto procesal lleva necesariamente a que la presente decisión sea inhibitoria, es decir, que no se pueda pronunciar un fallo de mérito. Y así se resuelve.

Se confirmará así la providencia apelada por razones de carácter inhibitorio, aunque diferentes a las que tuvo en cuenta aquella.

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

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia apelada por las razones expresadas en la parte motiva.

Segundo. No se accede a las demás peticiones de la Fiscalía Primera ante esta Corporación.

Tercero. Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Sesión del día 26 de octubre de 1984.

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PENSION DE JUBILACION.— ENTIDAD QUE DEBE PAGAR.— Esta queda totalmente a cargo de la última entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado el beneficiario o de la última entidad en donde haya prestado sus servicios con derecho a reembolso de las cuotas partes que deban contribuir otros organismos. PENSION DE JUBILACION, BENEFICIO DEL ARTICULO 13 DE LA LEY 50 DE 1886. TEXTOS DE ENSEÑANZA Y PERIODICOS PEDAGOGICOS O DIDACTICOS.— 1.— El artículo 13 citado, se refiere a la autoría de textos de enseñanza, admitidos como tales, valiéndolos como dos años de servicios en la instrucción pública. Es decir, que pueden ser acumulados al tiempo de servicios al Estado, sin ninguna limitación. 2.—Requisitos exigidos para que las obras equivalgan a dos años de servicio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., noviembre veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 8435. Autoridades Departamentales.
Actor: **Julián Pérez Medina.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Departamento de Antioquia contra la sentencia que profirió el correspondiente Tribunal Administrativo, el 30 de septiembre de 1982, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda que presentó el señor JULIAN PEREZ MEDINA con el objeto de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que es nula la Resolución Número 861 de 12 de mayo de 1981, proferida por el Departamento de Antioquia, en virtud de la cual se negó al demandante el reconocimiento y subsiguiente pago de la pensión vitalicia de jubilación, a la que tiene derecho por reunir en su favor los presupuestos legales que la acusan, en conformidad con lo dispuesto por la Ley 6a. de 1945; el Decreto Nacional Reglamentario 2767 del mismo año; la Ley 48 de 1962; las Ordenanzas de la Asamblea del Departamento de Antioquia Números 9a. y 12a. de 1969 y 1971, respectivamente y demás disposiciones legales pertinentes, en particular, en atención a lo preceptuado por el artículo 13 de la Ley 50 de 1886, reglamentada por el Decreto Número 753 de 1974.

"b) Que como consecuencia de la anterior declaración y en orden a restablecer el decreto de la parte actora desconocido por la Resolución Administrativa cuya nulidad impetro, se disponga en la sentencia la condena a cargo del Departamento de Antioquia y en mi favor de reconocer y solucionar la pensión vitalicia de jubilación acusada a partir del mes de octubre, inclusive, del año de 1980, con la retroactividad a que hubiere lugar a contar de la fecha del fallo que la establezca en firme y con los intereses legales correspondientes a las pensiones devengadas y no pagadas en su oportunidad, cuyas cuantías, por ser susceptibles de reajustes, se determinarán en el plenario". (folios 6 y vto.).

Son hechos de la demanda, que suscriben el actor y su apoderado:

"1o.— Tengo más de cincuenta años de edad, puesto que nací el día 4 de marzo de 1927, como lo acredita la partida de nacimiento que obra en mi expediente de servidor de la entidad departamental, Sección de Personal de la Dirección de Relaciones Laborales del Departamento de Antioquia.

"2o.— En la misma Sección de Personal de la Dirección de Relaciones Laborales, obran las pruebas fehacientes que establecen mi permanencia al servicio efectivo del Departamento de Antioquia durante dieciocho años, según la siguiente discriminación:

"a) Como Diputado a la Asamblea Departamental de Antioquia del 1o. de octubre de 1960 al 30 de septiembre de 1965 (5 años) 1825 días.

"b) Como Diputado a la misma Asamblea, entre el 1o. de octubre de 1965 y el 20 de septiembre de 1966, proporcionalmente 292 días.

"c) Como Profesor de medio tiempo en la Universidad de Antioquia, entre el 1o. de octubre de 1965 y el 30 de septiembre de 1966, tiempo de servicios complementario del anotado en el literal anterior ... 73 días.

"d) Como Diputado a la Asamblea Departamental de Antioquia entre el 1o. de octubre de 1966 y el 30 de septiembre de 1967, proporcionalmente ... 177 días.

"e) Entre el 1o. de octubre de 1966 y el 30 de septiembre de 1967, como Profesor de medio tiempo en la Universidad de Antioquia, tiempo de servicios complementarios del anterior 188 días.

"f) Como Diputado a la Asamblea Departamental de Antioquia entre el 1o. de octubre de 1967 y el 30 de septiembre de 1968, proporcionalmente ... 276 días.

"g) Entre el 1o. de octubre de 1967 y el 30 de septiembre de 1968, como Profesor de medio tiempo en el Departamento de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Antioquia, como tiempo de servicios complementarios del indicado en el literal f) ... 89 días.

"h) Como Profesor de medio tiempo en el mismo Departamento de Ciencias de la Comunicación, del 1o. de octubre de 1968 al 30 de septiembre de 1970 (2 años) ... 730 días.

"i) Como Diputado a la Asamblea Departamental de Antioquia del 1o. de octubre de 1970 al 30 de septiembre de 1976 (6 años) ... 2.190 días.

"j) Como Diputado a la Asamblea Departamental de Antioquia del 1o. de octubre de 1978 al 30 de septiembre de 1980 (2 años) ... 730 días.

TOTAL DIECIOCHO AÑOS ... 6.570 días.

"3o.— Los dos (2) años que restan para completar el lapso de veinte (20) que exije la ley y las disposiciones ordenanzales para ser beneficiario de la pensión vitalicia de jubilación a cargo del Departamento de Antioquia, los acredito, con exceso, con la propiedad intelectual de que soy titular sobre dos obras, denominadas "Siete Temas Periodísticos" y "Apuntes de un Periodista", que han servido de instrumentos docentes en las cátedras de periodismo que he regentado en instituciones oficiales, como lo señalan las declaraciones de profesores que obran en mi expediente administrativo, en el que se hallan igualmente, con destino a la Biblioteca del Departamento, sendos ejemplares de dichos obras, así como también, los certificados que acreditan el registro de propiedad intelectual sobre las mismas.

"Pese a todo lo anterior, el Departamento de Antioquia me ha negado el beneficio de la pensión vitalicia de jubilación así configurada en mi favor, a pretexto, como lo señala la resolución administrativa cuya invalidación solicito en este proceso, de que el artículo 13 de la Ley 50 de 1886-inciso 2o., reglamentado por el Decreto 753 de 30 de abril de 1974, se encuentra derogado desde la expedición de la Ley 91 de 1887, y, en el mejor de los casos, de suponerlo vigente, no vendría al caso su publicación, por cuanto la ficción que allí se establece en el sentido de equiparar para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, la publicación de una obra didáctica a dos años de servicio docente, sólo operaria en el supuesto de que la agregación al tiempo efectivamente servido se diera exclusivamente en la docencia".

En su demanda el actor cita las disposiciones que considere infringidas, especialmente el artículo 13 de la Ley 50 de 1886 y el Decreto Reglamentario 753 de 1974. Expone igualmente el concepto de la violación (folios 7 vto., 8 y 8 vto.).

El Tribunal Administrativo de Antioquia, con fundamento en extensas consideraciones, dispuso en el fallo apelado:

"Primero).— Declárase NULA la Resolución Número 861 de doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981) expedida por el Gobernador del Departamento de Antioquia por medio de la cual no se accedió, por segunda vez, al reconocimiento de la Pensión de Jubilación solicitada por el señor JULIAN PEREZ MEDINA con cédula de ciudadanía Número 3'337.757 expedida en Medellín.

"Segundo).— Como consecuencia de lo anterior, se dispone que la citada Entidad de Derecho Público está obligada a pagarle al señor JULIAN PEREZ MEDINA la

Pensión Jubilatoria a que tiene derecho por satisfacer los requisitos legales de edad y servicios, cuya cuantía o valor debe determinar el mismo Departamento, exigible a partir de la fecha de su desvinculación definitiva del servicio.

"Tercero).— NIEGANSE las otras súplicas de la demanda". (folio 20).

El apoderado del Departamento de Antioquia solicitó en segunda instancia que se declare la nulidad del proceso por cuanto no fue notificado de la admisión de la demanda el Rector de la Universidad de Antioquia, en su calidad de representante legal de dicha entidad, que "es coparticipe de la prestación pretendida por la parte actora". El mismo apoderado pidió para el caso de que no se declare la nulidad del proceso, un pronunciamiento adverso a las pretensiones de la demanda, por estimar que la Ley 50 de 1886 quedó derogada al entrar en vigencia la Ley 91 de 1887 y, por consiguiente, el Decreto Reglamentario 753 de 1974 carece de "soporte jurídico". (folios 167 a 170).

Por su parte el apoderado del actor solicitó la confirmación de la sentencia apelada, en escrito que aparece del folio 174 al 175 del expediente.

La señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, solicita se confirme la sentencia apelada, por considerar que no afecta al proceso ninguna causal de nulidad y que el actor es titular del derecho que le reconoce el fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen causales de nulidad que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Por cuanto la Sala comparte los acertados razonamientos de la señora Fiscal Quinto, los acoge como fundamento de su fallo y al efecto los transcribe:

"El asunto *sub-júdice* consiste en dilucidar, si a los 18 años de servicio que el Departamento acepta al señor Julián Peréz Medina para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, pueden sumarse dos años correspondientes a la autoría de una obra de carácter didáctico, aplicando el beneficio consagrado en el artículo 13 de la Ley 50 de 1886.

"El Tribunal en la sentencia recurrida, luego de un juicioso estudio de la cuestión planteada, haciendo razonamientos que este Despacho comparte, accedió a las súplicas de la demanda y ordenó el reconocimiento de la pensión del actor.

"El señor apoderado del Departamento en memorial presentado durante la segunda instancia para sustentar la apelación, aun cuando fuera del término para alegar, del cual no hizo uso, plantea la nulidad de todo lo actuado, por no haberse notificado el auto admisorio de la demanda a la Unversidad de Antioquia, entidad que según él, estaría obligada a contribuir al pago de la pensión.

"En cuanto al fondo del asunto sostiene, como lo hace el acto acusado, que al entrar en vigencia la Ley 91 de 1887, quedaron derogadas todas las normas de la Ley 50 de 1886. Que el hecho de haber sido reglamentado el artículo 13 por el Decreto 753 de 1974, no significa jurídicamente la vigencia de la norma reglamentada, y por el contrario, estaríamos frente al "decaimiento del acto administrativo", por desaparición o extinción de su poder jurídico.

"A su vez el señor apoderado del actor, en el alegato de conclusión expresa que no hay nulidad en el presente caso, porque la Universidad de Antioquia no tiene carácter de interviniente litisconsorcial, no consorcial, ni voluntaria ni necesaria, pues el artículo 19 de la Ordenanza Número 5 de 1959 ordenaba que todas las prestaciones a favor de los servidores de la Universidad de Antioquia serían de cargo del Tesoro Departamental, y esa situación se mantuvo hasta el 1o. de enero de 1970, fecha en la cual el artículo 18 del Decreto de la Gobernación Número 568 de 1969 dispuso que el Departamento, reembolsaría a la Universidad de Antioquia la parte proporcional que le correspondiera por razón del reconocimiento de prestaciones laborales cuando los servidores beneficiarios de las mismas hubieran servido en ambas entidades.

"Que estando demostrado que el señor Julián Pérez Medina cumplió sus servicios docentes en la Universidad de Antioquia en un tiempo anterior al año de 1970, las pretensiones causadas son del exclusivo cargo del Departamento.

"Por tanto solicita la confirmación de la sentencia apelada, repitiendo las argumentaciones expuestas en la primera instancia respecto al fondo del asunto.

"NULIDAD DE LO ACTUADO

"Dirá la Fiscalía en primer término, que a su juicio, no se presenta la causal de nulidad alegada.

"En efecto, no se discute que sea el Departamento la entidad obligada al pago de la prestación que se reclama. Si otras deben contribuir a ello, jamás se ha considerado indispensable su intervención en el proceso en el cual se controvierte el reconocimiento de la pensión.

"Esta queda totalmente a cargo de la última entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado el beneficiario, o de la última entidad en donde haya prestado sus servicios, con derecho a reembolso de las cuotas partes que deban contribuir otros organismos.

"Si se negaren a hacerlo, el problema se crea entre ellos, permaneciendo ajeno el particular beneficiario, y se ventilaría en proceso distinto.

"Por estas razones, aun sin entrar al análisis de si la Universidad de Antioquia debe contribuir o no, en caso de reconocimiento de la pensión, esta Fiscalía estima que no se configura la causal de nulidad alegada.

"EL DERECHO RECLAMADO

"En cuanto al fondo del asunto el concepto es el siguiente:

"La Ley 50 de 1886, que se ocupó de la materia relacionada con las pensiones de jubilación, consagró en el artículo 13 un privilegio para quienes escribieran textos de enseñanza o publicaran periódicos exclusivamente pedagógicos o didácticos, en los siguientes términos:

'La producción de un texto de enseñanza que tenga la aprobación de dos institutores o profesores, lo mismo que la publicación durante un año de un periódico exclusivamente pedagógico o didáctico, siempre que en ninguno de los dos casos el autor o editor haya recibido al efecto auxilio del Tesoro Público, equivaldrá respectivamente a dos años de servicios prestados a la intrucción pública'.

"VIGENCIA DE LA NORMA

"Siendo norma especial, que concede un privilegio concreto dentro de determinadas condiciones, su derogatoria, a juicio de este Despacho, debe producirse en forma expresa.

"La expedición de leyes posteriores sobre pensiones no implica necesariamente la desaparición de este beneficio. Y ni la Ley 91 de 1887, ni las demás que cita el Departamento en el acto acusado se refieren específicamente a él. No habiendo entonces derogatoria expresa, ni tampoco tácita pues el artículo 13 de la Ley 50 de 1886 no resulta contrario a ninguna norma posterior, es preciso aceptar su vigencia como lo ha hecho la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado en varias ocasiones, y el Gobierno Nacional al reglamentarlo mediante el Decreto 753 de 1974.

"Como se observa, la pretendida derogatoria que alega el Departamento se sustenta solamente en la expedición de otras normas posteriores que para nada se refieren a esta materia concreta y en consecuencia no es aceptable dicha argumentación.

"APLICACION

"Ahora bien: Si la disposición está vigente es necesario analizar su aplicación en el caso de autos.

"Manifiesta el acto acusado, que aún considerándola vigente, solo puede aplicarse a las pensiones que se conceden por servicios docentes.

"Tampoco comparte la Fiscalía este punto de vista.

"El artículo 13 citado, se refiere a la autoría de textos de enseñanza, admitidos como tales, valiéndolos como dos años de servicios en la instrucción pública. Es decir, que pueden ser acumulados al tiempo de servicios al Estado, sin ninguna limitación.

"Sabido es, que para efectos de pensión de jubilación, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de servicios en el sector público, sean ellos continuos o discontinuos, cualquiera sea la actividad del empleado o el cargo desempeñado. Por tanto resultaría ilegal desechar, pra el reconocimiento de una pensión ordinaria, el tiempo servido en la instrucción pública.

"Está probado en autos que el señor Julián Pérez Medina es autor de las obras "Siete Temas Periodísticos" y "Apuntes de un Periodista".

"El artículo 13 exige dos requisitos para que las obras equivalgan a dos años de servicio:

"a) Que tengan la aprobación de dos profesores o institutores, y

"b) Que no hayan sido editadas con fondos provenientes del Tesoro Público.

"En igual sentido se expresa el Decreto Reglamentario 753 de 1974.

"Ambos requisitos, como lo afirma el Tribunal, luego de analizar las pruebas aportadas, se encuentran cumplidos en el presente caso, y también el registro de propiedad intelectual a nombre del actor". (folios 179 a 183).

.....

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:

1o.— No se accede a declarar la nulidad del proceso.

2o.— Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 30 de septiembre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de noviembre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE JUBILACION EN PERSONAL DOCENTE.— LIQUIDACION Y REAJUSTE.— 1.— ¿Qué se entiende por último año de servicios, cuando el docente con status de pensionado, se reincorpora al servicio? 2.— Reajuste. La Ley 4a. de 1976 es una norma de carácter permanente, aplicable a las pensiones liquidadas antes y dentro de su vigencia. Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste. 3.— Revalorización de la pensión. ¿Cómo se consigue?

NOTA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia de abril 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 7748. Actora: Zenaida Reyes Rodríguez. (Número Sistemático Relatoría 0731 de 1984).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Expediente No. 10500. Autoridades Departamentales.
Actora: **Irma Lozano de Ñáñez.**

Consulta el Tribunal Administrativo del Huila su sentencia del 15 de septiembre de 1983, recaída en el proceso que se inició con la demanda presentada por la señora Irma Lozano de Ñáñez, en la cual se solicitó a la mencionada Corporación que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1o.— Que se ha operado el fenómeno del silencio administrativo por ausencia de pronunciamiento de la Caja Departamental de Previsión Social del Huila sobre la petición de reconocimiento de pensión de jubilación presentada por la señora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ, el día 10 de diciembre de 1979.

"2o.— Que como consecuencia de la anterior declaración la Caja Departamental de Previsión Social del Huila debe reconocer a favor de la señora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ la pensión de jubilación por servicios prestados al departamento como educadora, desde el 10 de diciembre de 1976, por prescripción trienal.

"3o.— Que se debe reconocer y pagar la pensión de jubilación teniendo en cuenta los sueldos, primas, subsidios y bonificaciones devengados durante el último año de servicios que fueron: diciembre 1o. de 1981 a noviembre 30 de 1982, de acuerdo con la siguiente liquidación:

Diciembre 1o./1981 a diciembre 31/1981	1 mes a	$ 11.680.oo	$ 11.680.oo
Enero 1o./1982 a noviembre 30/1982	11 meses a	15.000.oo	165.000.oo
Prima de Navidad (promedio 81-82)			14.723.33
	Total:		$ 191.403.33

Promedio: $ 191.403.33 x 0.0625 = $ 11.692.70

Efectiva a partir del 10 de diciembre de 1976.

"4o.— Que se debe reajustar la pensión de jubilación de conformidad con la Ley 4a. de 1976, correspondiendo tales reajustes a los años de 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 y 1983.

"5o.— Que se debe igualmente pagar una mesada adicional en el mes de diciembre de conformidad con la Ley 4a. de 1976, artículo 5o., correspondiente a los años de 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 y 1983".

Son hechos de la demanda los siguientes:

"1o.— La señora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ ha prestado sus servicios al Departamento del Huila por más de 30 años.

"2o.— La señora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ cumplió 50 años de edad el día 2 de mayo de 1976.

"3o.— El día 10 de diciembre de 1979 solicitó a la Caja Departamental de Previsión Social del Huila, el reconocimiento de su pensión de jubilación.

"4o.— La pensión de jubilación que le corresponde a la señora Lozano de Ñáñez debe ser pagada desde el 10 de diciembre de 1976, por prescripción trienal y teniendo en cuenta los sueldos, primas, subsidios y bonificaciones devengados y acreditados durante el último año de servicios y que fueron presentados a la Caja Departamental de Previsión Social del Huila, radicado bajo el Número 8469 de 1979.

"5o.— La petición de reconocimiento de pensión de jubilación, fue reiterada con memoriales cuyas copias acompaño, debidamente firmadas y selladas por la Caja Departamental de Previsión Social del Huila.

"6o.— Hasta la fecha de la presente demanda no ha sido reconocida la pensión de jubilación de la señora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ".

Como disposiciones infringidas se señalan las siguientes: "Artículo 45 de la Constitución Nacional; Ley 6a. de 1945; Ley 65 de 1946; Ley 24 de 1947; artículo 7o.; Ley 171 de 1961; Decreto 2733 de 1959, artículo 18; Ley 4a. de 1966; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Ley 4a. de 1976; Decreto 224 de 1972, artículo 5o.; Decreto 2277 de 1979, artículo 31 y 70; Ordenanza 012 de 1973 y Decreto de la Gobernación del Huila Número 497 de 1974, artículos 36 y 39".

Con relación a esas disposiciones expresa la demandante el concepto de la violación.

La Caja Departamental de Previsión Social del Huila alegó ante el Tribunal, por intermedio de su apoderada, dificultades financieras por el pago de la pensión de jubilación que reclama la actora, situación que solicita "tener muy en cuenta" "en el momento de proferir el correspondiente fallo.

El Tribunal Administrativo del Huila accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el sentido de condenar "a la Caja Departamental de Previsión Social del Huila a pagarle a la señora Irma Lozano de Ñáñez una pensión vitalicia de jubilación por valor de once mil novecientos sesenta y dos pesos con setenta centavos ($ 11.692.70) moneda corriente, exigible a partir del 10 de diciembre de 1976". Pero las negó en cuanto a los reajustes solicitados.

Sobre estos dos aspectos de la litis dijo el Tribunal:

"Teniendo en cuenta el acervo probatorio es evidente que la señora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ, mediante apoderado solicitó desde el 10 de diciembre de 1979 el reconocimiento, liquidación y pago de su pensión vitalicia de jubilación, acreditando mediante su partida de bautismo que tenía más de 50 años de edad y mediante certificaciones de tiempo de servicios expedidos por la Secretaría de Educación Departamental, demostró una labor docente superior a los 20 años.

"Igualmente está acreditado y teniéndose en cuenta lo expresado por el Gerente de la entidad demandada como por su apoderado judicial de que a la fecha de la demanda en febrero 8 de 1983, la entidad Caja de Previsión Social ha guardado silencio a la petición de la educadora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ, silencio que debe entenderse en el curso de un mes contado desde la fecha de su petición, como una negatoria de la misma y por tal agotada la vía gubernativa.

"Teniendo en cuenta la afirmación de la demandante se tiene que ella trabajó durante el último año con un sueldo de $ 11.680.oo mensuales y una prima de navidad del mismo valor, para llegar a un total en el año de $ 191.403.33 por lo que su promedio realmente viene a ser en la suma de $ 11.962.70".

. . . . . .

"Pues bien en el caso en estudio y habida consideración de lo antes expuesto a la Caja Departamental de Previsión Social del Huila evidentemente no le queda otro camino que el de decidir oportunamente la petición de reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación a favor de la señora IRMA LOZANO DE ÑAÑEZ, que de conformidad a la prueba documental realmente ha dedicado la mayoría de su vida a la docencia en el Departamento no pudiendo la Sala aceptar el argumento del representante de la entidad demandada por que ello sería una discriminación que rayaría en la arbitrariedad.

"Por tal, en esta oportunidad procesal la Corporación deberá reconocerle a la demandante LOZANO DE ÑAÑEZ su pensión vitalicia de jubilación, la que teniendo

en cuenta sus intereses durante el año de 1981 a 1982 le viene a corresponder una cantidad de $ 11.962.70 como pensión de jubilación que se hace exigible desde el 10 de diciembre de 1976.

"Ya esta Corporación había anotado al respecto poco importa que la docente se haya o no retirado del servicio, como quiera que el personal del magisterio está autorizado para recibir sueldo y pensión, pues la prohibición que este sentido contempla en el artículo 64 de la Carta Constitucional, tiene sus excepciones siendo una de ellas la relativa a los maestros, consagrada en la Ley 6a. de 1945 en su artículo 3o. del Decreto 320 de 1979 y el 224 de 1972.

"Dice el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972:

'El ejercicio de la doctrina no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del ejercicio al cumplir 65 años de edad'.

"En cuanto hace a la petición del reajuste de la pensión vitalicia de jubilación considera la Sala, que si hay derecho a él, debe hacerse por la administración y para quienes tengan el status de pensionado, correspondiendo el derecho de ese reajuste a la entidad obligada más no a esta jurisdicción. La Sala entiende que el reajuste beneficia a las pensiones que hubieren sido liquidadas con anterioridad a la vigencia de la norma que lo contempla ya que la finalidad es devolverle a dichas pensiones de jubilación, su valor real mediante ese incremento y además, en el expediente no hay constancia de que la parte actora haya solicitado de manera clara y determinante ese reajuste, ni tampoco lógicamente el de que la Administración lo hubiere negado.

"El argumento anterior sirve igualmente para la solicitud de las mesadas adicionales con base en el artículo 5o. de la Ley 4a. de 1976".

Habiendo culminado la actuación sin que se observen vicios que la invaliden, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Está demostrado en el expediente que la actora prestó sus servicios al departamento del Huila, como educadora, por un tiempo que excede considerablemente el exigido por la ley; también está demostrado que el 2 de mayo de 1976 cumplió los cincuenta años de edad. Como con anterioridad había cumplido el requisito del tiempo de servicio, adquirió el derecho a la pensión de jubilación en esa fecha, desde la cual dicha prestación podía ser legalmente exigible, sin necesidad de que la demandante se retirara del servicio, de conformidad con disposiciones que se citan en la demanda y en el fallo del Tribunal y de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Pero la Sala debe hacer algunos reparos a la sentencia del Tribunal:

a) Dice el a-quo: *"Teniendo en cuenta la afirmación de la demandante* se tiene que ella trabajó durante el último año con un sueldo de $ 11.680.oo mensuales y una prima de navidad del mismo valor ..." (subraya la Sala). Al respecto se debe observar que contradice todas las normas, principios y criterios en materia probatoria tomar como prueba de un hecho la simple afirmación del interesado. Los hechos que afirma el demandante deben ser debidamente probados dentro del proceso por aquél. El sueldo y la prima de navidad devengados por un empleado público se prueban mediante certificación de la correspondiente entidad o funcionario. Esa prueba en cuanto al período que el Tribunal tomó como último año de servicio existe en el expediente (folio 54).

b) Tratándose de un educador que pretende recibir la pensión de jubilación a que tiene derecho, sin retirarse del servicio, caso en el cual no hay realmente un último año, no se puede tomar por tal, para efectos de determinar el salario con que se ha de liquidar esa prestación, aquél que el intermediario señala en su arbitrio.

A falta de disposición legal al respecto debe la jurisdicción de lo contencioso administrativo tener algún criterio, pero él debe ser razonable y no caprichoso, para que sea constante y se pueda aplicar a situaciones similares, sin variaciones arbitrarias, como es el de la analogía. No pudiéndose señalar, en el caso de los educadores que continúan en ejercicio de sus funciones, como último año de servicio aquél que termina el día del retiro, ha considerado la Sala que debe tenerse como tal el que concluye en la fecha en que se reúnen los dos requisitos que dan derecho a la pensión de jubilación. En el presente caso es aquél que comenzó el 3 de mayo de 1975 y terminó el 2 de mayo de 1976, cuando la actora completó, al cumplir la edad requerida, los requisitos legales.

Sobre el particular se ha pronunciado la Sala en varios fallos que han decidido consultas de sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo del Huila. En uno de ellos, se dijo:

"Ciertamente, de acuerdo con las correspondientes disposiciones legales, la pensión de jubilación se liquida con base en los salarios devengados durante el último año de servicio, que no coincide necesariamente con el vigésimo ni con aquél en que se reunieron los dos requisitos que, por regla general, exige la ley para que se adquiera el derecho a esta prestación. Ultimo año de servicio, de conformidad con la ley, es aquél que termina en la fecha en que el empleado oficial deja de laborar en forma efectiva y definitiva para el Estado. No quiere decir esto que no pueda reincorporarse posteriormente al servicio en los casos en que la ley lo permita.

"Pero los servidores del ramo docente pueden disfrutar simultáneamente de sueldo y pensión de jubilación, sin necesidad de retirarse del servicio.

"En este caso no existe ese último año de servicio a que se refiere la ley, pues el solicitante de pensión de jubilación no se ha desvinculado del Estado sino que su propósito es continuar trabajando initerrumpidamente, sin sobrepasar, desde luego, la edad de retiro forzoso.

"Como la determinación de los salarios que deben tomarse como base para la liquidación de la pensión de jubilación no puede ser caprichosa o arbitraria y mucho menos quedar a voluntad del interesado, la Sala estima que para el efecto, a falta de definición legal, el último año es aquél que termina el día en que se reúnan en el tiempo los requisitos que la ley exige para que se adquiera la mencionada prestación.

"En el caso *sub-júdice*, la actora cumplió el requisito de la edad el 31 de diciembre de 1974; pero el tiempo de servicios, sólo el 3 de julio de 1977. Entonces, conforme a la jurisprudencia de la Sección, el último año de servicio, al efecto, es el comprendido entre el 4 de julio de 1976 y el 3 de julio de 1977. Son los salarios, con todos sus factores, correspondientes a ese lapso los que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de la actora". (Expediente 7748. Actora: Zenaida Reyes Rodríguez. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

c) En cuanto a los reajustes pensionales, en contra del criterio del Tribunal, ha sostenido la Sala lo que se lee a continuación, tomado de la misma sentencia:

"La petición relativa al reajuste de la pensión de jubilación la niega el Tribunal con el argumento que se transcribió en otro lugar de esta sentencia.

"Cabe anotar al respecto que no es exacto que el reajuste pensional sólo se pueda aplicar 'a las pensiones que hubieren sido liquidadas con anterioridad a la vigencia de las normas' que lo contemplan, pues ello depende de lo que al respecto disponga el correspondiente precepto legal, si establece que se reajusten sólo las pensiones liquidadas con anterioridad a su vigencia o es norma permanente que habrá de aplicarse también a las que se liquiden con posterioridad. Así, la Ley 4a. de 1976 es una norma de carácter permanente, aplicable a las pensiones liquidadas antes y dentro de su vigencia, sólo que establece una condición: 'Los reajustes a que se refiere este artículo (el 1o.) se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste'. No existe ninguna disposición de dicha ley que limite el beneficio de los reajustes previstos en ella a las pensiones liquidadas con anterioridad a su vigencia, sino que se exige como condición que se tenga el status de pensionado con un año de anticipación, no a la vigencia de la ley, sino a *cada reajuste.*

"No siempre 'La revalorización' de la pensión la consigue el servidor público 'mediante los aumentos de sueldos que obtenga en la actividad correspondiente', pues ello depende del sistema que se hubiere utilizado para liquidar dicha prestación cuando se concede, en los casos en que no hay incompatibilidad con el sueldo, a pesar de continuar el empleado oficial en el servicio público. Si se toma como último año de servicio aquél en que se solicitó la pensión y se liquida ésta con base en los salarios devengados en ese lapso, con efectividad a una fecha anterior, es lógico que a través de los aumentos de sueldo se obtiene la finalidad legal del reajuste y se estaría distorsionándolo si a las mesadas pensionales determinadas por el último salario, promedio, anual se les aplicara por ejemplo, el reajuste previsto en la Ley 4a. de 1976. En esta forma la pensión gozaría ilegalmente de un doble incremento, o de una doble defensa contra la desvalorización monetaria, que le llegarían por dos vías: la de mayor sueldo con que se liquida respectivamente y la del reajuste.

"Pero si se toma como último año el que termina en la fecha en que se reúnen los dos requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, como es lo adecuado, los sueldos que posteriormente devengue quien continuó en el servicio, por permitirlo la ley, no van a determinar un aumento en la prestación. Es el caso de una pensión liquidada en 1980, con base en los salarios devengados en el año que terminó el 3 de julio de 1977, cuando se reunieron los requisitos de edad y tiempo de servicio. En este caso la pensión no se incrementa en razón de los mayores salarios devengados entre 1979 y 1980. Procede entonces el reajuste por los mecanismos establecidos en la ley para defender la pensión de la desvalorización de la moneda, como son los de la Ley 4a. de 1976.

"Dice la sentencia que el reajuste se ordena sobre las mesadas liquidadas y 'no sobre el derecho abstracto', pero olvidó el Tribunal que la sentencia está reconociendo y haciendo exigible la pensión de jubilación a partir del 3 de julio de 1977, inclusive; es decir, reconoció que desde entonces la actora tenía el status de jubilada. La pensión se liquida y se paga con efectividad al 3 de julio de 1977 y no desde la ejecutoria de la sentencia. De suerte que ésta reconoció el derecho concreto, definido, a unas mesadas pensionales a partir de la fecha".

Pero por ese aspecto no habrá de modificarse el fallo del Tribunal, pues la actora no recurrió en apelación, por eso la sentencia fue consultada.

Por lo demás, es comprensible la situación financiera de la entidad demandada; pero no es razón para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo niegue un derecho adquirido de conformidad con la ley o decida aplazar su disfrute.

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

FALLA:

1o.— Revócase el ordinal primero de la parte dispositiva de la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 15 de septiembre de 1983 y, en su lugar, se dispone:

Condénase a la Caja Departamental de Previsión Social del Huila a pagar a la demandante, señora Irma Lozano de Ñáñez, una pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento del promedio mensual de los salarios, comprendiendo todos sus factores, devengados entre el 3 de mayo de 1975 y el 2 de mayo de 1976, a partir del diez (10) de diciembre de este último año.

2o.— Confírmase la misma sentencia en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de junio de 1984.

Aydée Anzola Linares, ausente, **Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.— Están facultadas para clasificar sus funcionarios por mandato del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 5744. Autoridades Departamentales.
Demandante: **Orlando Mora Patiño.**

En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, el señor Orlando Mora Patiño, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa Corporación la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Antioquia S.A., en virtud de los cuales se declararon empleados públicos a las personas que ocupaban los cargos de Auxiliares de Almacén y Operadores de Planta (Acta 287 del 16 de febrero de 1978), lo mismo que los siguientes oficios que venían desempeñándose por trabajadores oficiales: mecánico de medidores, operadores de bombas, lectores de medidores, conductores de transporte liviano, conductores de transporte pesado, oficiales codificadores y detector de cadenas, aseadoras, supervisor de redes, oficiales de primera de sostenimiento y celadores.

Los HECHOS en que se fundamenta el libelo, son los siguientes:

"1.— Con sede en la ciudad de Medellín existe la empresa Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. (Acuantioquia S.A.), sociedad Industrial y Comercial del Estado, del tipo de las indirectas o de segundo grado, consituida por medio de la escritura pública Número 6306 de 29 de noviemnbre de 1960, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín y reformada por las siguientes escrituras públicas: escritura 2913 de mayo 16 de 1962, de la Notaría Tercera; escritura 5936 de diciembre 14 de 1964 de la Notaría Tercera; escritura 4917 de 19 de octubre de 1968 de la Notaría Quinta; escritura 113 del 21 de enero de 1969 de la Notaría Quinta; escritura 695 del 22 de febrero de 1971 de la Notaría Quinta; escritura 4931 del 28 de septiembre de 1971 de la Notaría Quinta; escritura 98 de enero 16 de 1973 de la Notaría Quinta; escritura 4954 de septiembre de 1973 de la Notaría Quinta; escritura 1515 de marzo 29 de 1974 de la Notaría Cuarta.

"2.— De acuerdo a su naturaleza jurídica el régimen del personal a su servicio aparece definido en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968; en virtud de esta norma los servidores de tales empresas son trabajadores oficiales, pero quedando las juntas directivas facultadas para definir las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que ostenten la calidad de empleados públicos.

"3.— En desarrollo de la facultad consagrada en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, la Junta Directiva de Acuantioquia S.A. en la sesión de 26 de noviembre de 1976 aprobó el estatuto de personal de la Empresa. En el artículo 13 definió las actividades de dirección o confianza que debían por tanto ser desempeñadas por personas que tuvieran el carácter de empleados públicos, esta definición fue bastante amplia y se colocaron 42 oficios dentro de dichas categorías.

"4.— En la sesión de la Junta Directiva del 16 de febrero de 1978, acta número 287, Acuantioquia S.A. declaró empleados públicos a las personas que desempeñaban los cargos de auxiliares de almacén y operadores de planta.

"5.— En la sesión de la Junta Directiva de Acuantioquia de 16 de noviembre de 1978, acta número 304, se declaró igualmente que los siguientes oficios que venían desempeñándose por trabajadores oficiales, se clasificaban en la categoría de empleados públicos: mecanicos de medidores, operadores de bombas, lectores de medidores, conductores de transporte liviano, conductores de transporte pesado, oficiales codificadores y detector de cadenas, aseadoras, supervisor de redes, oficiales de primera de sostenimiento y celadores; esta determinación cobró cuerpo en el acuerdo 3 de 16 de noviembre de 1978.

"6.— Las decisiones a que se refieren los numerales 4 y 5 de estos hechos son claramente violatorios del orden legal, en cuanto la Junta Directiva de Acuantioquia ha desconocido los límites de fondo y forma que el artículo 5 del Decreto 3135 señala a las atribuciones de las Junta Directivas para producir clasificaciones de personal".

Se invocan como normas transgredidas, el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 y 66 de la Ley 167 de 1941. Sobre las disposiciones precedentes el actor realiza un determinado análisis jurídico a efectos de demostrar la violación de que fueren objeto, y el derecho que alega asistirle en las pretensiones formuladas.

El Tribunal del conocimiento mediante el fallo que se examina accedió a las súplicas del libelo, siendo apelada dicha decisión por el apoderado judicial de 'Acuantioquia'.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se confirme el fallo apelado, por las razones allí expresadas.

Rituado el juicio dentro de las prescripciones de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se impetra en el asunto *sub-lite* la nulidad de los actos expedidos por la Junta de Acuantioquia, en virtud de los cuales se declararon como empleados públicos las personas que ejercían los cargos de Auxiliares de Almacén y Operadores de Planta, lo mismo que los siguientes oficios que venían siendo desempeñados por trabajadores oficiales: Mecánico de Medidores, Operadores de Bombas, Lectores de Medidas; Conductores de Transporte Liviano y Pesado, Oficiales Codificados y Detector de Cadenas, Aseadoras, Supervisores de Redes, Oficiales de Primera y Sostenimiento y Celadores.

A juicio del demandante, tales decisiones configuran violación del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, toda vez que la clasificación del empleado público a que se refieren los actos acusados no se hizo en los estatutos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Antioquia S.A.

En primer término, debe anotarse que Acuantioquia es una Empresa Industrial y Comercial del Estado y, por consiguiente, sus servidores son trabajadores oficiales, con las excepciones que corresponden a las actividades que puedan ser ejercidas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, según las precisiones que se hagan en los respectivos estatutos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968, que literalmente preceptúa:

"Empleados públicos y trabajadores oficiales ... las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los Estatutos de dichas Empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

El contenido del anterior precepto se encuentra desarrollado correctamente en las Actas impugnadas, máxime si se tiene en cuenta, que ellas también se ajustan a las previsiones de que trata el artículo 6o. del Decreto 1050 de 1968.

De conformidad con dicho estatuto, se permite a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, conformar su patrimonio con bienes o fondos públicos comunes con el producto de tasas o contribuciones como las que cobra por la prestación de servicios públicos.

De igual modo, en lo referente a la autonomía de las Empresas Industriales y Comerciales de Estado, para clasificar en los estatutos a sus servidores como empleados públicos, precisando qué actividades de dirección o de confianza pueden ser desempeñadas por personas que ostentan tales calidades.

Como puede observarse, esta es una de las tres características de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, según las precisiones de los artículos 6o. y 7o. del Decreto 1050 de 1968.

El 5o. del Decreto-Ley 3135 de ese mismo año, en forma clara e inequívoca, faculta a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado para que establezcan autónomamente "que actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos", sin poner cortapisas para no lesionar la facultad de regular el cumplimiento de sus funciones de acuerdo con las conveniencias del servicio que les está encomendado. Frente a esta facultad para

clasificar a sus funcionarios, resulta perfectamente legal el contenido de las Actas impugnadas, las cuales, por otro aspecto, no han lesionado derechos adquiridos, porque éstos no existen sino conforme a la ley. Además, el actor no probó suficientemente que los aludidos empleos no fueran de dirección o confianza.

Al corresponder, entonces, los actos acusados al ejercicio legítimo de las facultades propias de la autonomía administrativa de la Expresa Industria "Acuantioquia", surge, claramente, la legalidad de los mismos, debiéndose, en consecuencia, revocar el fallo recurrido, para, en su lugar denegar las peticiones de la demanda.

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, oído el concepto Fiscal,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, con fecha seis (6) de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981), y en su lugar *se dispone:*

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día veintisiete (27) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PERIODO PARA DESEMPEÑO DE CARGOS.— 1.— Fijación en el Departamento y en el Municipio. (Artículo 278 del Código de Régimen Penal y Municipal). 2.— En qué fecha, si no hay disposición que lo regule, empezará el período de trabajo de empleados nacionales, departamentales y municipales (artículo 279 ibídem). 3.— Comienzo del desempeño del cargo ya iniciado en el período. Consecuencias. (Artículo 280 ibídem).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Referencia: Juicio No. 7174.
Actor: **Milo G. Bolaños Muñoz.** Autoridades Departamentales.

Por conducto de apoderado y en acción de plena jurisdicción, el señor MILO G. BOLAÑOS MUÑOZ, instauró demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, con el fin de que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.— Que es nula la Resolución número 089 de julio 1o. de 1981, emanada del señor Gerente de la Caja de Previsión Social de Nariño y mediante la cual, se nombra al Doctor Teodosio López Cabrera, como Asesor Jurídico de la entidad, en reemplazo del Doctor Milo Bolaños Muñoz, cuyo nombramiento se declara insubsistente.

"SEGUNDA.— Que como consecuencia de la nulidad de la resolución impugnada, se ordene al señor Gerente de la Caja de Previsión Social de Nariño y al Gobernador del Departamento, el reintegro del Doctor Milo G. Bolaños Múñoz, reestableciéndolo en su derecho a ocupar el mismo cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, dentro del término que esa superioridad señale y al pago de los sueldos, bonificaciones, primas y demás prestaciones dejadas de percibir, dsde el día en que fue separado del cargo y hasta la fecha en que en cumplimiento de la sentencia, se le reintegre al cargo.

"TERCERA.— Que para efectos de prestaciones sociales y demás aspectos de orden legal, que beneficien a mi poderdante, se declare, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio del Doctor Milo G. Bolaños Múñoz, durante el tiempo en que ha estado separado del servicio y hasta cuando sea reintegrado, en legal forma.

"CUARTA.— Que a las anteriores declaraciones, se les deberá dar cumplimiento, dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

En la demanda se aduce una larga serie de HECHOS, que el Tribunal del conocimiento sintetiza así:

"Los hechos se reducen a que el demandante en ejercicio del cargo de Asesor Jurídico de la Caja de Previsión Social de Nariño, fue separado del servicio, con transgresión del artículo 17 del Decreto 16 de 12 de enero de 1981, y artículos 10, 111, 112, 113, 114, 122 del mismo decreto, alegando en su favor el beneficio del período establecido para el ejercicio del aludido cargo".

Como disposiciones quebrantadas se invocan en el libelo los artículos 10, 17, 111, 112, 113, 114 y 122 del Decreto 016 de 12 de enero de 1981. El apoderado del actor en estudio jurídico hace referencia a cada una de las normas precedentes a objeto de demostrar su quebrantamiento y el derecho que dice asistirle en la reclamación impetrada.

La Gerencia de la Caja de Previsión Social de Nariño, designó apoderado para que representara a la Entidad en el juicio, sin que hubiese tenido ninguna actuación durante las dos instancias del mismo.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 22 de abril de 1982 negó la pretensiones de la demanda. Para hacer tal pronunciamiento el *a-quo* transcribió el artículo 3o. del Decreto Departamental número 587 del 4 de mayo de 1981, según el cual el cargo de Asesor Jurídico, que desempeñaba el actor en la Entidad demandada, es de libre nombramiento y remoción. Dijo el Tribunal que el mencionado Decreto 587 derogó el período de dos (2) años que estableció el Decreto 016 de enero 12 de 1981 para el cargo en referencia y que como esta última norma no fue reglada y a través del reglamento no se determinaron las fechas de iniciación y terminación del período, no se puede llegar a establecer que el demandante tuviera estabilidad dentro del lapso de dos años a que hacia alusión el Decreto 016 de 12 de enero de 1981.

Contra el fallo proferido por el Tribunal el apoderado del actor interpuso en tiempo el recurso de apelación.

Como se han surtido todos los trámites procedimentales y no se encuentra causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, esta Corporación procede a dictar la correspondiente sentencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Fiscalía Quinta del Consejo en su vista reglamentaria, manifiesta:

"La nulidad solicitada como consecuencia de la cual pide el restablecimiento de sus derechos en la forma expuesta en el libelo, la fundamenta el accionante en el hecho de que mediante la Resolución número 007 de enero 22 de 1981, se incorporó al Doctor Bolaños como Asesor Jurídico de la Caja de Previsión Social de Nariño para el período señalado en el artículo 17 del Decreto número 016 del 12 de enero de 1981, adquiriendo así derecho a la estabilidad durante los dos años establecidos.

"Obra en el expediente que en uso de sus facultades extraordinarias conferidas al Gobernador de Nariño la Asamblea Departamental para reestructurar financiera y administrativamente la Caja de Previsión Social de Nariño, se expidió el Decreto número 016 de enero 12 de 1981, que en su artículo 17 estableció los requisitos para ser Asesor Jurídico de la Entidad y determinó un período de dos años para el ejercicio del cargo, pudiendo ser o no reelegido por el mismo período.

"Con fundamento en tal disposición se incorporó mediante nombramiento al Doctor Bolaños como Asesor Jurídico de la Caja por Resolución número 007 de enero 22 de 1981.

"Posteriormente, mediante el Decreto número 587 de mayo 4 de 1981, se derogó el artículo 17 del Decreto 016 y se estatuyó que el Asesor Jurídico de la Caja es de libre nombramiento y remoción. Tal vez con base en esta disposición, se expidió la Resolución número 089 de julio 1o. de 1981, declarando insubsistente el nombramiento del actor.

"En la sentencia apelada el Tribunal de Nariño negó las pretensiones de la demanda, considerando que, si bien es cierto que la norma sustantiva del Decreto número 016, en su artículo 17 establece un período de dos años para el cargo de Asesor Jurídico de la Caja de Previsión Social de Nariño, también es verdad que dicha norma no fue reglamentada por una disposición de la misma categoría. "De donde infiere que la demanda no puede prosperar, puesto que tal decisión tendría que señalar la fecha de la finalización del período, época en la cual la Entidad adquiere de derecho su facultad de nombrar libremente a la persona hábil para ejercer el cargo. El Tribunal no puede presumir que el período de dos años se inició el día del nombramiento del Doctor Milo G. Bolaños Múñoz, o sea el 22 de enero de 1981, tampoco puede presumir que dicho período se inició el día de la posesión del mencionado profesional".

"No comparte la Fiscalía tal afirmación, pues no encuentra que fuere necesaria reglamentación alguna para aplicar la norma que dice: 'El Asesor Jurídico, tendrá un período de dos años', si para su comienzo y finalización no se indican fechas precisas, debe entenderse que éste se inicia a partir de la fecha de su nombramiento.

"En el caso de autos el nombramiento del actor se hizo con fecha 22 de enero de 1981, por lo que su período finaliza a 22 de enero de 1981.

"Observa la Fiscalía, que es inobjetable que el nombramiento del actor fue hecho con base en la norma vigente para entonces (folio 26), como era el Decreto 016 de enero 12 de 1981, y por consiguiente si la ley le exigió determinados requisitos para el ejercicio del cargo y le otorgó la garantía de un período fijo, el actor adquirió un legítimo derecho que posteriores normas pueden vulnerarlo, porque sus efectos no son retroactivos.

"Ahora bien, comprobado que el actor gozaba de relativa estabilidad en su cargo por período fijo de dos años, mal podía el Gerente de la Caja de Previsión declararlo insubsistente, cuando solamente habían transcurrido un poco más de cinco meses de su nombramiento. Era necesario que finalizara el período del nombramiento del actor, para que como el mismo Tribunal lo dice (folio 60), la Entidad adquiriera de derecho su facultad de nombrar libremente a la persona hábil para ejercer el cargo.

"En consecuencia, a juicio de este Despacho, aunque no procede, desde luego, el reintegro al cargo, por encontrarse a la fecha vencido el período, el actor tiene derecho a que se le paguen los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde cuando fue retirado del servicio hasta el día en que debía terminar su período".

La Sala no comparte las tesis anteriormente expuestas por la Agencia del Ministerio Público, por las siguientes razones:

Conforme al artículo 278 del Código de Régimen Político y Municipal las Ordenanzas y los Acuerdos pueden fijar los períodos para los cargos creados por las mismas Ordenanzas o Acuerdos.

A folio 12 vuelto del expediente aparece el Decreto Departamental número 016 de enero 12 de 1981, proferido por el Gobernador del Departamento de Nariño que fue dictado con fundamento en las facultades otorgadas por la Asamblea Departamental de Nariño mediante la Ordenanza 02 de 1980. Luego el decreto enunciado es una Ordenanza desde el punto de vista material, ya que se expidió con base en las facultades conferidas por la Asamblea. Dicho decreto, en su conjunto, se encarga de definir la naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social de Nariño como un establecimiento público y, por tanto, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (artículo 1o.); de determinar las funciones de dicho ente (artículo 3o.); y de señalar su estructura administrativa (artículos 5o. y siguientes); el artículo 17 indicó los requisitos para ejercer el cargo de Asesor Jurídico de la Caja y estableció que tal cargo tenía un período de dos años, pudiendo ser objeto de reelección o no por el mismo lapso. Pese al señalamiento del período, la norma precisó que dicho funcionario podía ser removido antes de su vencimiento, si incurriera en causales graves previamente comprobadas mediante un proceso disciplinario.

El actor fue nombrado para desempeñar el cargo de Asesor Jurídico de la Caja de Previsión Social de Nariño, según Resolución número 005 del 9 de enero de 1980 (folio 10), del cual tomó posesión el 16 de ese mes. Estando en el ejercicio del mismo, la norma departamental, estableció que el cargo tendría un período fijo de dos años. Se trata, entonces, de definir cuándo había comenzado este y, consecuencialmente, cuándo terminaba. La Ordenanza que se citó atrás no señaló los términos de iniciación y terminación del período, y en ausencia de esta normatividad, la Sala se remite al mandato del artículo 279 del Código de Régimen Político y Municipal, que expresa:

"Los períodos de los empleados no comprendidos en las reglas de los artículos anteriores se computarán en la forma siguiente:

Si son nacionales, durarán cuatro años; *si son departamentales o de provincia, tres años, y si son municipales*, un año. En los primeros la fecha inicial es el 7 de octubre de 1910, *en los segundos, el 7 de noviembre de 1910*, y en los otros, el 1o. de enero de cada año".

Conforme al artículo antes transcrito se desprende que el período de dos años fijado por el Decreto Departamental 016 de 1981, había empezado a correr el 7 de noviembre de 1978 y terminaba el 7 de noviembre de 1980. Habiendo sido nombrado el demandante el 9 de enero de 1980, sólo tenía derecho a una estabilidad relativa por efectos del período legal, hasta el 7 de noviembre de 1980, pero como se le removió el 1o. de julio de 1981, habrá de concluirse que el período ya estaba vencido y, en consecuencia, no puede invocar su inmovilidad en las funciones que venía ejerciendo.

La anterior conclusión se confirma con el mandato del artículo 280 del mismo Código citado cuando preceptúa:

"Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso".

De lo anterior se deduce que las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar, tal como lo determinó el *a-quo* pero no por las razones aducidas en el fallo de primera instancia, sino por las que se dejan expresadas en la presente providencia.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, con fecha veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

ADMINISTRACION DISTRITAL.— ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO, CLASIFICACION DE SUS TRABAJADORES.— (Acuerdo No. 7 de 1977). Es función del Legislador. ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL.— La determinación de esa estructura significa definir el marco orgánico en el cual debe desenvolverse funcionalmente la vida distrital, es decir, crear órganos necesarios para dicho funcionamiento, con el claro objetivo de fijar sus actividades. JUNTA ASESORA Y DE CONTRATOS, JUNTA DE PLANEACION DISTRITAL, JUNTA DE COMPRAS.— Participación del Personero Distrial, Contralor y Tesorero en dichas Juntas. Incompatibilidad y falta de competencia. JUNTAS DIRECTIVAS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DISTRITALES.— INTEGRACION.— Falta de competencia para reglamentar por vía general tales organismos. HONORARIOS POR ASISTIR A LAS REUNIONES DE LAS JUNTAS para los miembros que no comporten la calidad de Concejales.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., catorce (14) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 3708.
Actor: **Gustavo Samper Bernal.**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y los impugnadores contra la sentencia de 11 de julio de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de nulidad que el ciudadano y abogado Gustavo Samper Bernal instauró contra varios artículos del Acuerdo número 7 de 1977, del Concejo de Bogotá D.E., que adelante se precisarán.

I

EL ACTO ACUSADO

El Acuerdo número 7 de 1977 fue expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá y por medio de él se dictaron normas generales para la organización y funcionamiento de la Administración Distrital y se clasificaron los trabajadores de la misma. Consta de 53 artículos, divididos en 6 capítulos así: I- "Integración y funciones de la Administración Distrital"; II- "Normas para la organización y funcionamiento de las Secretarías y Departamentos Administrativos Distritales"; III- "De la Junta Asesora y de Contratos, de la Junta de Planeación Distrital y de la Junta Distrital de Hacienda"; IV- "De las Alcadías Menores"; V- "Régimen de la organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas distritales"; y VI- "Disposiciones Varias. Clasificación de los Servidores Distritales".

II

LA DEMANDA

1. Por tratarse de una acción de nulidad, la demanda versa cuestiones de puro derecho.

2. Los artículos impugnados del Acuerdo en referencia son los siguientes: 2, 6, 22, 24, 31, 35, 36, 39, 42, 44, 46 y el parágrafo del artículo 49.

3. De la lectura de la demanda se deduce que las normas más tenidas como violadas por el actor son: artículos 57, 171, 172, 181, 182, 187 —numerales 2o. y 7o.—, 189 —parágrafo—, 190, 197, 199 y 201 de la Constitución Nacional; 20 —último inciso—, 21 y 28 del Decreto-Ley 3130 de 1968; 793, 794 y 822 del Código Civil; 3, 212, 213, 214, 232, 234 y 307, numeral 8o., inciso 2o., del Código de Régimen Político y Municipal; 12 —numeral 2o.— 12-2, 13 —ordinal 13—, 16, 23, 24, 39, 40 y 41 —numerales 1o., 2o., 3o. y 4o. —del Decreto-Ley 3133 de 1968—; 7 y 8 del Decreto-Ley 1050 de 1968; 27, 127, 142 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo; 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968; 5o. del Decreto Reglamentario 1848 de 1969; 25 de la Ley 41 de 1948; 1, 2 y 3 de la Ley 191 de 1937; 4 y 9 de la Ley 6a. de 1928; 66 del Código Contencioso Administrativo; 1o. de la Ley 151 de 1959; 5o. —literal f)— y 11 del Decreto Extraordinario 3640 de 1954, así como algunos "de los estatutos de las Empresas Públicas tradicionales como Energía Eléctrica, Acueducto y Alcantarillado y Teléfonos; y de los Estatutos específicos de las entidades de más reciente creación como la Empresa de Servicios Públicos (Acuerdo 30 de 1978 y 75 de 1960); Centro de Sistematización y Servicio Técnicos (Acuerdo 15 de 1968); Instituto de Desarrollo Urbano (Acuerdo 19 de 1972) y Fondo de Ventas Populares (Acuerdo 25 de 1972)".

4. El concepto de la violación de las normas citadas será transcrito y considerado al hacer el análisis de los cargos respectivos.

III

LA SENTENCIA APELADA

Por medio del fallo fechado el 11 de julio de 1981, el Tribunal del conocimiento declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por algunos impugnadores y accedió parcialmente a las peticiones de la demanda. En efecto, decretó la nulidad de los artículos 22 y 24 del Acuerdo acusado "en cuanto por ellos se le otorga al Personero Distrital poder decisorio (voto) en las Juntas Asesoras y de Contratos y de Planeación Distrital"; el 35; el 39 —inciso 2o.—, pero solo en la parte que dice "y en su defecto por uno de los Concejales que formen parte de ellas", y finalmente, el artículo 46, inciso 2o., "en cuanto comprendió como trabajadores oficiales a los servidores de los establecimientos públicos y Fondos Rotatorios Distritales", y el parágrafo del mismo artículo.

Los argumentos del Tribunal pueden resumirse así:

1. En cuanto a la excepción de cosa juzgada propuesta por varios de los impugnadores, aduciendo que previamente el Tribunal se había pronunciado sobre las objeciones que el Alcade Mayor del Distrito Especial de Bogotá le formuló al Acuerdo 7 de 1977, consideró el *a-quo*, apoyándose en unas providencias del Consejo de Estado, que en el pronunciamiento hecho con motivo de las objeciones del Alcalde Mayor no hubo un proceso jurisdiccional porque éste presupone la existencia de una controversia entre partes y en virtud de una demanda y porque además esa decisión no se la puede calificar de sentencia ni atribuirle las consecuencias de tal. Por ello no accedió a declarar la excepción propuesta.

2. a) El primer cargo, dirigido contra los artículos 2, 6 y 42 del Acuerdo, proviene de haber utilizado la expresión "Gobierno Distrital", por estimar que es contraria a la Constitución. Fue desechado por no guardar relación de contenido con las normas de la Carta al efecto citadas en la demanda como infringidas, y mucho menos comprender que ellas signifiquen un desmedro de la organización constitucional por el solo hecho de emplearse en tales artículos dicha expresión.

b) Sobre el segundo cargo, esgrimido contra los artículos 22, 24 y el parágrafo del artículo 49 del Acuerdo, que le atribuyen competencias administrativas al Personero, Contralor y Tesorero Distritales distintas de sus funciones propias, el Tribunal desechó la acusación relacionada con la facultad de hacer parte de algunas Juntas, con derecho solamente a voz, con base en que el artículo 197-3 de la Carta autoriza al Concejo para determinar la estructura de la administración municipal. Agrega que en la forma prevista por los artículos acusados solo se está facilitando el cumplimiento de las funciones asignadas por la ley a dichos funcionarios, en lo que respecta con las Juntas Asesora y de Contratos y de Planeación Distrital. En cambio, consideró violatorio del artículo 40 —numerales 3, 4, 6 y 7— del Decreto-Ley 3133 de 1968, el que se le de poder decisorio al Personero Municipal en las citadas Juntas, porque se trata de una atribución que la ley no le ha concedido.

c) Con respecto al tercer cargo, enderezado contra el artículo 31 del Acuerdo, que establece la composición de las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito, estimó el Tribunal que en esta forma solo se estaban señalando las pautas generales de los estatutos orgánicos de cada entidad y que por lo mismo el cargo no podía prosperar. Afirmó el Tribunal que al decir la norma que la composición señalada debe hacerse "conforme a los estatutos de cada organismo", se sometió al artículo 197.3 de la Carta.

d) En lo referente al cuarto cargo, sobre la acusación contra el artículo 35 del Acuerdo, referente a la prohibición de los miembros de juntas directivas de establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Distrito de percibir honorarios por su asistencia a las reuniones, apreció el Tribunal que le asiste la razón al demandante porque es una prohibición que solamente puede hacer la ley, como excepción, y no un Concejo por medio de un acuerdo. Luego de citar y transcribir la sentencia del Consejo de Estado de 27 de febrero de 1978, el Tribunal dice: "De lo anterior se desprende con meridiana claridad que el Concejo de Bogotá, al suprimir el pago de honorarios a los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos Distritales no tuvo otra finalidad que la de burlar la prohibición establecida por los artículos 306 ordinal 8o., inciso 2o. y 171, ordinal 3o. del Código de Régimen Político y Municipal y 14 ordinal 3o. del Decreto 3133 de 1968, para permitir así que sus delegados en tales juntas pudieran ser Concejales, incurriendo, como bien lo afirma el demandante, en un verdadero fraude a la ley".

e) En lo concerniente con el quinto cargo, dirigido contra el artículo 36 del Acuerdo, que dice que los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito son agentes del Alcalde Mayor, de su libre nombramiento y remoción, carácter este que poseen también sus representantes en las Juntas Directivas de esos organismos y de las sociedades de economía mixta, sostiene el Tribunal que "para rechazar el cargo basta transcribir la sentencia que sobre el aspecto controvertido profirió el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, el 23 de agosto de 1975". En esta sentencia, simplemente transcrita a lo largo de 9 folios pero no analizada por el Tribunal, el Consejo de Estado destaca la facultad de los Alcaldes municipales como Jefes de la Administración para nombrar y remover sus agentes y por tanto la prohibición para que los concejos procedan a hacerlo, puesto que éstos solo pueden nombrar Tesorero y Personero, según el artículo 197.6 de la Constitución Nacional.

f) Sobre el sexto cargo, enfocado contra el artículo 39 del Acuerdo, que dice que el Concejo y el Alcalde Mayor de Bogotá ejercerán el control de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Distrito y que sus juntas directivas serán presididas por el Alcalde Mayor y en su defecto por uno de los concejales que forme parte de ellas, el Tribunal estimó que le asiste la razón al actor pero solo en cuanto a que los concejales, al no integrar tales juntas directivas menos aún pueden presidirlas en ausencia del Alcalde Mayor. Según el Tribunal, la primera parte del artículo, relativa al control de tales entidades por el Alcalde y el Concejo, no hizo otra cosa que "reiterar lo que al mismo respecto estatuyó el artículo 16, numeral 13, del Decreto 3133 de 1968".

g) Sobre el séptimo cargo, que va contra el artículo 44 del Acuerdo, que ordena la refinación de los empréstitos adquiridos por el Distrito Especial en forma solidaria con las entidades descentralizadas y que faculta a la Administración para constituir garantías diferentes y cancelar los actuales contratos de fideicomiso, el Tribunal desechó el cargo porque, según él, se está dentro de los límites señalados para el Concejo por los numerales 7 y 8 del artículo 197 de la Constitución y por el Decreto 3133 de 1968, en su artículo 13, numeral 8.

h) Finalmente, en lo que atañe al octavo cargo, dirigido contra el artículo 46 del Acuerdo, que hace la clasificación de las personas que prestan sus servicios en la Alcaldía Mayor, las Secretarías, los Departamentos Administrativos, los Fondos Rotatorios del Distrito y en las entidades descentralizadas, el Tribunal lo consideró violatorio de normas superiores solamente en la parte referida a la clasificación como trabajadores oficiales de los servidores de los establecimientos públicos y de los fondos rotatorios distritales, y en su parágrafo, el cual dice que los jefes de división de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá son también trabajadores oficiales. Apreció el Tribunal que el Legislador no puede sustituir a los Concejos en la determinación de la estructura administrativa de los municipios en general o de alguno en particular y que, por tanto, el artículo 46 acusado, al decir que las personas que prestan sus servicios en la Alcaldía Mayor, Secretarías y Departamentos Administrativos, con excepción de los de la construcción y sostenimiento de obras públicas, son empleados, "no hizo sino repetir parcialmente el contenido del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968", y que cosa distinta ocurrió al "clasificar como trabajadores oficiales a los servidores de las entidades descentralizadas y fondos rotatorios distritales sin distiguir entre establecimientos públicos, empresas industriales y sociedades de economía mixta, llegando inclusive al extremo de ubicar a los Jefes de División de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, que es un establecimiento público, dentro de esa misma categoría." Dice el Tribunal que así "el Concejo usurpó la competencia del legislador".

LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

La demanda contra las anotadas disposiciones del Acuerdo 7 de 1977 fue impugnada en la primera instancia por el Distrito Especial de Bogotá, el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Vivienda Popular, la Asociación de Ingenieros de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y por los señores Gustavo Mejía B., Alfredo Guerrero, Bacilio Alvarado, Efraín Gamboa y German Riveros.

Las mismas entidades y personas, ya en la segunda instancia, se hicieron presentes por medio de apoderado para alegar de conclusión y, además, el Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, el Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogota, la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Comunicaciones y, obviamente, el actor, debido a que no todas sus peticiones fueron acogidas por la sentencia apelada.

A continuación se exponen los principales argumentos de cada uno de los alegatos:

1.— La Asociación de Ingenieros de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por medio de apoderado, argumenta exclusivamente contra la decisión del Tribunal de anular la primera parte del inciso segundo del artículo 46 del Acuerdo, cuyo texto dice: "Los servidores de las entidades descentralizadas y Fondos Rotatorios del Distrito son trabajadores oficiales".

El apoderado de la misma afirma, en esencia, que el Concejo de Bogotá tiene un régimen legal que traza las pautas generales para el uso de sus atribuciones, entre otras, la clasificación del personal al servicio de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales, régimen constituido por el Decreto-Ley 3133 de 1968, particularmente en su artículo 13, que le señala al Concejo de Bogotá la atribución de determinar la estructura de la Administración Distrital, y las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las categorías de empleos. Citando en su apoyo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1o. de octubre de 1969, que afirma que el legislador en modo alguno está en capacidad de sustituir a los concejos en la determinación de la estructura administrativa y que éstos deben obrar de acuerdo con la ley, que en el presente caso es el Decreto 3133 de 1968, sostiene que en tales condiciones el Concejo del Distrito Especial de Bogotá estaba en todo su derecho al hacer la clasificación que fue anulada por el Tribunal, en la parte ya referida. Por otro lado, se señala que el Decreto-Ley 3135 de 1968 es de aplicación solamente para la Nación por cuanto la ley de facultades extraordinarias en que se origina (la Ley 65 de 1967) es para regular materias exclusivamente de orden nacional y que, en cambio, el Decreto-Ley 3133 de 1968 rige en forma específica para el Distrito Especial de Bogotá, decreto que a su vez tiene su origen en la Ley 33 de 1968. Si bien es cierto, dice el alegato, que el literal g) del artículo 1o. de la Ley 65 de 1967 concede facultades al Presidente de la República para "modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos", no se puede entender que esto signifique una excepción al carácter de nacional con que deben ser aplicadas dichas facultades. Si esto fuera así tendría que entenderse que tal literal g) sería lo que en el ámbito parlamentario se denomina "un mico". En este orden de ideas, dice el alegato: "invoco la excepción de inconstitucionalidad para el literal g) de la Ley 65 de 1967 y el Decreto-Ley 3135 de 1968 dictado en uso de las facultades extraordinarias contempladas en la ley, por violación del artículo 77 de la Constitución Nacional".

2.— Los Sindicatos de Trabajadores de la Empresa de Energía Eléctrica y de la Empresa de Teléfonos, la Asociación Nacional de Técnicos de Telefonía y Comunicaciones y los señores Gustavo Mejía Bernal y Efraín Gamboa Cubillos se refieren igualmente a la nulidad declarada del artículo 46 inciso 2o. "solo en cuanto comprendió como trabajadores oficiales a los servidores de los establecimientos públicos y Fondos Rotatorios Distritales, así como su parágrafo".

Los argumentos de éste alegato refuerzan los ya mencionados en el anterior y para el efecto se hace en él un estudio del campo de aplicación de la Ley 65 de 1967, del Decreto-Ley 3135 de 1968 y Decreto Reglamentario 1848 de 1969, artículo 1o. En este sentido se afirma que cuando se determina la estructura de la administración, ya sea nacional o municipal, para lo cual están facultados el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, respectivamente, "se están creando empleos y señalando sus funciones y si se tiene competencia para crear un empleo, se deduce lógicamente que esta competencia lleva implícita la clasificación de los mismos. No puede concebirse que la descentralización administrativa, en cuanto atañe al régimen que cobija a los servidores de los departamentos y municipios, esté cercenada en el sentido de que se pueden crear empleos y fijar su respectiva escala de remuneración, pero no se les puede clasificar o, lo que es lo mismo, no se puede señalar su régimen

jurídico en los aspectos laboral-administrativo. Es absurdo considerar la descentralización administrativa llevada a cabo en la reforma constitucional de 1968 en este sentido. Ella, por el contrario, institucionalizó una descentralización plena, con miras a afianzar la democracia", expresan los alegantes.

En respaldo de esta interpretación se citan las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 4 de septiembre de 1969, ponente doctor Hernán Toro Agudelo; 15 de mayo de 1975, ponente doctor Luis Sarmiento Buitrago; 17 de julio de 1975, ponente doctor Guillermo González Charry, y de 16 de marzo de 1982, ponente doctor Luis Carlos Sáchica, en las cuales se asevera que el Concejo Distrital de Bogotá tiene unas atribuciones constitucionales que ejerce conforme a la ley, la que puede reglamentar su ejercicio pero en ningún caso llegar a eliminar la autonomía municipal. "A lo que se llegó a concebir esta especie de híbrido entre departamento y municipio, dice la ponencia del doctor Toro Agudelo, no fue a consagrar la autorización para que el régimen administrativo interno o propio de Bogotá estuviera por fuera de la Carta, a merced del legislador, sino a que las normas constitucionales que le hacían depender del Departamento de Cundinamarca, en su creación, delimitación, organización por ordenanza, tutela sobre los actos del Concejo y especialmente del Alcalde, y régimen fiscal, fueran ellas sí materia de regulación por el legislador".

Se insiste, en consecuencia, en que la autorización constitucional y legal para determinar la estructura de la administración que tiene el Concejo de Bogotá implica no solo el derecho de crear, suprimir y fusionar los empleos sino también todo lo que se deriva de esa creación como es lo referido a la clasificación.

3.— El Personero de Bogotá presenta en su alegato comentarios sobre los artículos que fueron anulados por el Tribunal, en la siguiente forma:

a) Sobre los artículos 22 y 24 dice que la vinculación del Personero con derecho a voto en las Juntas Asesoras y de Contratos de Planeación no quebranta ninguna norma superior porque la Junta Asesora tomas muchas decisiones distintas de la contratación administrativa y en todas ellas está de por medio el interés del Distrito; asímismo la Junta de Planeación nada tiene que ver con los contratos administrativos y entonces si el Concejo Municipal tiene derecho a determinar la estructura de la administración distrital sin necesidad de la iniciativa del Alcalde y a ordenar lo conveniente para la administración del Distrito, bien podía con esa finalidad incluir al Personero en las Juntas aludidas, con derecho a voz y voto.

b) Sobre el artículo 35 dice que el propósito del Concejo no fue burlar la prohibición de la no pertenencia de los Concejales a las juntas directivas y, además, que la vinculación a tales juntas no reviste a quien la recibe de la calidad de empleado público.

c) Sobre el inciso 2o. del artículo 39, en la parte referida a la presidencia de las juntas por un Concejal, defecto del Alcalde, señala el señor Personero que la vinculación de los concejales es un deber del Cabildo y que "en otras palabras es una potestad reglada y no discrecional como ocurre con la totalidad de sus atribuciones". En sustento de su tesis invoca la sentencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 1981, según la cual "la vigencia del ordinal 3o. del artículo 14 del Decreto 3133 de 1968 no le impide al Concejo nombrar sus miembros en cargos no remunerados sin perjuicio de las consecuencias de inhabilidad para el nombrado cuando tal nombramiento recaiga para administrar servicios públicos... no originando la inhabilidad por tener la investidura de cabildante sino en la de ser administrador de servicios públicos en el momento de ser elegido concejal".

Señala también, con base en los Decretos 1950 de 1973, 3130 de 1968 y 1926 de 1975, que los miembros de las juntas directivas de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, aunque ejercen funciones públicas no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleado público y recuerda, reproduciendo el salvamento de voto a dicha sentencia, que el Decreto 3133 de 1968 expresamente autoriza al Concejo Distrital para designar sus representantes en dichas juntas. Mal podría la ley dar una autorización y simultáneamente mantener vigente la mencionada inhabilidad, la cual no le es aplicable.

Sobre el inciso 2o. del artículo 46 del Acuerdo dice el Personero que como el Concejo tiene la atribución constitucional y legal de determinar su estructura administrativa, el inciso cabe en esa potestad.

4.— Por último, el demandante en su alegato de conclusión insiste en los razonamientos hechos en la demanda, para demostrar que los artículos 2, 6 y 42, cuando hablan de Gobierno Distrital, deben ser anulados porque la Constitución señala claramente qué es lo que constituye Gobierno.

En cuanto al artículo 31, que tampoco fue anulado por el Tribunal, señala que debe serlo porque este artículo está obligando a las Juntas Directivas y al propio Concejo, cada vez que se adopten estatutos de los organismos, a introducir reglas que contemplan el nombramiento de concejales en tales juntas, con o sin remuneración, lo que es violatorio de las normas tenidas como tales en su momento.

Sobre el artículo 36 expresa que el Concejo Municipal no tiene atribución para determinar quienes son los agentes del Alcalde ni tampoco para señalar cuáles son los empleados de libre nombramiento y remoción por parte de este, por ser la ley la que puede establecer estas competencias. Agrega que en este aspecto no se pueden aplicar por analogía las reglas de competencia que regulan dicho fenómeno en la Nación y en los Departamentos, procedimiento que fue el seguido por el Tribunal al proferir la decisión.

En cuanto al artículo 39 insiste en su petición de nulidad de la totalidad de la norma porque él tiende a darle al Alcalde y subsidiariamente al Concejo el control de las empresas y establecimientos públicos, con lo cual la autonomía administrativa y financiera de unas y otros queda reducida a la nada, bajo el pretexto de una tutela administrativa que ninguna ley le otorga al Alcalde y menos a los Concejales.

En lo atinente al artículo 44, que ordena al Alcalde de la refinanciación de los empréstitos adquiridos y la constitución de garantías diferentes, dice que como tales contratos están sometidos a una reglamentación estricta, queda implícita la fe de la República exigida por la Ley 6a. de 1928; que en lo municipal existe autorización y aprobación del Gobierno para la contratación de dichos empréstitos (artículo 9), y que sin embargo en el acto administrativo acusado no existe constancia por parte alguna de que esa autorización se haya obtenido para adelantar nuevas negociaciones del refinamiento.

Finalmente, sobre la parte no anulada del artículo 46, que hace la clasificación de algunos funcionarios, anota que el texto de este artículo es una transcripción mutilada y tergiversada del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, ya que en este artículo se alude expresamente a que son los estatutos de los establecimientos públicos los que deben precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo; entonces, al haber sustituido a los estatutos en la función antes mencionada, el artículo 46 debe ser anulado en su totalidad.

Como observación final, el demandante se refiere a que la incompetencia es el común denominador de los vicios que adolecen las normas acusadas, lo que implica el exceso y la desviación de poder o el abuso de autoridad.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado propone la revocatoria del fallo apelado, en cuanto a las nulidades que decretó, y en su lugar solicita que se denieguen las peticiones impetradas por el actor.

En primer lugar, en cuanto a la excepción de cosa juzgada propuesta por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, asevera que no comparte la tesis de que el control automático que ejercen los Tribunales Administrativos sobre los acuerdos y las ordenanzas, con motivo de las objeciones del Gobernador o del Alcalde, sea una función administrativa porque, dice, tal función se ejerce a semejanza de la que realiza la Honorable Corte Suprema de Justicia, "en cuanto a proyectos de ley cuando hay objeciones para sancionarla por parte del Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 76-11 de la Carta". Cita al efecto la sentencia de 5 de julio de 1977, en la cual se hace una evaluación de los poderes de los concejos municipales, con el fin de poder afirmar que en este sentido se produjo un aumento de poderes en el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, los cuales son dados directamente por la ley, sustrayéndose de la dependencia de las ordenanzas departamentales y así Bogotá solo se rige por la Constitución y las leyes. Sobre el fondo de la excepción misma dice: "este Despacho encuentra que, el texto del artículo 46 del Acuerdo No. 7 de 1977, a que hacen alusión las objeciones del Alcade Mayor de Bogotá y en las cuales se basan los impugnadores para proponer la excepción en análisis, difiere sustancialmente del artículo 46 acusado no por el actor del presente proceso, razón por la cual, no hay lugar a determinar el fenómeno de tránsito de cosa juzgada planteada en la excepción propuesta, en cuyo caso, aunque por motivos y circunstancias diferentes, ha de solicitarse la confirmación del punto 1) de la sentencia recurrida".

Sobre el análisis que de los cargos hace la sentencia, repite la providencia de octubre de 1969, ya citada, de la que fue ponente el doctor Hernán Toro Agudelo, que alude al derecho que tienen los concejos de determinar la estructura de la administración municipal.

De lo antes narrado el señor Fiscal deduce que las nulidades decretadas por el Tribunal deben ser revocadas, sobre todo en lo atinente al artículo 46 y su parágrafo, habida consideración de que las normas citadas y en las cuales se fundamenta el estudio de fondo del fallo, tienen únicamente aplicación en el orden nacional, puesto que la Ley 65 de 1967 así lo determinó, como también los Decretos 1050 y 3130 de 1968, y que, por tanto, no tienen aplicación en el orden municipal, al cual se refiere el caso *sub-júdice*.

VI

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La excepción de cosa juzgada

En primer lugar se procede a dilucidar lo relativo a la excepción propuesta, consistente en que al haber conceptuado ya el Tribunal sobre el Acuerdo impugnado, a raíz de las objeciones formuladas al proyecto de Acuerdo por el Alcalde Mayor de Bogotá, se operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

A folios 84 y 501 del cuaderno 1o. se expresan por parte de los impugnadores las razones de dicha excepción.

Sobre ete punto la Sala considera que le asiste razón al Tribunal, por los motivos expuestos en su sentencia de fondo y las que señalan a continuación:

La lectura del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil al cual debe hacerse referencia por remisión del 267 del Código Contencioso Administrativo, debería bastar para considerar que en el presente caso no se operó el fenómeno de la cosa juzgada. La sola apreciación de que no existió la identidad jurídica de partes sería suficiente al respecto. Pero, además, se observa que dicho artículo exige que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa para que pueda predicarse la pertinencia de la cosa juzgada. Los impugnadores deberían haber demostrado tal ocurrencia, lo que no hicieron, proponiendo simplemente la excepción con el argumento global de que "según el artículo 10 del Decreto 3133 de 1968 corresponde al Tribunal Administrativo decidir sobre la legalidad de los proyectos de Acuerdos objetados por el Alcalde Mayor de Bogotá y que por tanto no podía pronunciarse de nuevo en este juicio" (folio 84 y siguientes cuaderno 1), y que "sobre las mismas materias de la demanda ya se pronunció el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 14 de junio de 1978, produciéndose el fenómeno de la cosa juzgada" (folio 501 cuaderno 1).

La demostración por parte de los impugnadores de que el Tribunal ya se había pronunciado sobre las mismas materias de la demanda, en el caso de que así hubiera sucedido, no sería óbice para que nuevamente el Tribunal se ocupara del conocimiento de la controversia, no solo por lo antes expresado sino porque, como también se dijo, la cosa juzgada se produce cuando se trata de la misma materia y por la misma causa, vale decir, que la acusación verse sobre los mismos motivos. Por ello una norma puede haber sido analizada por el juez administrativo en un primer proceso y serlo nuevamente en otro, cuando los motivos de acusación contra la misma norma son diferentes. Sin que sea necesario entrar a calificar como administrativa la decisión del Tribunal sobre las objeciones del Alcalde Mayor al proyecto de Acuerdo, se debe afirmar que en tal oportunidad y en el presente proceso no se dan los mismos presupuestos exigidos por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil para que pueda predicarse la operancia de la cosa juzgada.

2. **Análisis de los cargos**

Se procede al examen de cada uno de los ocho cargos formulados en la demanda y de la correspondiente decisión del Tribunal.

1.— *Cargo en relación con los artículos 2, 6 y 42 del Acuerdo, solo en cuanto a las expresiones "Gobierno Distrital" que esas normas contienen.*

Dice el demandante que el calificativo de "Gobierno", "solo debe aplicarse a la majestad del *Gobierno de la República* como lo proclama solemnemente el artículo 57 de la Constitución Nacional: No el Gobernador en los Departamentos, ni el Alcalde en los municipios, son Jefes de "Gobierno", sino más modestamente dentro de la técnica jurídica del derecho público colombiano: Jefes de la Administración Departamental y Jefes de la Administración Municipal como así los califica la misma Constitución Nacional en sus artículos 181 y 201." (subrayado en el texto).

Sobre dicho cargo la Sala, ratificando lo afirmado por el Tribunal para desecharlo, considera que se trata claramente de una expresión impropia y que debería tratar de evitarse, pero que no da base para una declaratoria de nulidad porque en ellas no se está definiendo quiénes constituyen el Gobierno, como sí lo hace la Constitución por medio del artículo 57.

En efecto, en los artículos acusados la expresión que se analiza está utilizada como sinónimo de máxima autoridad o dirección en el orden local. Así, en el artículo 2o. se dice: "La Alcaldía Mayor estará integrada por el despacho del Alcalde Mayor y los servidores auxiliares que este requiera para el ejercicio de sus atribuciones de dirección y control del Gobierno Distrital, como Jefe de la Administración y Agente del Presidente de la República". Por su parte, en el artículo 6o. se lee que "la Junta Distrital de Hacienda... sirve de consultora del Gobierno Distrital..." y, finalmente, el artículo 42 al respecto establece: "En los estatutos de aquellas Sociedades de Economía Mixta... se señalarán los actos que requieran para su validez el voto previo y favorable de los representantes del Gobierno Distrital en sus órganos directivos".

Se insiste en que se trata de una expresión equívoca e impropia, puesto que refiriéndose al Alcalde Mayor debería hablarse de Jefe de la Administración Municipal tal como lo designa la Constitución, pero que no es un argumento sólido para una declaratoria de nulidad, no solo por haberse utilizado como sinónimo de tal expresión constitucional sino porque los artículos acusados no intentan en ningún caso modificar la estructura administrativa mediante la definición de algún nuevo órgano ejecutivo en el máximo nivel de la dirección local. Por lo visto, este cargo no puede prosperar y, en consecuencia, habrá de confirmarse en este punto la sentencia apelada.

2. *Cargo contra los artículos 22 y 24 y el parágrafo del artículo 49 del Acuerdo.*

El cargo consiste en que tales artículos "atribuyen competencias administrativas al Personero, al Contralor y al Tesorero de Bogotá, D.E. distintas de las tareas propias que a esos funcionarios otorga la ley".

Dice el demandante que las normas sobre: a) *el Personero* (artículos 197 de la Constitución Nacional; 232 y 234 del Código de Régimen Político y Municipal; 39 y 40 del Decreto-Ley 3133 de 1968; 25 de la Ley 41 d 1948 y 1, 2 y 3 de la Ley 19 de 1937), solo hacen de él un funcionario excepcional como Fiscal del Alcalde y de toda la Administración local; b) *el Contralor* (ordinales 1, 2, 3 y 4 del artículo 41 del Decreto 3133 de 1968), únicamente califican su función como "la del control numérico-legal del Presupuesto", y c) *el Tesorero* (artículos 197-6 de la Constitución Nacional y 212, 213 y 214 del Código de Régimen Político y Municipal), exclusivamente le dan a este funcionario las atribuciones de percepción y cobro de rentas e impuestos locales, guarda custodia de los caudales públicos municipales y pago y contabilización de todos los gastos que sufrague la administración distrital.

Según el artículo 22 del Acuerdo, la Junta Asesora y de Contratos estará integrada, entre otros, por el Personero Distrital y "El Contralor y el Tesorero Distrital tendrán voz en ella, sin voto". Por su parte, el artículo 24 dice que es miembro de la Junta de Planeación Distrital, entre otros, el Personero Distrital y que el Contralor del Distrito tendrá asiento en la misma, "con voz pero sin voto". Por último, el artículo 49, en su parágrafo, al referirse a las Juntas de Compras existentes en las Secretarías y Departamentos Administrativos, dispone que en ellas "estará presente un delegado de la Contraloría Distrital, con voz pero sin voto".

En síntesis, los artículos acusados establecen la participación del Personero Distrital en las Juntas Asesora y de Contratos y en la de Planeación Distrital, con derecho a voz y voto; la del Contralor en ambas pero solo con derecho a voz y a la del Tesorero solo en la Junta Asesora y de Contratos con derecho únicamente a voz. En la Junta de Compras se establece un delegado de la Contraloría Distrital, con derecho a voz.

Al respecto se observa que tal como lo establece claramente el numeral 3o. del artículo 197 de la Constitución Nacional, a los Concejos Municipales les corresponde

determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración de empleos. Lo dispuesto en esta disposición obliga al Concejo Municipal del Distrito Especial de Bogotá, a pesar del régimen exclusivo que le otorga el Decreto 3133 de 1968, puesto que a las atribuciones por éste establecidas se agregan las conferidas por la Constitución y las leyes a los Concejos Municipales y en especial al de Bogotá.

Determinar la estructura de la administración municipal significa definir el marco orgánico en el cual debe desenvolverse funcionalmente la vida distrital, es decir, crear órganos necesarios para dicho funcionamiento, con el claro objetivo de fijar sus actividades. Como marco general, esta determinación les permite a los Concejos involucrar en cada uno de dichos órganos a los funcionarios que consideren pertinentes, según sea conveniente para la buena administración del Distrito, tal como se lo ordena la propia Constitución (197-1).

Esto quiere decir, en principio, que la inclusión del Personero, el Contralor y el Tesorero Distritales en las mencionadas Juntas hace parte de la atribución general que tienen los concejos municipales y, en particular, el Distrito Especial de Bogotá (Decreto 3133 de 1968 artículos 13-1-3). Sin embargo, es pertinente analizar sus atribuciones, lo que se hace a continuación:

a) En cuanto al Personero, la Constitución deja que sus funciones las fije la ley. En el caso de Bogotá, el Decreto 3133 de 1968, por sus artículos 39 y 40, le señala funciones y de ellas se deduce que no hace parte de las nombradas Juntas. Ahora bien, si su vinculación, sin derecho a voto, en alguna de esas Juntas puede parecer conveniente, aún en tales circunstancias resulta claramente ilegal, no tanto por la función que se le asigna al Personero sino por la integración misma de la Junta.

En el anterior sentido la Sala entiende que en la declaratoria de inexequibilidad del artículo 26 del Decreto 3133 de 1968 (que decía que la Junta Asesora y de Contratos estaba integrada por el Alcalde, los secretarios, los directores de los departamentos administrativos, el Personero y por dos miembros elegidos por el Concejo y que, además, disponía que el Contralor tenía voz en ella y que el Alcalde podía señalar cuáles otros funcionarios distritales podían asistir solamente con derechos a voz), incidió el hecho de haber tomado el Congreso la iniciativa que constitucionalmente corresponde a los concejos, en cuanto a la integración de la Junta misma, y no sobre la función asignada al Personero.

Ciertamente, el Personero es por excelencia el empleado que vigila la administración municipal y sus funcionarios y que vela por la defensa de los bienes del Distrito, la efectividad del derecho de petición y los demás derechos constitucionales y legales. En tal ámbito, dentro de sus atribuciones hay algunas de índole fiscalista que demuestran hasta qué punto es inconveniente e ilegal que haga parte, así únicamente con derecho a voz, de Juntas en las cuales se discuten aspectos relacionados con sus obligaciones. Por ejemplo, del artículo 40 del Decreto 3133 se pueden citar las siguientes: "Conceptuar previamente sobre la legalidad de los contratos que haya de suscribir el Alcalde" (numeral 6) y "Velar por la defensa de los bienes del Distrito" (numeral 7). Es obvio que para el cumplimiento de estas funciones el Personero debe conservar toda su autonomía e independencia, sin comprometerse previamente, así sea mediante un concepto oral en alguna reunión sobre la legalidad de un contrato, la defensa de un derecho, etc.

Ahora bien, como en la Junta Asesora y de Contratos, regulada por el artículo 23 del Acuerdo acusado, se discuten, como su nombre lo indica, aspectos sustanciales relacionados con funciones contractuales, tales como "la declaratoria de caducidad de los contratos" (literal d) y aprobar o improbar "los pliegos de condiciones que se elaboren

para la apertura de las licitaciones" (literal b-3), resulta contrario al artículo 40 del Decreto 3133 de 1968 la disposición del Acuerdo acusado, es decir, su artículo 22, en la parte concerniente a la intervención del Personero.

Por tanto, debe declararse la nulidad en relación con la participación del Personero en la Junta Asesora y de Contratos, pues a la incompatibilidad se agrega la falta de competencia.

En cuanto a la participación del Personero en la Junta de Planeación, con derecho a voz y voto, se debe afirmar lo mismo que en el punto anterior, en razón de su carencia de competencia. Además, también en esta Junta, regulada por el artículo 25 del Acuerdo, se debaten temas vinculados a las atribuciones del Personero, tales como "Estudiar y definir las bases de los programas de inversión y de los gastos públicos de desarrollo" (literal d) y "Emitir concepto sobre las operaciones de crédito público interno o externo que proyecte celebrar la Administración" (literal f), lo que torna en irregular su intervención.

b) En relación con el Contralor Distrital, se observa que sus funciones, definidas por el artículo 41 del Decreto 3133 de 1968, no hacen incompatible su participación con derecho a voz en las Juntas Asesoras y de Contratos ni en la de Planeación, cuyas atribuciones se recordaron antes. Si la función principal del Contralor es el control numérico legal del Presupuesto, la índole técnica de ella no hace incompatible su intervención en las mencionadas Juntas. Y de otra parte, el numeral 5o. del artículo 41 expresamente permite que los acuerdos del Concejo le asignen funciones al Contralor Distrital.

Como además de lo expuesto no se indica el concepto de la violación, no se puede acceder a la nulidad pedida.

c) Por último, en cuanto al Tesorero, cuya participación en las citadas Juntas, con derecho solamente a voz, se establece en el artículo 22 del Acuerdo, debe decirse lo mismo que con respecto al Contralor, toda vez que como "responsable del recaudo y guarda de los valores que perciba el Distrito", según la función a él encomendada por el artículo 23 del Decreto 3133 de 1968, no le asiste ningún impedimento y, menos aún, cuando no está integrado a la Junta sino meramente facultado para participar en sus sesiones.

En consecuencia, en relación con este segundo cargo reformará la sentencia del Tribunal, en el sentido de declarar la nulidad con respecto a la intervención del Personero Distrital en las Juntas Asesora y de Contratos y de Planeación Distritales, aún con derecho solamente a voz, es decir, en la parte referente a los artículos 22 y 24 del Acuerdo No. 7 de 1977. No así con respecto a los demás funcionarios.

3.— *Cargo contra el artículo 31 del Acuerdo.* Lo presenta el demandante "por fraude a la ley; por violación de normas superiores de un derecho positivo; por desviación de las atribuciones propias del Concejo; por desconocimiento de los estatutos de las Empresas Públicas tradicionales". (Energía, Acueducto etc). Agrega que los motivos de subversión del orden jurídico arriba sintetizados quedan al descubierto, de bulto, con la simple confrontación de la norma acusada con el artículo 1o. de la Ley 151 de 1959, en armonía con el Decreto-Ley 1050 de 1968 y los artículos 28 y 20 —último inciso— del Decreto 3130 de 1968 y 13, ordinal 4o., del Decreto-Ley 3133 de 1968, "que no le permiten al Concejo pronunciarse sino a través de los estatutos de creación de cada empresa descentralizada, a iniciativa del Alcalde". Cita también como violados los artículos 5o., literal f) del Decreto Extraordinario 3640 de 1954 y el cuadragésimo noveno del contrato de fideicomiso entre el Distrito de Bogotá y el Banco Central

Hipotecario, ordinal 4o. "donde —dice— se constituye la Junta Directiva para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá con representación de la Alcaldía Mayor, del Concejo, tenedores de bonos del antiguo y del nuevo empréstito, y del Banco de la República en número definido, siendo obvio que, mientras subsista el contrato, normas como la acusada tienen que suspenderse por su ostensible subversión del orden jurídico".

Esta es la parte más concreta de la sustentación que de este cargo hace el actor, pues luego se extiende en consideraciones sobre la historia legislativa de la creación del Distrito Especial de Bogotá, hasta terminar en la expedición del Decreto 3133 de 1968, a la cual no es indispensable aludir para el estudio del cargo.

El artículo acusado establece que "Como regla general las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales Distritales estarán integradas por representantes del Gobierno Distrital; en todos los casos por representantes del Cabildo Distrital y en algunas Juntas por particulares o por representantes de otras Entidades conforme a los estatutos de cada organismo". Según el parágrafo de este artículo, en algunas Juntas Directivas se debe mantener la representación de los servidores del Distrito, existentes cuando se expidió el Acuerdo.

El artículo 1o. de la Ley 151 de 1959, una de las primeras que se dictaron sobre establecimientos públicos descentralizados y que se refiere especialmente a la vigilancia de la gestión fiscal de los mismos, dice:

"Artículo 1o.— Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública; sus bienes y rentas, por su origen son desmembración del patrimonio público, y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución.

"Las entidades de que se trata tendrán autonomía administrativa, personería jurídica, y patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente, por el Estado.

"Parágrafo.— Los establecimientos bancarios de propiedad del Estado no se consideran, para efectos de esta ley, como establecimientos públicos, y se regirán por normas especiales de control estatal que determine el legislador".

Del texto de la anterior norma se deduce que ella no se ocupa de la integración de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos ni de las empresas industriales y comerciales y, en particular, del Distrito Especial de Bogotá, el que no había recibido en 1959 el actual régimen especial. Por tanto, al no guardar dicha norma ninguna relación con el artículo 31 del Acuerdo impugnado, mal puede aceptarse que resulte violada por él.

De idéntica manera, no puede aceptarse que el artículo 31 en análisis contraríe las disposiciones de los Decretos-Leyes 1050 y 3130 de 1968, en razón de que por el primero de ellos se dictaron normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional, y de que el segundo constituye el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. En este plan de ideas, es apenas obvio que tales decretos no cobijan a la administración municipal, en general, ni a los organismos descentralizados del orden municipal y, menos aún, al Distrito Especial de Bogotá, cuya organización no está sometida al régimen municipal ordinario.

En cambio, en cuanto se relaciona con la transgresión del numeral 4 del artículo 13 del Decreto-Ley 3133 de 1968, que le asigna al Concejo de Bogotá la atribución de "Crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y fondos rotatorios del Distrito", sí se presenta la infracción del anterior numeral, en atención a que no hay competencia para reglamentar por vía general tales organismos, como lo hace el Acuerdo, por tratarse de una función privativa de la ley (artículo 197 de la Constitución Nacional), que reproduce el indicado numeral del artículo 13 en referencia.

En consonancia con lo expuesto en relación con este cargo, habrá de revocarse por este aspecto la sentencia apelada.

4.— *Cargo contra el artículo 35 del Acuerdo.*

Está propuesto así: como el artículo establece la prohibición para los miembros de Juntas Directivas de Establecimientos Públicos y de Empresas Industriales y Comerciales del Distrito de percibir honorarios por su asistencia a las reuniones, el demandante expresa que "el Concejo de Bogotá carece de competencia para adoptar la aludida prohibición, pero si la tuviese no podrá ejercerla sino conforme a la ley, por disposición expresa del artículo 197 de la Constitución Nacional". De esta manera considera violados los artículos 27, 127, 142 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran que todo trabajo dependiente debe ser remunerado, los elementos que integran el salario, la irrenunciabilidad del mismo y la prohibición de cederlo, así como también el principio de que "a trabajo igual, salario igual". Según el demandante se viola también el artículo 21 del Decreto 3130 de 1968, que dispone que los honorarios de los miembros de juntas y consejos de los organismos descentralizados serán fijados "por resolución ejecutiva".

Se anota al respecto, en primer lugar, que mediante sentencia de 29 de noviembre de 1983, con ponencia del doctor Enrique Low Murtra, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el Concejo de Estado aceptó la competencia de los Concejos para designar sus representantes en las Juntas Administradoras de Servicios Públicos y, además, la designación de sus miembros como representantes en las mencionadas Juntas, siempre y cuando que éstos no devenguen emolumento alguno, rectificando así la jurisprudencia sentada en el fallo del 14 de marzo de 1979 (expediente 512), según la cual les correspondía a los Alcaldes, por cláusula general de competencia, "nombrar y remover a los empleados municipales, exceptuados los que por disposiciones constitucionales o legales deben ser previstos por los concejos".

En la sentencia de 29 de noviembre de 1983, se dijo:

"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 quienes han de ser los miembros de las juntas administradoras, pudiendo entre ellos designar representantes suyos.

"Esta conclusión surge no sólo de la Constitución sino también de expresos textos legales. Entre ellos el artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, y el artículo 7o. de la Ley 5a. de 1929, normas cuya vigencia ha sido reiterada por la reforma constitucional".

"....."

"Dentro de estas 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".

Entonces, acatando y reiterando la nueva jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia de que aquí se trata, el artículo 35 del Acuerdo cuestionado resulta ilegal en cuanto a los concejales, pero no en cuanto a las personas que no tengan ese carácter, pues éstas sí pueden percibir honorarios por asistir a las reuniones de la Juntas.

Por lo demás, el mismo artículo 35 no quebranta el artículo 21 del Decreto-Ley 3130 de 1968, por no tener el último relación con el régimen municipal ordinario, ni con el asignado al Distrito Especial de Bogotá, por hacer parte de un estatuto que versa sobre los entes descentralizados del orden nacional, de conformidad con lo dicho antes sobre el particular.

En conclusión, debe confirmarse la decisión del Tribunal en lo referente a este cargo, haciendo la excepción arriba comentada..

5. *Cargo contra el artículo 36 del Acuerdo.*

Este artículo dispone que son agentes del Alcalde Mayor, de su libre nombramiento y remoción, los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, lo mismo que sus representantes en las Juntas Directivas de dichos organismos y en las Sociedades de Economía Mixta.

Según el demandante, tal artículo atenta contra el 3o. del Código de Régimen Político y Municipal, "que define quiénes son agentes del poder ejecutivo, poder del cual es simple agente del Alcalde Mayor, regla que no incluye a los directores ni gerentes de las entidades descentralizadas; desvía el poder conferido al Alcalde por el artículo 12-2 del Decreto-Ley 3133 de 1968, el cual, cuando se refiere a sus 'agentes y empleados', no pudo tener en cuenta como tales sino los que tenían el carácter hasta el día 26 de diciembre de 1968 en que se expedió este Estatuto; y viola por abuso o desviación de sus atribuciones el Concejo la norma superior del artículo 13, ordinal 13, *ibídem*, por cuanto con fraude a la ley, utiliza una competencia que hasta el presente ni la Constitución ni la ley le han atribuido".

El texto del artículo 3o. del Código de Régimen Político y Municipal es el siguiente:

"Artículo 3o. Son agentes del poder ejecutivo, y cooperan al ejercicio de dicho poder: el gobernador, en cada departamento; el prefecto, en cada provincia, y el alcalde y sus subalternos; en cada municipio.

"Los actos de los empleados, de carácter general, se denominan comúnmente decretos; los de carácter especial resoluciones, bien que en ocasiones son objeto de los primeros, asuntos de carácter especial, y recíprocamente, son de los segundos, otros de carácter general".

De la transcripción que antecede se desprende que el inciso segundo del artículo 3o. del Código de Régimen Político y Municipal no tiene ninguna conexidad con la disposición a la cual se refiere este cargo. Y en cuanto al inciso primero del mismo artículo, se observa que él tampoco guarda consonancia alguna con el artículo 36 del Acuerdo impugnado. Evidentemente, se trata de una disposición que, por su antigüedad, se ha quedado a la gaza de la organización contemporánea del Estado Colombiano y, en

particular, de la estructura actual del Distrito Especial de Bogotá y de su régimen *sui géneris*. Por tanto, a la luz de una legislación ya superada, no es lógico ni posible hacer una confrontación para deducir la existencia de una violación normativa, pues uno de los términos de la comparación (el referido artículo 3o.) no se presta para ello.

En relación con el numeral 2 del artículo 12 del Decreto 3133 de 1968, observa la Sala que ese numeral no existe, desde luego que el artículo 12 del citado Decreto consta apenas de un inciso y que, además, se refiere a la sanción y promulgación de los acuerdos. En consecuencia, la falta de una norma precisa y concreta a la cual hacer referencia, impide forzosamente el examen del cargo, en el aspecto indicado por el actor.

Sobre el numeral 13 del artículo 13 del Decreto 3133, es suficiente aclarar que él alude a la facultad que posee el Concejo Distrital para delegar en comisiones o juntas de su seno, en forma precisa, algunas de sus atribuciones y que, en cambio, el artículo 36 del Acuerdo no versa sobre delegación de funciones sino que hace la declaración de que los funcionarios que él menciona son agentes del Alcalde Mayor. En síntesis, hay una completa diferencia entre la regulación normativa del supradicho numeral 13 y la del artículo 36 del Acuerdo, lo que por sí mismo descarta la transgresión del primero.

En resumen, no es procedente despachar favorablemente el presente cargo. Y como el *a quo* tampoco accedió a darle prosperidad, se confirmará al respecto el fallo de primer grado, aunque por otro concepto.

6. *Cargo contra el artículo 39 del Acuerdo.*

En su primer inciso este artículo dispone que el Concejo y el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá deben ejecutar el control de los entes descentralizados, con el fin de lograr su coordinación e integración. Y en el segundo inciso establece que las Juntas "seran presididas por el Alcalde Mayor y en su defecto por uno de los concejales que forman la Junta".

Dice el demandante que el artículo en análisis contraviene los artículos 7, 8 y 9 del Decreto 1050 de 1968, referente a la organización y funcionamiento de la administración nacional.

Como se dijo atrás, al analizar otros cargos en los que también se mencionan como vulnerados varios artículos del Decreto 1050 de 1968, por ocuparse este estatuto de la administración nacional no puede servir de fundamento para acusar normas pertenecientes a los acuerdos municipales, pues por el anterior motivo se configura la falta de pertinencia.

Agrega el demandante que resulta insólito la presidencia supletoria por parte de uno de los concejales que integran la Junta, "Ante todo porque ningún concejal puede formar parte legalmente de ninguna junta". Este aspecto del cargo tampoco tiene aceptación por varias razones, a saber: a) Los artículos 171 y 201 de la Carta Política nada tienen que ver con el tema planteado en el cargo; b) El artículo 16 del Decreto 3133 de 1968, que también indica el actor como infringido y que trata de las atribuciones del Alcalde Mayor, en el ordinal 16 le asigna a éste "Las demás que la Constitución, las leyes y los acuerdos establezcan", y c) El inciso segundo del numeral 8 del artículo 307 del Código de Régimen Político y Municipal, igualmente mencionado como quebrantado, consagra la compatibilidad entre el cargo de concejal y los empleos no remunerados, como es el caso de un concejal que sea miembro de juntas administradoras municipales, de conformidad con lo sentado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en la sentencia de 29 de noviembre de 1983, a la cual ya se hizo referencia en esta providencia.

Corolario de lo expuesto con respecto al cargo sexto es el de que no prospera. Pero como el Tribunal del conocimiento sí lo acogió, se revocará en esta parte la sentencia de primer grado.

7. *Cargo contra el artículo 44 del Acuerdo.* Este artículo ordena la refinanciación de los empréstitos adquiridos por el Distrito Especial en forma solidaria con las entidades descentralizadas y autoriza a la Administración para constituir garantías diferentes y cancelar los actuales contratos de fideicomiso. El cargo está presentado por el demandante diciendo que dicho artículo viola los artículos 794 y 822 del Código Civil, "por desconocer los principios de la propiedad fiduciaria en que están constituidas empresas como la del Acueducto y Alcantarillado y la de Energía Eléctrica y conminar al Alcalde a que extinga los fideicomisos honesta y legalmente contratados y aprobados por los Acuerdos del Concejo".

Expresa que se violan también "las reglas del 'Parágrafo' del artículo 189 y los principios del artículo 187, 2a. y 7a., de la Constitución Nacional, y más sorprendente aún, el texto de los artículos 4o. y 9o. de la Ley 6a. de 1928, al prescindir de la autorización del Gobierno Nacional tanto para la contratación o refinanciación de los empréstitos incorporados en los contratos fiduciarios como para su conversión".

Sobre este cargo, la Sala estima que no está llamado a prosperar por las razones aducidas en la sentencia del Tribunal, con base en que la norma acusada está amparada en cánones constitucionales (artículos 197-7a. y 8a.) y en el Decreto 3133 de 1968, artículo 13-8, que permiten que los Concejos autoricen al Alcalde para la celebración de contratos, la negociación de empréstitos y la enajenación de los bienes municipales. En efecto, si se puede impartir autorización con ese objeto, es obvio que también puede darse para lo que persigue el artículo en cuestión. Se observa, además, que el cargo no fue adecuadamente formulado.

8. *Cargo contra el artículo 46 del Acuerdo, que dice:*

"Las personas que prestan sus servicios en la Alcaldía Mayor, en las Secretarías y en los Departamentos Administrativos, son empleados públicos, sin embargo, los trabajadores de la construcción y mantenimiento de obras públicas que presten sus servicios a cualquiera de las dependencias nombradas, son trabajadores oficiales.

"Los servidores de las Entidades Descentralizadas y Fondos Rotatorios del Distrito son trabajadores oficiales. Los Gerentes, Sub-Gerentes, Directores, Sub-Directores, Secretarios Generales, Secretarios Privados, Asesores, Asistentes, Jefes de Personal y Jefes de División, son empleados públicos.

"Parágrafo.— No obstante lo anterior en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá los Jefes de División son trabajadores oficiales".

En la sustentación del cargo contra este artículo el demandante señala que el Concejo de Bogotá no tiene competencia para hacer la anterior clasificación, por cuanto su radio de acción está fijado por los artículos 197 de la Constitución Nacional y 13 del Decreto-Ley 3133 de 1968, los que no le asignan tal función. Como los Concejos deben ejercer sus atribuciones de acuerdo con la ley, que para el presente caso es el artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968, al desconocerlo el artículo acusado violó las disposiciones que se acaban de citar, en armonía con el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1848 de 1969. Tal clasificación, agrega el actor, corresponde en la Nación, en los Departamentos y en el Distrito Especial a las Juntas Directivas de los respectivos establecimientos y a través de sus estatutos. El demandante pone especial énfasis al comentar el parágrafo del artículo comentado, al que califica como "modelo de reglamentación casuística".

Como se anotó al hacer la reseña del proceso, el a quo estimó que el artículo 46 es violatorio de normas superiores en la parte relacionada con la clasificación como trabajadores oficiales de los servidores de los establecimientos públicos y de los fondos rotarios distritales, lo mismo que en su parágrafo, por hacer igual clasificación con respecto a los jefes de división de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado. El Tribunal transcribe la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la facultad que le otorga a los Concejos el numeral 3 del artículo 197 de la Constitución y el fallo del Consejo de Estado de 1o. de abril de 1977, y concluye en que la competencia para la clasificación de los servidores de los municipios está radicada privativamente en el legislador.

Las entidades y personas que se constituyeron en impugnadoras atacaron de manera radical la decisión del Tribunal con respecto al artículo que se analiza. Una de ellas, el propio Distrito Especial, por conducto de Personero de Bogota, quien es su representante judicial, expresó en su alegato de conclusión:

"Afirma el Honorable Tribunal que el Concejo carece de competencia para clasificar los servidores del Distrito Especial porque es atribución reservada al legislador. Sin embargo considero que teniendo el Cabildo la facultad constitucional y legal de determinar la estructura de la Administración, la determinación adoptada en el artículo 46, inciso 2o. del Acuerdo 7 de 1978 (sic), encuadra dentro de esa potestad" (folio 121 cuaderno 1). Este funcionario solicitó, de manera general, la revocatoria de la sentencia recurrida y, en su lugar, que se nieguen las peticiones de la demanda.

El mandatario judicial de la Asociación de Ingenieros de la Empresa de Energía Eléctrica, consignó en su alegato varios planteamientos jurídicos, de los que se destacan los siguientes:

"2)— Comenta la sentencia apelada que en la decisión de la Honorable Corte Suprema '... no se hace referencia ni mención alguna al aspecto de la clasificación de los servidores del municipio, lo que es lógico por cuanto ello es competencia privativa del legislador, tal como lo ha venido sosteniendo el Honorable Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de 1o. de abril de 1977...'.

"Lo que ocurre es que, en la sentencia citada, la Honorable Corte Suprema de Justicia hace una enunciación por vía de ejemplo de las atribuciones de los Concejos. Mal podría hacerlo taxativamente, comprendiendo la totalidad de las condiciones y circunstancias que se dan en la sociedad moderna o se darán en el futuro para la administración de un municipio. Por ello dice la Corte en párrafo transcrito por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que '... la estructura de la administración municipal, cuya fijación compete al Concejo, *lo comprende todo: desde* las dependencias del cabildo hasta las secretarías.... *Esta estructura general, esas dependencias especiales, no las ha precisado la Constitución, ni ésta ha dicho que corresponde a la ley hacerlo: por el contrario, expresamente, es materia encomendada a los Concejos'* (subrayados del suscrito).

"De tal forma que la sentencia de la Honorable Corte Suprema lo que hizo fue rescatar y afirmar las facultades de los Concejos ante el peligro de que 'so pretexto de reglamentación' fueran cercenadas esas facultades. Precisamente porque ello es así la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la misma sentencia a que se refiere el Tribunal Administrativo, al analizar los alcances de la atribución 4a. del artículo 197, respecto a la facultad de los Concejos para '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', dijo que esa atribución debe ejercerse siempre 'a iniciativa del Alcalde, y con sujeción a las regulaciones legales', agregando

que '...el que la ley pueda señalar preceptos reglamentarios para el ejercicio de esa atribución y, más aún, fijar normas orgánicas o estatutos básicos para la existencia y funcionamiento de las entidades de que se trata, *no significa, en modo alguno, que el legislador esté en capacidad de sustituir a los Concejos, para disponer por sí mismo,* directa o nominativamente, la *creación,* prórroga, *modificación* de estas o aquellas o la composición individual de sus directivas. La competencia en esas materias está constitucionalmente reservada a cada Concejo, condicionada, se repite, a la iniciativa que la Carta otorgó también al respectivo Alcalde'.

"Recuerda la Honorable Corte que '...para el Concejo de Bogotá existe una reglamentación especialísima en la Carta, según el Parágrafo del artículo 189; la de que no solo en presupuesto, sino en materia de planes y progamas de desarrollo y obras públicas y en todo proyecto de acuerdo que decrete inversiones y participaciones, cesión de bienes o rentas, que cree servicios o los haga de cargo del Distrito, se requiere la iniciativa del Alcalde, *asunto este que para los restantes municipios se dejó a la determinación de la ley...*' (subrayado del suscrito).

"De manera que cuando en la sentencia apelada se dice que en la decisión de la Corte '...no se hace referencia ni mención alguna al respecto de la clasificación de los servidores del municipio...' no es '...por cuanto ello es competencia privativa del legislador...', sino porque la Corte se ha referido a unos ejemplos, pero reivindicando específicamente las facultades del Concejo en todas las materias, como veremos adelante.

"En efecto, en el ordenamiento legal vigente, las normas orgánicas o estatutos básicos a que debe someterse el Concejo de Bogotá para el ejercicio de sus facultades constitucionales en todas las materias, están consignados claramente en el artículo 13 del Decreto-Ley 3133 de 1968, en que se cree un régimen diferente para el Concejo de Bogotá al de los demás municipios del país. En esto la Honorable Corte Suprema de Justicia fue de claridad meridiana y enfática al decir en la sentencia invocada pero en las partes no mencionadas ni tomadas en cuenta por el Tribunal Adminitrativo de Cundinamarca en su propia decisión, que:

" '...conviene tomar en consideración que por el artículo 23 del mismo decreto (se refiere al 3133 de 1968, anota el suscrito) se fijaron algunas de las atribuciones generales y especiales del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, entre otras, así:

' ARTICULO 13.— Además de las *atribuciones conferidas por la Constitución* y las leyes a los Concejos Municipales *y en especial al de Bogotá,* éste tendrá las siguientes: 1o.— Ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito; ... 3o.— Determinar la estructura de la administración Distrital, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; 4o.— Crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y fondos rotatorios del Distrito; ...". Agrega la Corte: 'Cabe recalcar que por el encabezamiento del artículo es evidente que para el legislador extraordinario si hay facultades constitucionales atribuidas, al Concejo de Bogotá y que según las que se dejan transcritas, es a dicho Concejo a quien compete *por ejemplo,* determinar la estructura administrativa, crear establecimientos públicos... etc. etc. y que, por lo mismo, esos actos de creación no pueden ser realizados, ni esas autorizaciones conferidas por entidad o autoridad distinta del propio Concejo, al que se reconocen expresamente las correspondientes atribuciones'.

"Dice más adelante la sentencia de la Corte '...no puede la ley sustituir al Concejo de Bogotá y autorizar por sí, sin consentimiento ni intervención del mismo, que las Juntas Directivas de las Empresas Distritales modifiquen sus estatutos, sin restricción

alguna, con solo la aprobación de un funcionario, el Alcalde, que en esta materia de creación y existencia de establecimientos públicos solo ha recibido una competencia de iniciativa, pero no alguna de decisión' ".

"....."

"En defensa de la constitución y legalidad de la primera parte del inciso segundo del artículo 46 del Acuerdo 07 de 1977, en desacuerdo con la sentencia citada, formulo las siguientes consideraciones:

"a)— La regulación legal de las atribuciones del Concejo de Bogotá, como se dijo antes, está consignada en el Decreto-Ley 3133 de 1968. Esto fue reconocido por la propia Corte Suprema de Justicia cuando, al desatar una demanda referida al expediente radicado bajo el número 6343, dijo en sentencia de marzo 13 de 1980:

" 'Específicamente en el caso del Distrito Especial de Bogotá, el precepto constitucional citado (artículo 197 de la Constitución Nacional, anoto) vino a ser desarrollado por el Decreto Legislativo 3133 de 1968, expedido en virtud de facultades extraordinarias conferidas por el artículo 13 de la Ley 33 del año citado' (por un error mecánico en el mencionado decreto se hace referencia al artículo 13 de la Ley 33 de 1968 siendo en tal ley solo tiene 12 artículos y el de las facultades relativas al Distrito Especial de Bogotá es el artículo 11, observa el suscrito). Al decidir la Corte en dicha sentencia que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D.E. es una empresa industrial y comercial del Distrito pese a la afirmación en contrario de sus Estatutos, definió, además:, '...dentro de las atribuciones que la Constitución Nacional señala a los concejos municipales en el artículo 197, está prevista la relativa a la creación, por iniciativa del alcalde, de establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales. En ejercicio de esa precisa facultad comprende naturalmente la prerrogativa de suprimir, modificar, fusionar o alterar la existencia de dichas entidades, como ya se había anotado. La atribución que aquí se comenta solo puede ser delegada en el Alcalde, y ello, dentro del marco de determinadas facultades, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 numeral 7o. de la Carta. *Respecto del Distrito Especial de Bogotá, los principios atrás consignados fueron desarrollados por el Decreto Legislativo 3133 de 1968' " (subrayados del suscrito).*

"Esa declaración de la Corte en el sentido de que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D.E., es una empresa industrial y comercial pese a lo que digan en contrario los estatutos de la misma, definió jurisprudencialmente que: 'De ellos surge la ineficacia jurídica del acto emanado de la Junta Directiva de la empresa demandada, que se auto-atribuyó, en materia reservada al Concejo (subrayo) la facultad de modificar la estructura interna del organismo'.

"b)— La afirmación del Honorable Consejo de Estado en la sentencia invocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que vengo comentando, en cuanto a que el Decreto-Ley 3135 de 1968 rige para los niveles nacional, departamental y municipal, y en el Distrito Especial de Bogotá con fuerza superior al Decreto-Ley 3133 de 1968, a pesar de ser este el 'estatuto orgánico de Bogotá' como se dice en el texto mismo de dicha norma, es a mi juicio contraria a la realidad jurídica.

"En efecto, el Decreto-Ley 3133 de 1968, como estatuto orgánico de Bogotá, es mandato jurídico especial que tiene supremacía sobre cualquier norma legal de carácter general que se pueda invocar (artículo 5o. Ley 57 de 1887), como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que he comentado.

"El Decreto-Ley 3133 de 1968 tiene orígen en facultades extraordinarias especiales concedidas en el artículo 11 de la Ley 33 de 1968 (que es una ley posterior a la Ley 65 de 1967 y por lo tanto de aplicación preferente) para 'reformar la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá para adecuarla a los requerimientos *básicos* de su desarrollo'. Es lo que le dá el carácter de 'estatuto orgánico de Bogotá' sin reserva o excepción alguna de aplicabilidad, en forma tal que cuando la Constitución Nacional, se refiere a que el Concejo de Bogotá ejercerá sus atribuciones 'con arreglo a la ley' esa ley es el mencionado Decreto 3133 de 1968.

"El Decreto-Ley 3135 de 1968 aun cuando aparentemente posterior al 3133 de 1968, tiene orígen en una ley de facultades anterior a la Ley 33 de 1968 como lo es la Ley 65 de 1967. Además, esta es general y la 33 de 1968 es especial para Bogotá.

"De otra parte, el Decreto-Ley 3135 de 1968 es de aplicación solamente para la Nación por cuanto la ley de facultades extraordinarias en que se origina es para regular materias exclusivamente de orden nacional.

"En efecto, la Ley 65 de 1967 define su ámbito en el título que es 'por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las fuerzas militares; se provee al fortalecimiento de la administración fiscal; se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva comisión constitucional permanente en las Cámaras Legislativas', materias que no tiene nada que ver con la administración departamental o municipal.

"De la lectura del articulado de la ley resulta que son facultades extraordinarias al Presidente de la República para (a) 'fijar tiempos mínimos en cada grado de los Oficiales y Sub-oficiales...'; (b) 'fijar los sueldos básicos y bonificaciones del personal de Oficiales...'; (c) 'modificar el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de los Oficiales...'; (d) 'organizar las dependencias de la Presidencia de la República...'; (e) 'reorganizar la administración fiscal...'; (f) 'reorganizar el Departamento Administrativo de Servicio Civil y Comisión Nacional...'; (g) 'modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos...'; (h) 'fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos nacionales...'; (i) 'suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la Rama Ejecutiva...'; (j) 'establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los Institutos y Empresas Oficiales...' ".

"De la simple lectura de la ley resulta un texto integrado, armónico, de facultades al Presidente de la República para legislar sobre asuntos de nivel nacional. En parte alguna sea manifiesta que sean facultades para cuestiones atinentes a la Nación y a la vez para los departamentos y municipios".

Igualmente el apoderado de los impugnadores Héctor Gonzalo Ramírez Pinzón, José Vicente Sierra y otros hace razonamientos semejantes a los del anterior mandatario judicial. Así, por ejemplo, expresa:

"El constituyente no le dio al alcalde municipal la misma función que sí asigno al Gobernador según el artículo 194, ordinal 9o., arriba transcrito, sino que se la reservó al ministerio de la ley, de conformidad con el artículo 201 de la Constitución.

"Ahora bien: las tres entidades, el legislador, —Congreso— Asambleas departamentales y Concejos municipales ejercen igual función con relación a la administración tanto nacional como departamental y municipal. A ellas corresponde determinar la estructura de la administración, en primer término, fijar las funciones de las

diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo. El vocablo 'determinar' significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre sus varias acepciones. 'Fijar los términos de una cosa. /Señalar, fijar una cosa para algún efecto/ Hacer tomar una resolución'. No cabe duda, pues, que cuando se determina la estructura de la administración, ya sea nacional, departamental o municipal, se están creando empleos y señalando sus funciones, y si se tiene competencia para crear un empleo, se deduce, lógicamente, que esta competencia lleva implícita la clasificación de los mismos. No puede concebirse que la descentralización administrativa, en cuanto atañe al régimen que cobija a los servidores de los departamentos y municipios, esté cercenada en el sentido que se puede crear empleos y fijar su respectiva escala de remuneración, pero no se les puede clasificar o, lo que es lo mismo, no se puede señalar su régimen jurídico en los aspectos laboral-administrativo. Es absurdo considerar la descentralización administrativa llevada a cabo en la Reforma Constitucional de 1968 en este sentido. Ella, por el contrario, institucionalizó una descentralización plena, con miras a afianzar la democracia.

"Con relación al Distrito Especial de Bogotá, entidad creada por medio del Acto Legislativo No. 1 de 1945, artículo 1o., inciso 2o., consagrados en la codificación actual de la Constitución Nacional, en los artículos 199 y 200, sin sujeción al régimen municipal ordinario y dentro de las condiciones que fije la ley; en virtud de ello en 1968 se expidió la Ley 33 de 1968, que facultó al Gobierno para expedir la Reforma que organizaba la estructura administrativa del Distrito Especial de Bogotá, reforma que está consagrada en el Decreto 3133 de 1968, y sobre la cual la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dejado sentada copiosa jurisprudencia, que nos permite analizar con claridad el caso *sub-júdice*.

"La Corte, en sentencia de septiembre 4 de 1969 —Magistrado ponente doctor Hernán Toro Agudelo— dijo:

" 'c) Respecto a los Concejos, que carecían de atribución constitucional para la creación, supresión, fusión de empleos, la fijación de funciones y asignaciones pero que, como se dijo, la han recibido de la ley, que por lo mismo puede ser derogada o modificada por otra, el numeral 3o. del artículo 197, según la versión de la reforma constitucional de 1968, les da directamente la facultad de 'Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos'. Pero los Alcaldes, de su parte, no recibieron en la Carta facultades similares o paralelas a las del Presidente y el Gobernador en lo relativo a la creación, fusión o supresión de empleos, determinación de funciones de cada uno de ellos, y fijación de asignaciones específicas' ".

" '3. En consecuencia corresponde a los Concejos la facultad constitucional, de que no puede privarlos la ley pero que ésta puede reglamentar en su ejercicio, de determinar la estructura, es decir la distribución, orden y organización general de la administración del municipio: podrán en consecuencia crear las distintas dependencias administrativas, sus divisiones o secciones, por ejemplo: atribuirles las respectivas funciones generales que han de cumplir para el servicio público; finalmente, podrán también señalar diferentes categorías de empleos y las correlativas remuneraciones' ".

" 'Como la Constitución nada dispuso en materia de creación, fusión y supresión de empleos, ni de fijación de funciones especiales de cada uno de ellos y de sus remuneraciones específicas, podrá la ley atribuir la competencia respectiva a los mismos concejos, como ocurre generalmente, conforme a la regla 8a. del artículo 197 en cuanto indica que a los Concejos corresponde 'Ejercer las demás funciones que la ley les señale', o trasladarla al Alcalde que es jefe de la administración municipal, según el artículo 201, y que ejercerá sus funciones 'conforme a las normas que la ley le señale'.

"....."

"'....claro está que el Alcalde tiene una limitación de orden constitucional, que es la de sujetarse a los Acuerdos que fijan la estructura de la administración y señalen de modo general las funciones de las distintas dependencias....'" (G.J., Tomo CXXXVII, No. 2338, páginas 276-77, 1969).

Como puede observarse, la alusión que le hace el Personero Distrital al artículo 46 es lacónica, aunque categórica, y está referida a la determinación de la estructura de la Administración municipal por parte de los Concejos. En cambio, los restantes impugnadores presentan otros argumentos en pro de sus tesis, los cuales no es indispensable reproducir.

El Consejo de Estado ha dilucidado jurisprudencialmente lo relativo a la competencia para clasificar a los servidores públicos en los órdenes nacional, departamental y municipal. Más no se ha ocupado específicamente de la clasificación de los servidores del Distrito Especial de Bogotá.

En el ámbito nacional la Corporación dicto la sentencia de 2 de diciembre de 1982, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la que aplicó e hizo prevalecer lo dispuesto sobre la clasificación en los artículos 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968 y 5o. de su decreto reglamentario. En ella se dijo:

"Debe hacerse notar también que estos Decretos (se refiere también al Decreto-Ley 1050 de 1968) 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 para 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, expidieron con apoyo en lo previsto en las normas anteriormente citadas y por lo tanto privan 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 Cancerolgía 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' ". (Expediente 11055. Actora, Asociación de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología. Ponente, doctora Aydée Anzola Linares).

En el plano departamental la Sección Segunda de la Corporación dictó la sentencia de 25 de septiembre de 1982 que, en lo pertinente dice:

"De lo anterior se deduce, incuestionablemente, que la determinación del vínculo jurídico que une a la Administración con los servidores del Estado, es uno de esos 'otros aspectos' a que alude el citado artículo 76, numeral 10, de la Constitución Nacional, y, por consiguiente, le corresponde al Congreso de la República su regulación, pues ninguna otra norma confiere esa facultad a Corporación o funcionario distintos a éste, en los órdenes departamental, intendencial, comisarial o municipal.

"Los gobernadores no tienen atribución constitucional alguna para clasificar a los servidores de su departamento entre empleados públicos y trabajadores oficiales, debido a que en la Carta no existe ningún precepto que les señale dicha facultad...

"Al respecto, esta Sala considera que la norma transcrita (se refiere al numeral 5 del artículo 187 de la Constitución) lo permite al gobernador reglamentar lo relativo a la prestación de los servicios a cargo del departamento y no lo referente a determinar la naturaleza jurídica de la relación entre la administración y sus servidores; y mucho menos la clasificaión de éstos entre empleados públicos y trabajadores oficiales, pues son aspectos totalmente distintos a los que preceptúa la referida disposición.

"En consecuencia, esta entidad reitera que la determinación del vínculo jurídico existente entre la Administración y sus servidores, conlleve una facultad exclusiva del Congreso Nacional ejercitada por medio de leyes. Es cierto que éstas pueden indicar las reglas y ordenamientos necesarios para fijar la naturaleza jurídica de esa relación en forma que permita a otros organismos y autoridades el desarrollo de los principios contenidos en aquellas. Esto es lo que acontece con el artículo 5o. del Decreto 3136 (sic) de 1968, pues tal precepto define, de manera general, quiénes son empleados público y cuáles trabajadores oficiales y prescribe, a que en los estatutos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, se precise, qué clase de actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales y cuáles por empleados públicos, respectivamente" (Anales Nos, 475-476, segundo semestre 1982, página 472, Ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez).

En el orden municipal general u ordinario esta Sala pronunció la sentencia de 1o. de abril de 1977, que sobre la materia en comento llegó a la siguiente conclusión, que luego ha sido rectificada, por lo equivocada:

"Con base en lo anterior, el Decreto-Ley 3135 de 1968, sobre clasificación de los servidores públicos en empleados públicos (vinculados a la Administración con relación legal y reglamentaria) y trabajadores oficiales (con contrato de trabajo) debe aplicarse en lo nacional, en lo departamental y en lo municipal". (Anales, Nos. 453-454, primer semestre, página 325, Ponente Carlos Anibal Restrepo S.).

Para decidir el cargo contra el artículo 46 del Acuerdo se considera:

De conformidad con el artículo 199 de la Carta Política, "La ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley".

Buscó en esta forma el Constituyente eximir al Distrito de Bogotá del régimen municipal general entonces existente, esto es, el impuesto por el Código de Régimen Político y Municipal y algunas leyes complementarias, para así poder dictar normas específicas para la capital del país. Pero de lo anterior no puede deducirse que se buscara constituir una entidad sin sometimiento a la Constitución Nacional ni a la ley.

Al reconocer sus características especiales, como la ciudad más importante y habitada de Colombia, se quiso, por un lado, someterla a un tratamiento legal directo y, además, sacarla del sistema municipal ordinario y de la sujeción a las ordenanzas departamentales, para dejar todo esto de cargo de la ley. Por tanto, la Constitución y la ley integran la normatividad superior obligatoria para el Distrito de Bogotá.

La especificidad reconocida por la Constitución significa en este caso una autonomía amplia pero enmarcada entre aquella y la ley. Es dentro de tal marco que los órganos de la Administración Municipal (el Concejo Distrital y el Alcalde Mayor, como

jefe de ella), pueden moverse para ejercer la ampliación de su autonomía, mediante acuerdos, decretos, etc. que garanticen dicha especificidad. En el espacio jurídico así determinado fue dictado el Decreto Extraordinario 3133 de 1968, que representa el "estatuto básico" del Distrito Especial de Bogotá, no en oposición a la Constitución y a las leyes que le sean concordantes, sino en complementación de ellas, con el propósito de regular su particularidad.

Dentro de este orden de ideas, las atribuciones que a los concejos municipales les señala el artículo 197 de la Constitución están incorporadas en el artículo 13 del Decreto 3133, desde luego complementadas y adicionadas, por exigirlo así la modalidad, necesidad y conveniencia de la administración del Distrito.

Ahora bien, volviendo al análisis del cargo formulado por el demandante al artículo 46 del Acuerdo No. 7 de 1977, no es equivocado afirmar que el artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1967, sólo comprende a los empleados y trabajadores oficiales de carácter nacional, pues ni la ley de facultades ni el mismo decreto se refieren a otros servidores.

Si se examina con detenimiento la Ley 65 de 1967, por la cual se revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para los varios efectos de que trata su artículo 1o., se llega a la conclusión de que los literales *a*, *b* y *c* se refieren a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; el d a la Presidencia de la República; el *e* a la reorganización fiscal para evitar el fraude y cumplir oportunamente con la "liquidación y recaudación de los atributos y tasas nacionales", lo mismo que para reorganizar la administración de las aduanas; el *f* al Departamento Administrativo de Servicio Civil; el *g* a 'Modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos"; el *h* al señalamiento de las escalas de remuneración de los empleos nacionales y el régimen de prestaciones sociales; el *i* a la Rama Ejecutiva del Poder Público y a los institutos y empresas oficiales, y el *j* al establecimiento de reglas que deban seguir los institutos y empresas oficiales en la creación de empleos, el señalamiento de asignaciones y prestaciones sociales y el régimen del servicio.

Entonces, si el Decreto 3135 fue expedido en ejercicio de las anteriores facultades extraordinarias, debe entenderse que se refiere exclusivamente a los servidores y a las entidades del orden nacional, y que su aplicación no se puede extender al Distrito Especial de Bogotá. Además, el propio artículo 5o. del citado decreto alude a entidades oficiales nacionales, tales como los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias.

Lo precedente permite deducir también que los empleados y trabajadores oficiales de carácter local se rigen por la Ley 6a. de 1945 y especialmente por el artículo 4o. del Decreto 2127 del mismo año, que es del siguiente contenido:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en las misma forma".

No es pertinente aplicarles a los empleados y trabajadores del Distrito Especial el Decreto 3135 de 1968, por analogía, porque no hay vacío. Y si hubiese duda en la aplicación de los dos estatutos habría que optar por el Decreto 2127, por ser más favorable, principio éste de gran relevancia y equidad en el campo del Derecho del Trabajo.

El demandante le hace al artículo 46 en referencia el cargo de que el Concejo Distrital carece de competencia para determinar quiénes son empleados públicos y quiénes trabajadores oficiales y señala al respecto como normas violadas el artículo 197 —numeral 3— de la Constitución Nacional, por considerar que éste en ninguna parte le da esa autorización, y el artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968.

En cuanto a la violación del artículo 5o. del Decreto 3135, no le asiste la razón al actor por cuanto dicho artículo sólo es aplicable en el orden nacional, según lo antes expuesto. Pero en relación con el numeral 3 del artículo 197 de la Carta sí les asiste la razón. En efecto:

1. La facultad que tienen los Concejos, en general, y el del Distrito Especial de Bogotá, en virtud del artículo 13 del Decreto-Ley 3133 de 1968, de determinar la estructura de la Nación, no implica la atribución de hacer la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, en el caso de estudio la de los servidores del Distrito, porque el concepto de la citada estructura no comprende la última atribución, en atención a que se trata de cuestiones que tienen alcances distintos, tal como se desprende de la jurisprudencia sentada sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado.

Sobre lo que significa estructurar la administración, dijo el Consejo de Estado en consulta de 13 de octubre de 1970, con ponencia del doctor Luis Carlos Sáchica:

"Estructurar la administración es crear los elementos que la integran, determinar su disposición dentro del órgano de que son parte y regular sus mecanismos de relación, en orden al cumplimiento de la función para la cual existen. Tal facultad de estructurar comprende todos los aspectos orgánicos de la administración, separándolos de los de su funcionamiento, que son del resorte de ella misma".

2. Es función del Legislador (y éste ha hecho uso de ella) definir quiénes son empleados públicos. Así lo hizo al expedir el artículo 5o. de la Ley 4a. de 1913, el cual fue modificado por el artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968 únicamente en cuanto a los servidores públicos de la Nación, quedando vigente en lo concerniente a los empleados departamentales y municipales. Además, ha hecho referencia a la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, para fines laborales, en la Ley 6a. d 1945 y en el Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, en su artículo 4o.

3. Si bien es cierto que se debe decretar la nulidad del artículo 46 en estudio, por la falta de competencia a que antes se aludió, también lo es que para la clasificación de los servidores del Estado, son aplicables en términos generales, los artículos 5o. de la Ley 4a. de 1913 y 4o. del Decreto 2127 de 1945, de conformidad con lo anteriormente explicado.

En consonancia con lo que se acaba de exponer, corresponde reformar la sentencia en el sentido de decretar la nulidad de todo el artículo 46 del Acuerdo aquí cuestionado.

3. RECAPITULACION FINAL

1. La demanda solicitó la nulidad de doce artículos del Acuerdo acusado, a saber:

En el cargo primero, la de los artículos 2, 6 y 42; en el cargo segundo, los artículos 22, 24 y 49, en su parágrafo; en el tercer cargo, el artículo 31; en el cuarto cargo, el artículo 35; en el quinto cargo, el artículo 36; en el sexto cargo, el artículo 39; en el séptimo cargo, el artículo 44 y en el octavo cargo la del artículo 46.

2. La sentencia del Tribunal, además de declarar no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por algunos de los impugnadores, decretó la nulidad de los siguientes artículos *ibídem:* 22 y 24, en cuanto al poder decisorio del Personero Distrital en las Juntas Asesora y de Contratos y de Planeación Distrital; 35 y 39 —inciso 2o.—, en la parte que dice "y en su defecto por uno de los concejales que forman parte de ellas", y 46 —inciso 2o.—, en cuanto comprendió como trabajadores oficiales a los servidores oficiales de los establecimientos públicos y Fondos Rotatorios Distritales, lo mismo que su parágrafo.

El fallo negó las demás peticiones.

3. Después de hacer el estudio de los cargos, uno por uno, la presente sentencia hará la siguiente decisión:

Reformará la sentencia apelada en lo vinculado a los cargos segundo (extendiendo la nulidad con respecto a la intervención del Personero Distrital en las Juntas Asesoras y de Contratos y Planeación) y octavo (declarando la nulidad total y no parcial del artículo 46).

La revocará en lo que atañe a los cargos tercero y sexto.

La confirmará en lo resuelto por ella frente a los cargos primero, quinto y séptimo, lo mismo que en lo concerniente al cuarto cargo, excepto en este último en cuanto a los Concejales que reciban remuneración.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su Fiscal colaborador,

FALLA:

Primero.— Modifícase la sentencia apelada, en los sentidos que enseguida se detallan:

a) Refórmase la mencionada sentencia, en la parte relacionada con el segundo cargo, en el sentido de extender la declaración de nulidad de los artículos 22 y 24 del Acuerdo número 7 de 1977, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, a la integración del Personero Distrital a las Juntas Asesora y de Contratos y de Planeación, lo mismo que en cuanto al octavo cargo, en orden a declarar la nulidad de todo el artículo 46 de dicho Acuerdo.

b) Revócase la sentencia apelada en lo referente a los cargos tercero y sexto para, en su lugar, declarar la nulidad de los artículos 31 y 39 del Acuerdo en referencia.

c) Confírmase parcialmente la misma sentencia en cuanto al cuarto cargo, relacionado con el artículo 35 del aludido Acuerdo, excepto en cuanto se refiere a los Concejales designados para juntas y concejos remuneradas.

Segundo.— Confírmase, en todo lo demás, la sentencia materia del recurso de apelación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que en la anterior providencia colaboró el doctor CARLOS URAN, en su carácter de abogado asistente de la Corporación, y que la misma fue discutida en las Salas correspondientes a los días 27 de enero, 10 de febrero, 24 de febrero, 6 de abril y 4 de mayo de 1984 y, finalmente, aprobada en la última de ellas.

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

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

NORMA JURIDICA DE CARACTER GENERAL. VIGENCIA.— Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo, para que la jurisdicción contencioso administrativa deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presente contra ella. (Reiteración Jurisprudencial) IMPUESTO DE DELINEACION URBANA. Definición.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 9524.
Actores: **Emiliano Castro y otros.**

Apelación de sentencia del Tribunal del Huila. Nulidad de los actos administrativos contenidos en el ordinal d) del artículo 5o. del Acuerdo 1 de 1978 y artículo 43 del Acuerdo 9 de 1974.

Ante el Tribunal Administrativo del Huila, el ciudadano abogado José Serrano Calderón, obrando en nombre propio y también como mandatario judicial de los ciudadanos Emiliano Castro, Antonio Hernández, Rafael Páramo, Luis Alberto Ramón y Anselmo Artunduaga, demandó en acción pública de nulidad, el literal d) del artículo 5o. del Acuerdo 1 de 1978 y el artículo 43 del Acuerdo 9 de 1974, ambos expedidos por el Concejo Municipal de Acevedo (Huila). El Tribunal, al decidir la contienda, se declaró inhibido para pronunciarse sobre la pretendida nulidad del literal d) del artículo 5o. del Acuerdo 1 de 1978 y denegó la solicitud de nulidad del artículo 43 del Acuerdo 9 de 1974. La sentencia del Tribunal ha sido apelada ante esta Corporación, recurso que la Sala decide, previas las siguientes consideraciones

Demanda:

El demandante considera que el literal d) del artículo 5o. del Acuerdo 1 de 1978 viola los artículos 5o., 16, 17, 18 y 20 del Acuerdo 009 de 1978 y que el artículo 43 del Acuerdo 9 de 1974 vulnera el artículo 22 de la Ley 1a. de 1943.

En relación con el literal "d" del artículo 5o. del Acuerdo 1 de 1978 alega el demandante que "El Concejo al liquidar el impuesto de valorización" en esta disposi-

ción, no tuvo en cuenta las disposiciones del estatuto orgánico de valorización (Acuerdo 9 de 1974). Y en relación con el artículo 43 del Acuerdo 9 de 1974 excluyó la participación de los propietarios afectados en la Junta de Valorización, participación que es obligatoria a la luz de las disposiciones legales que rigen la materia.

Sentencia:

El Tribunal Administrativo del Huila se inhibió de hacer pronunciamiento de mérito en relación con el literal d) del artículo 5o. del Acuerdo 1 de 1978 porque consideró que respecto a él se había presentado el fenómeno denominado "sustracción de materia" por cuanto el acuerdo en mención solo tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1979. Sobre la nulidad del artículo 43 del Acuerdo 9 de 1974, el Tribunal denegó la nulidad solicitada pues no encontró violación de las normas legales de orden superior.

Se transcriben algunos apartes de la providencia del Tribunal:

"Mediante el ordinal d) del artículo 5o. del Acuerdo 001 de 1978 se dice en relación al impuesto de delineación y perforación: "por cada metro cuadrado de pavimentación en la vía pública, construído por el municipio a razón de doscientos ochenta pesos ($ 280.00). El M.2. más el 30% por disposiciones legales.

"Parágrafo único. En cualquiera de los casos de perforación, el interesado deberá arreglar en forma satisfactoria (sic), procurando que no quede huella de ninguna clase. Los arreglos de calles-callejones o vías públicas serán recibidos a satisfacción de la Alcaldía Municipal y por conducto del Personero Municipal, quien fijará el término que deba disponer el interesado para abrir o arreglar la calle sin que en ningún tiempo éste pueda pasar de 72 horas".

"Y mediante el artículo 43 del Acuerdo 009 de 1974, se dispone: 'Créase la Junta de Valorización del municipio que estará compuesta por: El Alcalde, que será su presidente. Dos (2) miembros elegidos por el Concejo, con sus respectivos suplentes elegidos por el Concejo Municipal en la forma que más adelante se indica.

" 'Los miembros cuyo nombramiento corresponde al Concejo podrán ser concejales o personas particulares. Su período será de dos (2) años, pero no se hicieren (sic) nuevos nombramientos continuarán actuando los ya nombrados, aunque se venciere su correspondiente período. El Alcalde queda facultado para llenar interinamente las vacantes que se pretenden en estos cargos.

" 'Los miembros designados por el Concejo, cuando no fueren Concejales, devengarán cien pesos ($ 100) por cada sesión a que asistan pero en ningún caso podrán haber más de cuatro (4) sesiones mensuales remuneradas. La junta designará con su vicepresidente para períodos de un año (1) será el secretario de la junta de valorización' (sic).

"Así entonces, mediante el primer acto acusado se tiene que hacer parte de los arbitrios fiscales del municipio de Acevedo para el período comprendido del 1o. de enero al 31 de diciembre del año de 1979 y mediante el segundo acto administrativo acusado, hace parte lógicamente de todo el Acuerdo 009 de 1974 que trata sobre el régimen de valorización municipal. Esta Corporación aceptó la demanda con acumulación de pretensiones por considerar y porque lo considera, que la acción instaurada por el doctor Serrano Calderón en su nombre propio y en nombre de sus poderdantes debe entenderse como una acción de simple nulidad puesto que está encaminada a obtener la tutela del orden jurídico objetivo que el demandante considera quebrantado

por el acto o actos que son objetos de la pretensión demandada y en esas condiciones la acumulación de pretensiones propuesta en estos procesos no es indebida y por lo tanto hay lugar a que se decidan en una misma sentencia.

"Mediante el ordinal d) del artículo 5o. del Acuerdo 001 de 1978, para la vigencia fiscal de 1979, se determinó como impuesto de delineación y perforación que por cada metro cuadrado de pavimentación de la vía pública construida por el municipio se cobrará la suma de $ 280.00 y como el mismo Acuerdo lo determina, su vigencia terminó el 31 de diciembre de 1979, por lo que en cuanto a esta norma acusada se refiere, se ha presentado la doctrina de la sustracción de materia como quiera que al momento de pronunciarse el fallo no tiene ninguna operancia o eficacia jurídica el acto administrativo acusado, doctrina que opera exclusivamente frente a las pretensiones de simple nulidad de los actos de contenido general y abstracto como ocurre en el caso en estudio. Así es suficiente transcribir parte de la sentencia proferida por la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado de marzo 13 de 1979 con ponencia del doctor Carlos Galindo Pinilla en el expediente 518, en que se dice textualmente sobre este aspecto de la sustracción de materia: "...se considera que los actos de esta naturalez, no generan por sí mismos efectos concretos, de suerte que su derogatoria cuando adolezca de un vicio de ilegalidad, implica el retorno al imperio del orden jurídico abstractamente considerado, por manera que un pronunciamiento jurisdiccional de simple anulación con la finalidad de tutelar el orden jurídico abstracto carecería de objeto y sería inocuo. No ocurre lo propio cuando se trata de actos de contenido particular o de actos de condición, violatorios de una norma superior de derecho y generadores de efectos concretos que, eventualmente, causen daño o lesión. En este caso su revocación, con efectos hacia el futuro, no hace inocuo el pronunciamiento judicial de anulación, pues éste retrotrae sus efectos hasta el momento mismo de la genisis del acto para hacerlo desaparecer del ámbito jurídico hasta el punto de crear la ficción o suponer que jamás existió jurídicamente, con lo cual se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente.

"'En el caso de autos el objeto de la pretensión anulatoria son unos actos de elección, vale decir actos de condición que, por su propia naturaleza, tienen virtualidad para generar directamente efectos jurídicos concretos, por manera que en este proceso no es factible la aplicación de la jurisprudencia sobre la sentencia inhibitoria por sustracción de materia'; por lo que conforme a esta doctrina la Corporación debe declararse inhibida para conocer en el fondo sobre la petición del artículo 5o. del Acuerdo 001 de 1978.

"Referente al segundo acto administrativo acusado y que conforme a la demanda, se dice que es violatorio el artículo 22 de la Ley 1a. de 1943 que determina que en la organización que acuerden los Concejos Municipales en la organización de impuestos de valorización deberá darse intervención a los propietarios beneficiados en cuanto a la formación del presupuesto de la obra y distribución del impuesto como el de facilitarle la inversión de los fondos.

"Pues bien, si se observa el contenido del Acuerdo 009 de 1974, por el cual el Municipio de Acevedo expidió su estatuto de valorización, se tiene que observando los artículos 16 a 23 que tratan sobre la intervención de los propietarios se dispone que esos propietarios tendrán derecho a intervenir en la elaboración del presupuesto y en el estudio de la distribución de las contribuciones, lo mismo que en la vigilancia de la inversión de los fondos. Igualmente se determina que antes de aprobarse la resolución distribuidora de los impuestos se dará aviso a los propietarios en forma general con fijación de cinco días en la que los propietarios inconformes con lo proyectado podrán

dirigirse a la Junta de Valorización a la cual le corresponde determinar el procedimiento que ha de seguirse en las reuniones y votaciones para la elección de los representantes de los propietarios.

"Así entonces la Corporación no encuentra la inquietud esgrimida por la parte demandante con la expedición del artículo 43 del estatuto de valorización, como quiera que la Junta de Valorización en su conformación no vulnera en manera alguna lo determinado por el artículo 22 de la Ley 1a de 1943, norma ésta que está desarrollada en los artículos 16 a 23 del estatuto de valorización de la Ciudad de Acevedo en este departamento".

VISTA FISCAL:

La señora Fiscal Sexta ante esta Corporación emite su vista de fondo en los siguientes términos:

"Por tratarse de la solicitud de nulidad de dos normas diferentes, nos ocuparemos por separado de cada una de ellas.

"Literal "d" del artículo 5o. del Acuerdo 001 de 1978.

"El Acuerdo 001 de 1978 constituye el presupuesto de rentas municipales del Municipio de Acevedo para la vigencia fiscal de 1979 y por consiguiente como lo anotó el Tribunal, su vigencia era transitoria y terminó el 31 de diciembre de 1979. Esta circunstancia sin embargo, en nuestra opinión, no impide a la jurisdicción pronunciarse sobre el pedimento de la demanda, toda vez que la sustracción de materia opera cuando la disposición acusada ha sido abrogada y como consecuencia de ello cesa la violación de la ley y se satisface la finalidad del proceso, no cuando la norma desaparece por haber surtido la totalidad de sus efectos. En este sentido compartimos la doctrina expuesta en sentencia de 11 de octubre de 1968, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en los siguientes términos:

" 'Ha entendido el Consejo que no hay sustracción de materia sino cuando la norma ha sido derogada por quien tiene la facultad de hacerlo cuando ha sido anulada por autoridad competente. Aún cuando una disposición haya dejado de producir efectos, ella está viva jurídicamente en la legislación y debe ser anulada cuando ha violado la ley. En primer término para que se siente doctrina sobre un punto de derecho público, y luego para que el acto no se repita, pues con la tesis de sustracción de materia de los actos que ya no producen efectos se llega a aceptar que la administración puede llevarse por delante la ley en la seguridad de que cuando los Tribunales fallen, el acto violado ha cumplido los efectos que se persiguen'.

"Estimamos por tanto, que el punto primero del fallo apelado debe revocarse y en su lugar conocerse de fondo las pretenciones de la demanda, para lo cual hacemos las siguientes consideraciones.

"Como ya anotamos el Acuerdo 001 de 1978 establece las rentas e ingresos del municipio para la vigencia de 1979 y entre los ingresos tributarios incluye en el artículo 5o. el "Impuesto de delineación y perforación", que describe así:

" 'En caso de edificaciones o reedificaciones, se cobrará este impuesto por una sola vez así:

"a) Por cada metro lineal, frente a la vía pública quince pesos ($ 15).

"b) Por la perforación de cada metro de calles pavimentadas, se pagará a razón de ciento cincuenta pesos ($ 150).

"c) Por la perforación de cada metro de la calle, callejón o vía pública, a razón de cincuenta pesos ($ 50).

"d) *Por cada metro cuadrado de pavimentación en la vía pública, construido por el municipio, a razón de doscientos ochenta pesos ($ 280) el M2. más el 30% por disposiciones legales.*

"PARAGRAFO UNICO. En cualquiera de los casos de perforación, el interesado deberá arreglar en forma satisfactoria, procurando que no quede huella de ninguna clase. Los arreglos de calles, callejones o vías públicas serán recibidos a satisfacción de la Alcaldía Municipal, y por conducto del Personero Municipal, quien fijará el término que debe disponer el interesado para abrir o arreglar la calle sin que en ningún tiempo éste pueda pasar de 72 horas'. (Subraya la Fiscalía el literal acusado).

"Examinada la disposición cuya nulidad se impetra dentro del contexto del artículo transcrito, es indudable que la tarifa o tasa que allí se señala no corresponde a una contribución de valorización. El artículo 5o. incluye entre los ingresos tributarios el impuesto de delineación autorizado inicialmente para el municipio de Bogotá por el literal "g" del artículo 1o. de la Ley 97 de 1913 y luego para el resto de municipios, por la Ley 84 de 1915, le agrega un calificativo más al denominarlo de delineación y "perforación", e indica que se cobrará por una sola vez en caso de edificaciones o reedificaciones:

"El literal estudiado se refiere entonces a la tasa que debe pagar quien por motivo de una edificación o reedificación perfore pavimentación en la vía pública, por la refacción que tenga que hacer el municipio, o sea que simplemente es la estimación del valor de la reparación del daño causado que nada tiene que ver con la contribución de valorización cuyo cobro obedece a razones bien distintas y que afecta a los propietarios de bienes raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local.

"En este orden de ideas, debemos concluir que la norma acusada no tenía por qué sujetarse a las disposiciones del estatuto orgánico de valorización del municipio y en consecuencia, que los artículos 5o., 16, 17, 18 y 20 del Acuerdo 009 de 1974 no fueron violados y por ello debe denegarse la declaratoria de nulidad solicitada.

"*Artículo 43 del Acuerdo 009 de 1974.* Mediante eta norma el Concejo Municipal de Acevedo creó la Junta de Valorización del Municipio como organismo administrativo municipal al que corresponde la organización, establecimiento y distribución de la contribución de valorización y dispuso que la conformarían el Alcalde y dos miembros elegidos por el Cabildo, con sus respectivos suplentes.

"El motivo de inconformidad del accionante radica en que la Junta en mención no le dio participación a los propietarios beneficiados como lo ordena el artículo 22 de la Ley 1a. de 1943.

"La Fiscalía considera que el argumento no es valedero, toda vez que uno es el organismo permanente que a nivel administrativo creó el Concejo para la Administración de lo relativo a la contribución y otras las partes que deben intervenir en el procedimiento de liquidación del gravamen, y si bien por disposición legal, los propietarios beneficiados con la obra deben participar en la determinación de la exacción, no tienen por qué hacer parte integrante del organismo administrativo encargado de su establecimiento y distribución. La Junta pertenece a la administración y los propietarios como los particulares deben intervenir ante ella en cada caso concreto, obviamente, una vez se determine la obra y se indentifiquen los beneficiados con la misma.

"Este planteamiento fácilmente puede evidenciarse dentro del Acuerdo 009 de 1974, pues en capítulo separado se reglamenta en forma por demás completa la "Intervención de propietarios" en la liquidación de la contribución.

"En consecuencia, tampoco tiene razón el accionante respecto a la nulidad del artículo 43 del Acuerdo 009 de 1974, por violación del artículo 22 de la Ley 1a. de 1943.

"Por las razones anotadas, la Fiscalía solicita a la Honorable Sala CONFIRME la denegación de la declaratoria de nulidad del artículo 43 del Acuerdo 009 de 1974, REVOQUE el fallo inhibitorio sobre la nulidad del literal "d" del artículo 5o. del Acuerdo 001 de 1978 y DENIEGUE las súplicas de la demanda respecto a esta última pretensión".

Decisión:

La Sala encuentra correctas las ponderadas observaciones de la señora Fiscal Sexta ante esta Corporación:

1. En su sentir, es incorrecta la apreciación del Tribunal al considerar que como el artículo 5o. literal d) del Acuerdo 1 de 1978 ya no tiene vigencia debe aplicarse la decisión inhibitoria por sustracción de materia. Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción contencioso administrativa deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presente contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la norma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado.

En esta dirección se ha pronunciado en numerosas oportunidades el Consejo de Estado. Una de ellas la apropiada cita que hace la señora Fiscal de la sentencia de 11 de octubre de 1968 de la Sección Primera. Otra importante providencia tienen ponencia del distinguido jurista Humberto Mora Osejo y de ella se transcriben los siguientes apartes:

"... Si el acto fue derogado, dejó de regir o sus efectos se cumplieron, como entidad jurídica persiste y regula las situaciones producidas durante su vigencia, por lo que no puede sostenerse, jurídicamente, que no existe en tales hipótesis materia sobre la cual haya que pronunciar decisión de fondo...".

Esta Sala igualmente en numerosas providencias ha sostenido la tesis que aquí se señala y la reitera una vez más.

Como bien lo anota la señora Fiscal el literal d) del artículo 5o. del Acuerdo 1 de 1978 no está reglando una contribución de valorización sino un impuesto de delineación urbana. Este impuesto es el que rige el literal g) del artículo 1o. de la Ley 97 de 1913 en concordancia con la Ley 84 de 1915. Se trata del tributo que debe pagar al municipio quien con motivo de una edificación perfore el pavimento en vía pública y no tiene nada que ver con la contribución de valorización, la cual, bien es sabido, obedece a razones distintas, el pago de un tributo ligado por parte de quienes reciben el beneficio de una obra pública. Por ello no es posible que el Acuerdo 1 de 1978 (artículo 5o. literal d) que regula el impuesto de delineación urbana haya violado, en modo alguno, las citadas normas del Estatuto de Valorización municipal.

Además, claro es, que en este caso el Estatuto de Valorización es un Acuerdo municipal. Y el acto acusado también es un Acuerdo. Se trata de normas jurídicas de igual jerarquía. No puede hablarse de violación de un Acuerdo por otro Acuerdo pues si tal contradicción se diera habría derogatoria de la norma precedente en el tiempo por la norma subsiguiente.

3. Igualmente es necesario denegar la impetrada nulidad del Acuerdo 9 de 1974 por cuanto lo que establece el artículo 22 de la Ley 1a. de 1943 no es la participación de los propietarios en la Junta de Valorización como lo sostiene el actor, sino dispone que los propietarios tienen derecho a intervenir en la elaboración del presupuesto y en el estudio de la distribución de la contribución participación esta que no se desconoce en el acuerdo acusado como atinadamente lo observan tanto la señora Fiscal como el Tribunal Administrativo del Huila.

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

FALLA:

1. Revócase el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

Deniégase la nulidad del literal d) del artículo 5o. del Acuerdo 001 de 1978 del Concejo Municipal de Acevedo.

3. Confírmase el numeral segundo de 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, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Aforo ¿A quién corresponde?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 10051.
Actor: **Luis Mario Duque.**

Apelación sentencia de 13 de octubre de 1981. Tribunal del Valle del Cauca. Nulidad y suspensión provisional parágrafo 1o. artículo 5o. del Acuerdo 041 de 1972 del Concejo Municipal de Cali.

Autoridades Nacionales.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por sentencia del 13 de octubre de 1981 denegó las súplicas de la demanda formulada por el ciudadano abogado Luis Mario Duque, quien en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo solicitó que se declarara la nulidad del parágrafo 1o. del artículo 5o. del Acuerdo No. 041 del 9 de diciembre de 1972 dictado por el Concejo Municipal de Cali y que dice textualmente:

"Los aforos del impuesto de industria y comercio serán hechos por la Secretaría de Hacienda con aplicación de las tasas vigentes y con base en los listados y montos de activo que le suministren la Cámara de Comercio, los particulares o los que existan en la Sección de Industria y Comercio de la Secretaría de Hacienda. Las resoluciones que fijan tales aforos serán emitidas por el Secretario de Hacienda. Contra tales resoluciones procederán los recursos de reposición ante el mismo funcionario y de apelación ante la Junta de Rentas, Aforos y Reclamaciones.

El actor señaló como violados los artículos 197 numeral 7o. y 201 de la Constitución Nacional y el artículo 183 del Código de Régimen Político y Municipal.

El fundamento de la violación alegada la hace radicar el actor en que por medio de dicho parágrafo se delegó a un Secretario de Hacienda Municipal una facultad que corresponde a los Concejos, con violación de las normas mencionadas.

Al efecto dijo:

"El artículo 197 de la Constitución Nacional dice: "Son atribuciones de los Concejos que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: .... 7a. Autorizar al Alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las cuales corresponden a los Concejos....".

"Se observa entonces que los Concejos Municipales *pueden autorizar a los Alcaldes pro tempore para que ejerzan precisas funciones.* La norma constitucional es muy clara al determinar que la facultad o delegación corresponde al Alcalde pues como lo plantea el artículo 201 de la Carta, que dice: "En todo municipio habrá un Alcalde que ejercerá las funciones de agente del Gobernador, y que será el jefe de la Administración, conforme a las normas que la ley señale." Los dos textos constitucionales señalan el uno que el Concejo Municipal en forma taxativa *puede delegarle sólo al Alcalde*, precisamente por ser este funcionario, el jefe de la Administración Municipal, tal como lo ratifica el artículo 183 del Código de Régimen Político y Municipal que dice: "El Alcalde es el Jefe de la Administración Pública en el municipio, ejecutor de los Acuerdos del Concejo.....".

"En gracia de discusión se plantea que el Congreso de la República podría delegar sus facultades, constitucionales (sic) al Ministro de Hacienda entonces este funcionario subalterno del Presidente de la República produciría las resoluciones que varien los sistemas tributarios. En ese mismo orden de ideas sucedería lo mismo en los departamentos, en los cuales la Asamblea Departamental confiere o delega facultades al Secretario de Hacienda para variar algunas tasas impositivas.

"Con estas argumentaciones he querido demostrar como el parágrafo 1o. del artículo 5o. del Acuerdo No. 041 de diciembre 9 de 1972 violó flagrantemente los textos constitucionales enunciados por haber convertido a una secretaria o funcionario subalterno del Alcalde en supremo Legislador Municipal.

"El segundo aspecto ya enunciado anteriormente hace referencia a la norma de la delegación de funciones.

"El numeral 7o. de la Constitución Nacional en uno de sus apartes es muy claro al decir: "Y ejercer pro tempore, precisas funciones de las que le corresponde al Concejo" (subrayado mío). La misma norma constitucional es tan clara que basta sólo compararla con el parágrafo 1o. del artículo 5 del Acuerdo en mención; que dice: "Los aforos del impuesto de industria y comercio serán hechos por la Secretaría de Hacienda con aplicación de las tasas vigentes y con base en los listados y montos de activos que le suministren la Cámara de Comercio, los particulares o los que existan en la Sección de Industria y Comercio de la Secretaría de Hacienda..." Como se observa la disposición no es precisa en cuanto a las funciones se refiere, máxime en materia tributaria y en ninguna parte figura el término; es decir el lapso de tiempo para ejercer dichas funciones.

"Explicado lo anterior no hay duda alguna que el Concejo Municipal de Cali violó la Constitución Nacional o lo que es lo mismo por violación del sistema jerárquico o piramidal de la ley".

Interpuesto el recurso de apelación que no fue sustendado se tramitó el negocio en esta instancia sin que se observe irregularidad alguna y oído el concepto del señor Fiscal 1o. del Consejo de Estado, quien acoge los planteamientos hechos por el Tribunal recomienda la confirmación de la sentencia apelada.

El Tribunal hizo las siguientes consideraciones para negar las peticiones del demandante:

"En efecto, del estudio cuidadoso del parágrafo 1o. atacado se infiere inicialmente que el aforo o liquidación del impuesto de industria y comercio será realizado por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cali. Y agrega la norma, para no hacer la atribución arbitraria, que tal acto fiscal será reglado, esto es, que en su desarrollo es preciso aplicar las tasas vigentes y tener en cuenta los listados y montos de activos que se suministren por la Cámara de Comercio, los particulares o los que existan en la misma dependencia. Luego, conocido como es que el impuesto de industria y comercio se encuentra creado de tiempo atrás por la ley, síguese que cuando el Concejo, que por razones técnicas no es liquidador, señala el funcionario que debe practicar el aforo, no está haciendo más que darle una función en torno a la primera etapa de la operación administrativa que implica la recolección del tributo, que igualmente por acuerdo se estableció en este lugar. Sin que tal ordenamiento conlleve la posibilidad para el citado aforador de legislar sobre la materia, ya que, se reitera, la función asignada se contrae a la liquidación con base en las TASAS VIGENTES, contempladas en el respectivo estatuto.

"Así las cosas, es preciso concluír que en el caso de autos no se dan las violaciones a que se refiere la demanda, pues como se expresó el Acuerdo 041 de que hace parte el parágrafo cuestionado no se inspira en el traspaso *pro tempore* de competencia contemplado por el artículo 197-7o. de la Carta, ni por la modalidad del caso puede decirse perentoriamente que la asignación de la función liquidatoria del impuesto de industria y comercio sólo puede imponerse por el Concejo al Alcalde y mediante la facultad específica de esta norma constitucional".

El Fiscal por su parte opinó en la siguiente forma:

"Prácticamente la impugnación que el actor hace contra la disposición transcrita, está encaminada aprobar que el Concejo no podía delegar en funcionario diferente al Alcalde el ejercicio de una función inherente al mismo Concejo y que al haberlo realizado en otra dependencia, hace que tal delegación sea ilegal e infractora de normas de superior jerarquía como las invocadas por él.

" "Los aforos del impuesto de industria y comercio serán hechos por la Secretaría de Hacienda...", es una actividad propia de la administración y no de los Concejos Municipales. Aforo es la acción de aforar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua; y ahora, según el mismo glosario, significa conforme a la cuarta aceptación, "reconocer y valuar los géneros o mercaderías para el pago de derechos".

"Considera esta Fiscalía que de acuerdo con el significado del vocablo "aforo", dicha actividad nunca ha sido asignada como competencia a los Concejos Municipales, que por el contrario, es una actividad netamente ejercida por la Administración o ejecutoria y que siendo así, en nada se infringe norma constitucional o legal alguna, mucho menos las citadas por el accionante como violadas por la disposición acusada.

"La atribución 7a. del artículo 197 de la Carta que ejercen los Concejos Municipales, nada tiene qué ver con la actividad a que se refiere el parágrafo impugando, pues una cosa sería el ejercicio de funciones propias del Concejo mediante autorización protempore, que obviamente sólo puede otorgarse en cabeza del Alcalde, y una muy diferente, el ejercicio de funciones propias de la administración que el Concejo puede radicar en cualquier dependencia, de conformidad con la atribución 19 del artículo 169 de la Ley 4a. de 1913.

"Asimismo, una cosa es el establecimiento de impuestos, y otra muy diferente es la liquidación de los mismos, o como dice el acuerdo acusado, "los aforos"...".

La Sala acoge por encontrarlas ajustadas a derecho las consideraciones tanto del Tribunal como de la Fiscalía del Consejo de Estado y estima que sobra cualquier consideración adicional para que las peticiones formuladas no puedan 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:

Confírmase 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 17 de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.—

Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez. No asistió a Sala. p. **Carmelo Martínez Conn.**

Jorge A. Torrado, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

ACCION DE PLENA JURISDICCION DE CARACTER TRIBUTARIO.— Cuándo operaba (Ley 167 de 1941)? El tema en cuestión no tiene operancia en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Las prohibiciones que dejó vigentes la Ley 29 de 1963 quedarán restringidas a aquellas actividades relacionadas con la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios (Reiteración jurisprudencial de la Sentencia de mayo 24 de 1983. Sala Plena. Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 10906. Anales Primer Semestre de 1983. Página 1.141).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 8031.
Actor: **Grasa y Aceites Vegetales S.A. ACEGRASA.**

Apelación sentencia de 3 de marzo de 1981. Tribunal Cundinamarca. Nulidad Resoluciones Nos. 2803 de 1976 y 711 de 1979 de la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.

ASUNTOS MUNICIPALES.

La apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de marzo de 1981, que anuló las Resoluciones Nos. 2803 de agosto 13 de 1976 y 711 de 3 de julio de 1979 dictadas por la Junta Distrital de Hacienda, por medio de las cuales se negó la ratificación de la exención del impuesto de industria y comercio a la sociedad Grasas y Aceites Vegetales S.A. y en consecuencia dispuso que se devolviera a la sociedad actora el valor de los impuestos indebidamente pagados, con fundamento en esas resoluciones.

La impugnadora en la sustentación correspondiente sostuvo lo siguiente:

"a). En primer lugar la Junta Distrital de Hacienda actuó en virtud de lo establecido en el artículo 24 del Acuerdo 8 de 1974. Por el cual se reestructura el régimen de exenciones al impuesto predial y complementarios, que al texto dice:

" 'Autorízase a la Junta Distrital de Hacienda para ordenar la ratificación de las exenciones reconocidas cuando la conveniencia así lo exija, a fin de que los beneficiarios demuestren el cumplimiento de los requisitos que los originaron' ".

"b). Resulta que, la Ley 29 de 1963 en su artículo 3o. dice:

" ' Los impuestos de industria y comercio, creados por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 como impuestos municipales, no podrán ser ninguna materia de exención o

exoneración por ninguna entidad distinta de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá, pero subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria, agrícola y ganadera, y al tránsito de productos alimenticios'.

"Del tenor de la norma transcrita anteriormente se encuentra que, las únicas exenciones que subsisten sobre los gravámenes a la producción primaria, agrícola y ganadera, y al tránsito de productos alimenticios".

Y finalmente alegó:

"En el término probatorio se anexó el oficio UEA-097 de 20 de marzo de 1980, originario del Departamento Nacional de Planeación, suscrito por su Director doctor Eduardo Wiesner Durán, debidamente autenticado. Fotocopia informal, del cual a manera ilustrativa me permito anexar.

"Dicho oficio fue dirigido a esta Personería Delegada en razón de una consulta elevada por mí ante el Departamento Nacional de Planeación, el cual contiene puntos tan importantes, que permiten, aclarar cualquier duda que se pueda tener en razón de la producción de aceites y grasa vegetales, pues se enfatiza así:

"'La industria manufacturera, según la C IIU-2 incluye la agrupación codificada con el número 311 que corresponde a Fabricación de Productos Alimenticios, la cual a su vez, incluye el grupo 3115 denominado Fabricación de Aceites y Grasas Vegetales y Animales. Este grupo industrial comprende las siguientes actividades económicas:

"'..... la producción de aceite crudo, tortas y harinas de semillas oleaginosas y nueces (incluido el aceite de oliva), obtenidos por trituración o extracción; la extracción del aceite de pescado y otros animales marinos y la producción de harina de pescado, la clasificación de aceites y grasas animales no comestibles y la refinación e hidrigenación (o endurecimiento) de aceites y grasas exepto la manteca de cerdo y otras grasas comestibles del ganado, y la producción de la margarina, grasas compuestas para cocinar y aceites mezclados de mesa o ensalada. La fabricación de manteca de cerdo y otras grasas comestibles animales está incluida en el grupo 3111 (Matanza de ganado, preparación, envase y conservación de carnes)'.

"Con base en lo anterior, este Departamento conceptúa que la producción de aceites y grasas vegetales no puede ser la catalogada técnicamente como una producción primaria y que esta actividad se clasifica dentro del sector secundario de la economía".

"Al no ser la producción de aceites y grasas una actividad primaria en verdad si puede ser gravada, y eso fue lo que en su sabiduría la Junta Distrital de Hacienda ordenó.

"La apoderada de la sociedad actora presenta un concepto del Ministerio de Desarrollo del año 1979, para llegar a concluir con base en éste concepto que la firma "ACEGRASAS", estaría incluida en el artículo 3o. de la Ley 29 de 1963 y su decreto reglamentario.

"Discrepo de manera total con la apreciación de la apoderada doctora CRUZ DE QUIÑONES, pues que repito, que con gran evidencia se encuentra que la SOCIEDAD ACEITES Y GRASAS VEGETALES S.A. "ACEGRASAS", se dedica como bien lo anota ella misma en el libelo de la demanda al procesamiento de aceites y grasas vegetales. Y qué indica procesamiento, transformación y cuando hay transformación como lo encontramos en el numeral 12 del artículo 20 del Código de Comercio se esta ejerciendo una actividad de comercio, y por ende no queda contemplada dentro del numeral 4o. del artículo 23 de la misma obra.

"Además, se debe advertir que el aceite no es un artículo de primera necesidad, éste puede ser reemplazado por otros productos. A lo largo del proceso en ninguna parte se acredita, como no se podía acreditar que este fuera un producto de primera necesidad".

Por su parte la apoderada de la sociedad actora solicita que se confirme la sentencia pues estima que ella se ajusta a derecho y en especial por considerar que es evidente la violación del artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 84 de 1984 y al efecto dice:

"La Ley 29 de 1963 al establecer que los impuestos municipales, 'no pdrán ser materia de exenciones o exoneraciones por ninguna entidad distinta de los municipios y el Distrito Especial de Bogotá', no está derogando disposiciones legales vigentes sino regulando el asunto hacia el futuro. De manera que si expresamente no hubiese ratificado la vigencia de la Ley 20 de 1946, esta subsistiría.

"Esta tesis ha sido sostenida por el Honorable Consejo de Estado, a propósito de otras normas prohibitivas anteriores a la Ley 29 de 1963.

"Sobre este particular el Honorable Consejo de Estado dijo en sentencia de abril 20 de 1980 Expediente No. 4424 lo siguiente:

" "Es interesante destacar que la Ley 29 *derogó* las exenciones existentes en el caso del impuesto predial al pago que *estableció que no podrán* establecerse exenciones en el caso del impuesto de industria y comercio, distinción importante porque es claro que toda exención existente a la fecha de la nueva ley en materia de impuesto predial fue eliminada. No así en el caso del impuesto de industria y comercio en el cual el texto legal prohibe establecer *nuevas* exenciones (las subrayas son de la sentencia).

"Así las cosas, la Ley 20 de 1946 y su reglamento Decreto 594 de 1947 estarían vigentes siendo estas normas las que amparan la producción de artículos de primera necesidad, así como los establecimientos, actividades o elementos destinados a su producción. La sociedad actora, al extraer industrialmente el aceite produce artículos de primera necesidad como son los aceites y grasas de consumo humano y por lo tanto estaría cobijada por las normas existentes.

"2.2— Ahora bien, de nuevo haciendo caso omiso del artículo 20 del Decreto Reglamentario No. 84 de 1964 tendríamos que la actividad de ACEGRASAS S.A. se hallaría amparada por la prohibición de la Ley 29 de 1963, Decreto Reglamentario 84 artículo 1o. y Decreto 2024 de 1971, puesto que esta última norma precisó los alcances de las anteriores al definir qué se entiende por producción agrícola o ganadera diciendo que "comprende todas las actividades necesarias para la obtención de los productos y subproductos resultantes de la explotación integrada y unitaria de la misma. En consecuencia los Departamentos y Municipios no podrán gravar esa actividad ni la utilización y venta de productos y subproductos y demás operaciones que se realicen en el proceso unitario de la explotación primaria agrícola o ganadera.

"Así que la producción primaria por esta *definición legal*, comprende una serie de procesos fabriles y manufactureros que lleven hasta la utilización y venta de productos y subproductos.

"Y es que el aceite no es *utilizable* en estado natural puesto que es necesario extraerlo de la semilla de algodón, ajonjolí o soya y luego refinarlo para que se pueda consumir, mediante el procedimiento que quedó descrito en el memorial de la demanda.

"Finalmente, otro argumento a nuestro favor es el siguiente:

"3.3— El impuesto de industria y comercio en Bogotá al tenor de lo establecido en el artículo 2o. del Acuerdo 10 de 1974 recae "sobre todas las actividades industriales comerciales o de servicios con finalidad de lucro que se presume son ejercidas directa o indirectamente por personas naturales o jurídicas. Pero el mismo Acuerdo 10 en su artículo 58 establece "En materia de exenciones se conservan las establecidas en las leyes respectivas", con lo cual se esta respetando la escala normativa y dándole cumplimiento a la Constitución Nacional artículo 197 ordinal 2o. en cuanto al respeto de los Concejos por las normas legales. Así que este artículo también resultaría violado por la Junta de Hacienda al gravar la actividad y el establecimiento de la sociedad que apodero "Aceites y Grasas Vegetales S.A. ACEGRASAS", el cual está destinado a la producción de alimentos de primera necesidad, producción que realiza dentro del proceso integrado y unitario de la producción primaria, como lo ha certificado la Superintendencia de Industria y Comercio, en certificación que obra en el expediente".

Finalmente la Fiscalía Sexta del Consejo de Estado estima en primer lugar que el fallo debe ser inhibitorio porque considera que no cabe la acción de plena jurisdicción en materia de impuestos y el tema debatido en este proceso esta relacionado con el gravamen del impuesto de industria y comercio; subsidiariamente opina que debe revocarse la sentencia de primer grado y denegar las súplicas de la demanda por cuanto reiteradamente ha sostenido el Consejo de Estado que la Ley 29 de 1963 restringió las prohibiciones exclusivamente a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de alimentos.

El actor en su demanda señaló como violados los artículos 183, 53, 56, 57 y 58 de la Constitución Nacional; el artículo 5o. de la Ley 33 de 1916; el artículo 1o. de la Ley 20 de 1946, el Decreto Reglamentario 594 de 1947, el artículo 3o. de la Ley 29 de 1963; los artículos 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario 84 de 1964; Decreto 2024 de 1971 y artículo 58 del Acuerdo 10 de 1974.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En primer lugar, no es atendible la observación de la Fiscalía en el sentido de que el fallo debe ser inhibitorio por considerar que este tipo de acciones solo pueden adelantarse dentro de los términos y presupuestos del juicio de revisión de impuestos ya que tanto el Tribunal como esta Corporación han entendido que al margen del propio juicio de revisión de impuestos, puede ejercitarse la acción de plena jurisdicción de carácter tributario para resolver temas relacionados con impuestos pero cuyos actos administrativos que son materia de juzgamiento, no determinan un monto específico del gravamen sino simplemente establece cual es la obligación de determinado contribuyente enfrente de determinada clase de impuesto.

Como en este proceso se esta discutiendo si la Sociedad Grasas y Aceites Vegetales S.A. es sujeto pasivo del gravamen del impuesto de industria y comercio, es natural que el trámite del negocio corresponda la acción de plena jurisdicción de que hablaba el anterio Código Contencioso Administrativo.

Hoy, por haber refundido el nuevo Código en una sola acción tipificada como la del restablecimiento del derecho todas las formulaciones que tengan que ver con la anulación de un acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho que se considera lesionado, el tema en cuestión no tendría operancia.

En cuanto a la legalidad de las resoluciones acusadas la Fiscalía emitó concepto en la siguiente forma:

"Conviene observar que la resolución acusada se ajusta a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 10 de 1974, expedido por el Concejo Distrital y el artículo 1o. del Decreto Distrital 950 de 1975 que reglamenta aquel acuerdo, disposiciones estas cuya legalidad fue reconocida en auto proferido el 15 de febrero de 1979 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado (expediente No. 5891, ponente: doctor Salazar Tapiero).

"Entonces se estimó, como ya lo había sostenido la Corporación en fallo que invoca la resolución acusada, que los establecimientos industriales en donde se transforma la materia agrícola o ganadera sí pueden ser gravados con el impuesto y (sic) comercio, pues:

" '... fue el propio legislador quien al dictar la Ley 29 de 1963 aclaró el sentido y alcance de las prohibiciones consagradas en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, diciendo que ellas se refieren a la producción primaria agrícola o ganadera y al tránsito de productos alimenticios. Y siendo una interpretación pública, además de ser obligatoria para los jueces, dejo sin efecto el alcance dado en los reglamentos de las leyes interpretadas y que choque con la interpretación auténtica. Además, puesto que se trata de leyes prohibitivas, su alcance no puede extendere ni por analogía ni por extensión a situaciones no contempladas expresamente en ellas'.

"Este despacho comparte, en su integridad, tales criterios jurisprudenciales y considera, por lo tanto, que deben desestimarse las pretensiones del actor y revocar el fallo apelado, máxime, que, si como pretende la sociedad actora, el propósito del legislador hubiera sido cobijar en el concepto de "producción primaria agrícola o ganadera" todas las actividades relacionadas con cada una de las fases del proceso económico de los productos alimenticios, resultaría inocua reiteración la frase empleada en la parte final del artículo 3o. de la Ley 29 de 1963:

" '... y al *tránsito* de productos alimenticios (subraya la Fiscalía).

"Dicha precisión obliga a considerar que en materia de alimentos el beneficio solo cobija su producción *primaria* y el *"tránsito"*. Esto es, se excluyen las demás actividades propias del sector terciario de la economía, como la de financiación y comercialización de productos alimenticios, y, con mayor claridad todas las actividades propias del sector secundario, industrial o de transformación, como las realizadas por la actora.

"Más conviene advertir, que el Decreto 84 de 1964, reglamentario de la Ley 29 de 1963 no cumplió como no podía hacerlo, el alcance del artículo 3o. de dicha ley, ni tampoco lo hizo el Decreto 2024 de 1971, pues, como bien se precisó por el Honorable Consejo de Estado, estos simplemente están dirigidos a "describir, definir y diseñar el alcance de la actividad primaria agrícola o ganadera" noción que es, esencialmente distinta de la fabricación de productos alimenticios. La actividad primaria toca es una labor elemental de origen estrictamente agrícola o pecuaria. *La fabricación implica un proceso de transformación y hace parte de una actividad secundaria de la economía"* (sentencia abril 10 de 1981, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 5964. Actor: Vicente González).

"Observa finalmente la Fiscalía que, aunque la resolución acusada dice cancelar anteriores resoluciones proferidas en sentido contrario, ello, en nuestro criterio, no constituye violación de lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 pues estas últimas solo crearon la situación jurídica individual de exención para los respectivos años en que fueron proferidas y ya habían surtido, por lo tanto, la plenitud de sus efectos. La impropiedad que al respecto se advierte en el Acto acusado no afecta, entonces, la protección que el legislador confiere, con el artículo 24 del decreto antes citado, a las situaciones jurídicas individuales *consolidadas y vigentes*, frente a eventuales abusos de la administración".

La Sala comparte las anteriores apreciaciones de la colaboradora Fiscal pero considera pertinente anotar que el tema fue definitivamente resuelto mediante providencia de Sala Plena del 24 de mayo de 1983 en el negocio distinguido con el No. 10906 en la cual se puntualizó el alcance del artículo 3o. de la Ley 29 de 1963 y el Decreto Reglamentario No. 84 de 1964 que se estimo no contrarió la letra ni el espíritu de la Ley 29, pues por el contrario se acomoda a la interpretación restrictiva que se le ha dado a la ley y que en la sentencia del Consejo de Estado que declaró ajustado a derecho el mencionado decreto, asi se entendio y así se dijo.

En consecuencia por las razones anteriormente expuestas 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:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 10 de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— EXPEDICION.—

1.— El procedimiento o formalidad que se establece en un estatuto para la expedición de un acto administrativo, no es más que una garantía que se concede al administrado y por consiguiente un deber para las autoridades que han de acatar cuando se trata de exteriorizar su voluntad.

2.— Consecuencias de las omisiones o quebrantos de las formalidades de expedición.

3.— Doctrina.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., doce (12) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 3601.
JUICIOS ACUMULADOS
Actor: **Oscar William Achury y Carlos Germán Cubillos A.**

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1981, tanto la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá como el señor apoderado de la parte impugnadora y uno de los apoderados de los demandantes, interpusieron recurso de apelación para ante esta Corporación. En el fallo en mención el Tribunal decidió los procesos acumulados números 79-D-244 y 79 D-261 declarando aprobada la excepción de caducidad en éste último; no probada la excepción de carencia de acción en el primero, y nula la Resolución No. 001 de 14 de marzo de 1979 emanada de la Junta de Planeación Distrital de Bogotá.

La tramitación de la segunda instancia en el Consejo sufrió demoras considerables atribuíbles fundamentalmente a la serie de incidentes y recursos que se propusieron, tramitaron y decidieron en su oportunidad; al número considerable de pruebas que debieron practicarse y a los mismos incidentes que ellas suscitaron.

Las partes presentaron sus alegatos escritos defendiendo sus particulares puntos de vista y el señor Agente del Ministerio Público emitió su concepto de fondo pidiendo la revocatoria de la sentencia en cuanto a los puntos primero y tercero y su confirmación en cuanto al segundo, para que en su lugar, se haga una declaración de inhibición para conocer del proceso 79D-261 y denegar las súplicas de la demanda por considerar que la Resolución No. 001 de 1979 de la Junta de Planeación Distrital de Bogotá, fue proferida en derecho y acorde con las normas vigentes en la fecha de su expedición.

Surtida entonces la tramitación de la segunda instancia se procede a resolver lo que fuere pertinente, previas las *consideraciones* que siguen:

Las demandas que dieron origen a los procesos acumulados son idénticas en cuanto a la relación de los hechos, las disposiciones violadas y el concepto de la violación y tan solo difieren en cuanto a la naturaleza de la acción propuesta, pues en una dice obrar en ejercicio de la acción de nulidad consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 y en la otra en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagra el artículo 67 del mismo estatuto. En ambas se pide la nulidad de la Resolución No. 001 expedida por la Junta de Planeación Distrital de Bogotá D.E. el 14 de marzo de 1979, resolución por la cual se decide sobre un recurso de apelación, y, subsidiariamente, en cuanto en dicha resolución se estableció que el predio del englobe de los lotes de terreno números 1, 2, 3 y 4 de la manzana 60A, de la Urbanización Chicó Norte II Sector, de esta ciudad, debe acogerse a la reglamentación que define el Decreto 281 de 1978, de la Alcaldía Mayor de Bogotá. "... con la observación de carácter urbanístico de que los accesos a la edificación que allí se construya, no deben estar localizados sobre las orejas de la calle 100".

En el proceso 79D-244 la demanda fue propuesta por conducto de apoderado, por las sociedades "ARES LIMITADA" según poder conferido por su representante legal el doctor Gilberto Arango Londoño y "R. E. DE HOYOS & CIA. H. & M. ASOCIADOS LIMITADA" representada por el señor Hernando Hoyos Median. Y en el proceso 79D-261 son demandantes OSCAR WILLIAN ACHURY ALARCON Y CARLOS GERMAN CUBILLOS ACUÑA.

Los hechos de las demandas los resume la Sala en la siguiente forma:

a)— El 2 de noviembre de 1977 el arquitecto Luis Guillermo Angel Villegas formuló consulta previa al Departamento Administrativo de Planeación Distrital tendiente a establecer si en el englobe de los lotes Nos. 1, 2, 3 y 4 que componen la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte II Sector, se podría construir un edificio de apartamentos aplicando las normas contenidas en el Decreto 1119 de 1968. El consultante no se identificó, ni demostró ser propietario de ninguno de los lotes objeto de la consulta, como tampoco afirmó actuar en nombre de otra persona.

b)— Posteriormente el mismo arquitecto presentó al Departamento Administrativo de Planeación Distrital la solicitud No. 204 de 1978 para obtener autorización de construcción de un edificio de 16 pisos en la manzana 60A de la Urbanización Chico Norte II Sector.

c)— Conocedores de las anteriores solicitudes varios vecinos del lugar se opusieron al otorgamiento de la licencia, exponiendo ante el Departamento de Planeación las razones que en su concepto los asiste para ello.

d) El 10 de agosto de 1978 el Director del Departamento Administrativo de Planeación dictó la Resolución No. 75 en la cual se negó la solicitud de permiso elevada por el doctor Luis Guillermo Angel V. "para que se le conceda licencia, permiso o autorización" para la construcción de la edificación en la Urbanización Chicó Norte II Sector; se determinó la existencia de una vía peatonal allí; se aclaró que las contestaciones del doctor Alejandro Páramo Liévano y cualquiera otra producida por el Departamento de Planeación con el mismo tenor, "no constituyen para los interesados ningún tipo de autorización, sino una mera información de acuerdo con lo solicitado por el doctor Luis Guillermo Angel V., ya que no se ha expedido la licencia de construcción respectiva". Y, se ordenó a la unidad de estudios e investigaciones del mismo departamento realizar las encuestas estipuladas en el artículo 8o. del Decreto 159 de 1974 para efectos del desarrollo de la manzana 60A de la urbanización en cuestión.

e) Contra la resolución citada el doctor Henry Gutiérrez Muñoz en representación del señor Luis Guillermo Angel Villegas elevó recurso de apelación, y con fecha 14 de marzo de 1979 la Junta de Planeación Distrital expidió la Resolución No. 001 que revocó en todas sus partes la Resolución No. 75 de 10 de agosto de 1978 y estableció que, "de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el predio resultante del englobe de los lotes de terreno números 1, 2, 3 y 4 de la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte II Sector, de esta ciudad, debe acogerse a la reglamentación que define el Decreto 281 de 1978, de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.E., conla observación de carácter urbanístico de que los accesos a la edificación que allí se construya, no deben estar localizados sobre las orejas de la calle 100". Con esta providencia se agotó la vía gubernativa.

f)— Se advierte que la Resolución 001 expresa en su parte motiva "que la Urbanización Chicó Norte II Sector se encuentra reglamentada por el Decreto 1054 de 1971 con su plano No. 202-41 y en donde se constató que no existe vía peatonal alguna". Y en efecto, anota la demanda, en el plano dicho se puede constatar que no existe vía peatonal alguna, pero el mismo no muestra la Urbanización Chicó Norte, II Sector, sino las manzanas 6, 7, 8 y 9 de la Urbanización Chicó Norte, no existiendo tampoco manzana 60A, ni calle 100.

Se acusa pues la Resolución No. 001 expedida el 14 de marzo de 1979 por la Junta de Planeación Distrital, providencia, "Por la cual se resuelve sobre un recurso de apelación" y en cuya parte resolutiva se dispuso:

"ARTICULO 1o.— Revocar en todas sus partes la Resolución No. 75, de 1o. de agosto de 1978, proferida por el Departamento de Planeación Distrital y, en su defecto, establecer que, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el predio resultante del englobe de los lotes de terrenos número 1, 2, 3 y 4 de la manzana 60A, de la Urbanización Chicó Norte II Sector, de esta ciudad, debe acogerse a la reglamentación que define el Decreto 281 de 1978, de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.E. con la observación de carácter urbanístico de que los accesos a la edificación que allí se construya, no deben estar localizados sobre las orejas de la calle 100."

Se considera por los demandantes que el acto anterior es violatorio de los artículos 2 y 16 de la Constitución Nacional, 65 del Código de Procedimiento Civil, 13 y 17 del Decreto 2733 de 1959, 3, 5 y 8 del Decreto 384 de 1961 del Alcalde Mayor de Bogotá, 8o. del Decreto 159 de 1974, 2, 3 y 8 del Decreto 1020 de 1972 y 2, 9 y siguientes del Decreto 281 de 1978, igualmente expedidos por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, con relación a los cuales se expuso el concepto de la violación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como antes se dijo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo apelado declaró no probada una excepción propuesta por su Fiscal colaborador; declaró probada la excepción de caducidad de la acción de que trata el proceso No. 79D-261 y declaró la nulidad de la Resolución No. 001 de 14 de marzo de 1979, de la Junta de Planeación Distrital de Bogotá.

Con fundamento en el experticio que arrojaron las inspecciones judiciales realizadas por el Tribunal en los expedientes 79D-244 y 79D-261, se llegó en el fallo a la conclusión de que la manzana 60A, donde se encuentra el predio de la discutida licencia de construcción, limita por el norte con una llamada zona dura destinada al tránsito peatonal, la cual limita por el norte con una zona verde de uso público que a la vez limita con una vía vehicular curva con tránsito que une la autopista del norte con la calle 100; en otras palabras, se dice, que la manzana indicada no linda directamente con la calle 100, ni con ésta tiene acceso habida consideración a las definiciones sobre desarrollo urbano traídas al juicio; consecuencialmente, el Decreto 281 de 1978 expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá "por el cual se reglamentan los predios con frente sobre el trayecto comprendido entre la Avenida 100, la Avenida España y la Avenida del Congreso Eucarístico, desde el costado occidental de la Avenida Séptima hasta el costado norte de la Autopista El Dorado", no sería aplicable el presente caso ya que al englobar los lotes 1, 2, 3 y 4 de la manzana 60A daría una sola unidad sin frente sobre la calle 100. En esas condiciones, concluye el Tribunal, la manzana 60A no tiene acceso sobre la calle 100 y, por consiguiente, no le es aplicable el artículo 26 del Decreto 281 de 1978 al predio discutido, razón por la cual la resolución acusada quebranta en forma directa el mismo decreto.

ALEGATOS DE LAS PARTES

1) En esta instancia el señor apoderado de los actores en su alegato de conclusión recapitula y resume las principales razones que apoyan su solicitud de anulación de la Resolución No. 001 de marzo 14 de 1979 acusada. Comenta el Decreto 281 de 1978 reglamentario de los predios con frente sobre ambos costados de la calle 100 y que permite la construcción en altura y la destinación a unos distintos de la vivienda. Estima ilegal el acto de la Junta de Planeación que dispuso someter la manzana 60A a las disposiciones de dicho decreto por las razones que en su escrito puntualiza y que determinan que la violación sea tan burda, que la misma resolución acusada al tiempo de disponer la aplicación del decreto en mención a la manzana dicha, prohibe que los accesos a la edificación que se construya se localicen sobre las orejas de la calle 100. Dice igualmente, que existen otras razones de anulabilidad de la Resolución 001 que se encuentran debidamente expuestas en la demanda; pero que el debate se ha concentrado básicamente a lo analizado. Por último, critica el que se haya traído al proceso un documento proveniente del Catastro Distrital fechado el 4 de junio de 1981 en el que se afirma que los lotes 4 y 1 de la manzana 60A tienen frente con la Avenida 100, y que se haya puesto a los peritos a interpretar normas en conflicto, pretendiendo que su dictamen tenga la virtud de definir el litigio.

2) La apoderada del Distrito Especial de Bogotá en su alegato glosa los cargos que se formulan al acto acusado. Afirma que el Decreto 281 de 1978 de la Alcaldía Distrital no ha sido violado, pues los lotes de terreno números 1, 2, 3 y 4 de la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte II Sector, de esta ciudad, es el de estricta aplicación, como se puede establecer con lo expuesto por los técnicos del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, no siendo aplicable el 384 de 1981 también de la Alcaldía Mayor. Que el Decreto 1020 de 1964 en los artículos 2 y 3 citados por los apoderados de los actores se ocupa de lo relativo a Urbanizaciones y que en el caso de la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte II Sector, no se puede dar ese tratamiento por la simple razón de que este terreno ya fue urbanizado y por ende ya posee reglamentación específica. Y en cuanto a la violación del Decreto 159 de 1974 de la misma Alcaldía, expresa que él no tiene aplicación porque hace referencia al caso en que la urbanización vaya a cambiar, pero que en la situación presente lo que ocurre es que con la integración a un solo terreno o englobe de los lotes 1, 2, 3 y 4 de la tan mentada manzana 60A debe aplicarse el Decreto 281 de 1978, por cuanto dicho globo de terreno tiene por el norte como lindero la calle 100.

3) Y el señor apoderado de la parte impugnadora en su escrito pide que se revoque el fallo apelado y en su lugar se nieguen las peticiones de la demanda. Analiza las bases del fallo del Tribunal y dice que una equivocada apreciación o una tergiversación de los hechos, lo mismo que la aplicación errónea de las normas que reglamentan las construcciones y la utilización de predios de características especiales, localizados sobre las vías arterias de la magnitud de la Avenida o calle 100, fue lo que produjo la decisión injurídica del Tribunal. Que la importancia de esta vía sobrepasó las consideraciones que originalmente sirvieron para reglamentar las construcciones de la Urbanización Chicó Norte II Sector. Que en virtud del Decreto 281 de 1978 y por la unificación que se ha hecho de solares para aumentar sus áreas regionales, se ha logrado el extraordinario desarrollo urbanístico que hoy se ve en la calle 100, que supera de manera extraordinaria las previsiones que inicialmente se hicieron para permitir constuir sólo residencias unifamiliares con una altura máxima de dos pisos; excepcionalmente continúan existiendo algunas casas antiguas en este sector, cuya utilización como residencia va en contra de la realidad comercial e industrial del desarrollo moderno del área. Que sus poderdantes antes de comprar los diferentes inmuebles que componían la manzana 60A, fueron elevando consultas a Planeación Distrital para estar seguros de que unificando y englobando los lotes en que se dividía dicha manzana para integrar una unidad de más de 3.000 metros cuadrados de área, podían levantar un edificio adecuado; los estudios que se realizaron y los costos que se causaron y pagaron, lo mismo que el lucro cesante de los capitales invertidos en los inmuebles constituirán en caso de que a sus poderdantes se les aplicara, un trato discriminatorio. Esas circunstancias de hecho, expresa, fueron probadas en esta instancia específicamente con la inspección judicial aquí practicada, que analiza en detalle para concluir: a) Que el lote englobado que constituye la manzana 60A de autos, tiene una extensión conforme al dictamen pericial que permite levantar edificios con el límite de altura que preven las normas distritales (Decreto 281 de 1978; b) Que la manzana 60A tiene frente sobre la calle o avenida 100; c) Que dicha manzana tiene acceso peatonal directo sobre la calle o avenida 100 de Bogotá; y d) Que la misma manzana puede tener acceso vehicular directo sobre la calle 100, pero por las características del predio deben utilizarse las soluciones previstas en el artículo 31 del Acuerdo Distrital 2 de 1980.

Expone luego el señor apoderado de la parte impugnadora los que denomina problemas de técnica procesal, anotando, en primer lugar, que el Departamento de Planeación Distrital, no concede ni niega licencias de construcción sino que tan solo emite conceptos y realiza estudios y que como al iniciarse el presente proceso no eran demandables los "conceptos" ni la Resulución No. 75 de 1978, ni la Resolución 001 de 1979 que la revocó, ya que no eran creadores de una situación jurídica particular y

concreta que implique una prohibición o negativa definitivas, como tampoco creadoras de una situación general y abstracta. Por ello estima que los actores no tenían personería para instaurar la demanda, lo que determina una excepción que debe ser declarada de oficio porque: a) el Tribunal concluyó que la acción de simple nulidad no era procedente porque no se trataba de un acto creador de una situación jurídica general y abstracta sino que se requería la demostración de un interés jurídico particular que justificara la demanda; por ello declaró probada la excepción de caducidad, determinación injurídica porque la acción de nulidad no caduca; b) En cuanto a la acción instaurada por "Ares Ltda. y R.D. Hoyos y & Cía H. & M. Asociados Ltda. por conducto de apoderado, éstas entidades no tenían interés jurídico para demandar en acción de restablecimiento del derecho, puesto que el concepto de "vecino" no puede aplicarse a personas jurídicas porque él se refiere a quienes "habitan con otros en un mismo pueblo, barrio o casa"; c) No fueron presentadas las pruebas para establecer la propiedad y posesión de los inmuebles de la calle 98 No. 21-59 y 22-39 sobre las casas de que son propietarios las sociedades demandantes, pero de todas maneras lo que puede justificar el interés de un "vecino" para que no se levante una edificación que no cumpla con todos los requisitos legales y cuya construcción puede implicar que se cambie el aspecto o la fisonomía del barrio, no se cumplen en el caso de las demandantes porque ni residían ni habitaban en los inmuebles citados, sino que los poseían para fines comerciales o industriales; d) Cuando en una urbanización la totalidad de la manzana llega a convertirse en un solo predio, no hay propiamente predios vecinos, porque el concepto de vecindad debe referirse los colindantes dentro de una misma manzana, lo que no acontece cuando un predio constituye un ente urbanístico diferente de los demás por haber superado un mínimo de área y por tener características físicas especiales, como son la de gozar de frente y acceso a una vía arteria y de disfrutar de un área o cabida especial; y e) Las acciones contenciosas de nulidad y de plena jurisdicción no son acumulables porque son excluyentes.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía no está de acuerdo con la excepción de caducidad que declaró el Tribunal en el expediente 79D-261, pues estima que entraña una modificación a la jurisprudencia sentada por el Consejo en el año de 1961. Dice que es evidente que la acción intentada por los actores del juicio 79D-261 es la de simple nulidad, no sólo porque así lo declararon "en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo" (folio 1), sino porque además actuando como simples ciudadanos y no teniendo la calidad de abogados, era la única acción posible. Que es incuestionable que la demanda fue presentada ante el Tribunal el 2 de agosto de 1979 y que el acto acusado fue notificado a los terceros intervinientes por edicto desfijado el 29 de marzo de 1979 y lo que indica que el término límite para invocar la acción sea de simple nulidad o de plena jurisdicción de conformidad con la doctrina de los motivos determinantes, era el día 30 de junio de 1979; que la demanda en el proceso 79D-261 se presentó tres días después del vencimiento del término a que hace referencia el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Al efecto el señor Fiscal cita y transcribe los pasajes sobresalientes de la sentencia en mención y afirma que en casos como el que se analiza en el proceso dicho, el contencioso objetivo será admisible si la demanda se presenta dentro del término de cuatro meses cuando se actúa contra actos de contenido particular y concreto como el que se estudia. De no ser así, esto es, cuando la demanda se presenta después de los cuatro meses, en el momento de estudiarla para su admisibilidad el Magistrado deberá rechazarla por no cumplir los requisitos a que se ha hecho alusión. En el caso *sub-júdice* anota, el rechazo no tuvo operancia, sino que por el contrario fue admitida sin existir o poderse constituir válidamente la relación jurídica del proceso y así en el momento de llegarse a la sentencia el fallo debe ser inhibitorio; por ello considera que el pronunciamiento del Tribunal no está incluido dentro de la técnica jurídica, ni dentro de la jurisprudencia

de esta corporación, sino que se contrapone a ellas, razón por la cual la sentencia debe ser revocada y en su lugar declararse un inhibitorio para entrar en el fondo de la *litis*.

En cuanto al aspecto de fondo de la controversia, también el señor Fiscal es del parecer que la decisión del *a-quo* debe revocarse pues encuentra que del nuevo peritazgo realizado en esta instancia y las definiciones que trae el Acuerdo 2 de 1980 se puede inequívocamente establecer que la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte II Sector sí tiene frente y acceso sobre la calle 100, desvirtuándose así el argumento único que tuvo el Tribunal para decretar la nulidad del acto acusado. Analiza en detalle el plano 202/4-5 que involucra un cuadro de cesión de zonas con la demarcación de los mojones de la Urbanización Chicó Norte II Sector y concluye observando, como lo hace el peritazgo, que la delimitación de calle o Avenida 100 sigue siendo la misma de la época de la cesión de las zonas hasta hoy, sobre todo en la parte que interesa al proceso. Hace hincapié en las afirmaciones que trae el Acuerdo No. 2 de 1980 de ancho de vías, sección transversal de ellas, separador etc., las que considera que concuerdan con las descripciones contenidas en el peritazgo y en base a las cuales puede deducirse que efectivamente la calle 100 entre transversales 22 y 23 está integrada, no sólo por las calzadas, sino además por las orejas y zonas verdes o duras, así como los andenes. Y para confirmarlo, se remite al Parágrafo 1o. del artículo 13 del Acuerdo 2 de 1980 mencionado. En relación con el término "acceso" cuya falta sirvió de fundamento al fallo apelado, se remite a lo prescrito por el artículo 21 del Decreto 281 de 1978 sobre "englobes" y a las definiciones que da el Diccionario de la Real Academia Española, e infiere de todo ello que en tratándose de un predio urbano como el que está en discusión que es la entrada, camino o la forma de llegar o acercarse a él, desde una zona de uso público que para el caso en estudio sería el acceso peatonal, dado que el lindero del predio da directamente sobre el andén inmediato a los lotes 1 y 2 de dicha manzana, y que de acuerdo con la resolución acusada, no tendrá acceso vehicular por la calle 100.

Planteadas así las cosas, procede la Sala a exponer su criterio en torno a la controversia que desató el Tribunal de Cundinamarca en la sentencia que ha sido objeto de apelación.

Y dentro de un orden lógico, debe en primer lugar referirse a las excepciones que proponen tanto el señor apoderado de la parte impugnadora como el señor Fiscal Primero del Consejo, así:

a) El señor apoderado de los impugnadores considera que en cuanto a la acción instaurada por "Ares Ltda. y R. D. DE HOYOS & CIA. H. & M. ASOCIADOS LIMITADA", éstas entidades no tenían interés jurídico para demandar en acción de restablecimiento del derecho, circunstancia que tipifica un medio exceptivo.

Conforme al inciso segundo del artículo 30 de la Constitución Nacional, "La propiedad es una función social que implica obligaciones". De ahí que los permisos o licencias de construcción tengan por objeto no solamente la protección la supervigilancia por parte del Estado del destino que las personas den a la propiedad y las limitaciones para efectos de la prestación de los servicios públicos como agua, luz, alcantarillado, acueducto, etc, sino también garantizar en forma clara y concreta los derechos tanto de los peticionarios como de los vecinos de éstos, indudablemente, sean personas naturales o jurídicas. Por ello a nivel municipal existen normas de carácter general, como los códigos de construcciones, que contienen todas las reglamentaciones sobre el particular en materia de zonas residenciales, comerciales, industriales, especificaciones acerca de las construcciones, etc., teniendo en cuenta las necesidades mismas de la comunidad y sin desconocer el interés de los vecinos que, obviamente, pueden resultar afectados por las obras que se inicien y adelanten en desarrollo de permisos, autoriza-

ciones o licencias que otorguen las autoridades respectivas, todo lo cual explica y justifica el interés de los mismos en las acciones contencioso administrativas como la presente.

Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia del 26 de octubre de 1973 (Anales 439 y 440, 2o. semestre, página 343) expresó lo siguiente:

"... el objeto de las normas sobre urbanizaciones y edificaciones además de la finalidad de delimitar hasta donde pueden las autoridades prestar los servicios públicos a los particulares y garantizar sus bienes, tienen como fin garantizar ciertos derechos de los vecinos o colindantes del peticionario de una licencia, es lógico concluir que los actos que concedan esas licencias o permisos deben ser conocidos por todas las personas que en forma concreta puedan sufrir perjuicios con la decisión de la administración, lo que podrán atacar en la etapa gubernativa utilizando los recursos administrativos de ley. La razón de tal manifestación se encuentra en los artículos 16, 26 y 30 de la Carta que consagran la obligación que tienen las autoridades de proteger los bienes de las personas y sus derechos, así como garantizar el derecho de defensa de los ciudadanos contra todos los ataques a los mismos. Si las licencias de construcción solamente tuvieran como única finalidad el interés del Estado de que sus ciudades sean armónicas y las edificaciones gocen de todos los servicios que el mismo debe prestar, se impediría que la misma administración tuviera medios para defender y garantizar la propiedad inmueble en toda su extensión."

De suerte pues, que es indiscutible que las sociedades demandantes, cuya existencia está acreditada en autos, tienen interés en los permisos o licencias que se concedan para construir en la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte II Sector, igual al que pueden tener los señores Oscar William Achury Alarcón y Carlos Germán Cubillos Acuña, también demandantes. Y así las cosas, en sentir de la Sala, no existe el medio exceptivo invocado por el señor apoderado de la parte impugnadora.

b) El señor Fiscal, como antes se ha expresado, con fundamento en jurisprudencia del Consejo que cita y transcribe, afirma que en casos como el planteado en el proceso 79D-261 el contencioso objetivo será admisible si la demanda se presenta dentro del término de cuatro meses cuando se actúa contra actos de contenido particular y concreto, y que de no ser así, en el momento de estudiar la admisibilidad de la demanda el Magistrado deberá rechazarla por no cumplir el requisito anotado. En el caso de autos dice, el rechazo no se operó sino que por el contrario se admitió sin poderse constituir válidamente la relación jurídica procesal, y, en tales condiciones, en el momento de llegarse a la decisión final, el fallo debe ser inhibitorio. Por ello discrepa de la sentencia del Tribunal que declaró probada la excepción de caducidad.

La Sala estima que el señor Fiscal ha incurrido en una confusión, pues la doctrina y la jurisprudencia tienen establecido ya de vieja data, que en dos oportunidades compete y es obligatorio estudiar si se cumplen o no los presupuestos procesales; en el momento de admitirse una demanda y en el momento de pronunciarse la decisión final. De tal manera que si en la primera se desecha u omite o se incurre en inexacta apreciación, se puede enmendar la omisión o el error en la segunda.

Así mismo, el Consejo en no pocas oportunidades ha dicho que la excepción de caducidad de la acción puede y debe declararse o en el momento de la admisión de la demanda, inadmitiéndola por ello, o en el momento de pronunciar el fallo definitivo, declarándola e inhibiéndose consecuencialmente el Juzgador de considerar lo que constituye el fondo de la acción.

Y es que en realidad, flaco servicio se le prestaría a un litigante admitiendo una demanda cuya acción está caducada, cuya oportunidad para ejercitarse ha precluido definitivamente por acción del tiempo; y si por error o inadvertencia se incurre en ello, en la sentencia habrá que enmendarse el error, declarando la correspondiente excepción.

"La tesis de que el punto no debe decidirse ahora sino en el fallo, es inaceptable y sobre él ambas Salas del Consejo se han pronunciado en innumerables ocasiones. Estando condicionada la competencia del Consejo al hecho de que la demanda sea presentada dentro de los términos legales, que en este caso son de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia definitiva (artículo 83), ese hecho viene a constituir un presupuesto de la acción de forzoso estudio previo, como lo ha hecho el Consejero sustanciador, pues de tal estudio ha de resultar si la acción subsiste o ha desaparecido. Y esto ha sido tan claro que cuando quiera que por inobservancia se ha dado curso a una demanda presentada fuera de los términos de que se viene hablando, el Consejo no se ha considerado obligado a dar un pronunciamiento de fondo sobre la materia del litigio y ha procedido, tardía pero jurídicamente, a declarar la prescripción de la acción. Esto es además, un modo de actuar impuesto por el principio de la economía procesal, pues carece de sentido práctico poner en marcha el órgano jurisdiccional así como comprometer el tiempo y el dinero de los litigantes en acciones que desde un principio y por el aspecto que se estudia, están destinadas al fracaso" (Anales 399-400, página 89).

La actuación del Tribunal al declarar la excepción de caducidad en el proceso No. 79-D-261 está ceñida a los criterios aquí indicados y el hecho de que expresamente no se hubiera declarado inhibido por tal motivo, para una decisión de fondo, no le resta ningún mérito a su decisión, pues efectivamente y de acuerdo con la doctrina de los motivos determinantes y las finalidades del acto consagrado en el Consejo a partir del año de 1961, aplicable a la acción propuesta en el proceso dicho, aquella había caducado en la forma como lo estableció el Tribunal *a-quo*.

EL PROBLEMA DE FONDO

Como atrás se dijo, los demandantes consideran que el acto acusado es violatorio de los artículos 2 y 16 de la Constitución Nacional; 65 del Código de Procedimiento Civil; 13 y 17 del Decreto 2733 de 1959; 3, 5 y 8 del Decreto 384 de 1961 del Alcalde Mayor de Bogotá; 8o. del Decreto 159 de 1974; 2, 3 y 8 del Decreto 1020 de 1972 y 2, 9 y siguientes del Decreto 281 de 1978, igualmente expedidos por el señor Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá.

De seguirse en esta providencia el orden consignado en las demandas al desarrollar el capítulo de las normas violadas y el concepto de la violación, debería en primer término examinarse lo referente a la violación de los Decretos 384 de 1961, 159 de 1974 y 281 de 1978 del Alcalde Mayor de Bogotá en materia de urbanizaciones, específicamente de la Urbanización "Chicó Norte, Segundo Sector". Sin embargo, el estudio del problema de un modo más práctico y lógico, indispensablemente debe alterar ese orden, pues es evidente que por razones de método, de los cargos formulados en las demandas, la Sala deba concretar su estudio en primer término al tercero, relativo a la *"Violación del Código de Procedimiento Civil, artículo 65 y del Decreto 1020 de 1974, del Alcalde Mayor de Bogotá"*, por cuanto es un cargo que tiene que ver con la expedición misma del acto acusado, cargo que de prosperar, haría inútil el estudio de los demás.

El cargo es sustentado en la forma que a continuación se resume:

Que el 2 de noviembre de 1977 Luis Guillermo Angel Villegas formuló consulta previa al Departamento Administrativo de Planeación Distrital en orden a establecer la posibilidad de construir en altura sobre la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte, Segundo Sector.

Que el Decreto 1020 de 1974 reglamentario del Acuerdo No. 22 de 1972 en su artículo 2o. define la consulta previa; en el artículo 3o. define la persona interesada que puede consultar y el artículo 8o. señala los requisitos que debe llenar toda solicitud de consulta previa.

Que el señor Angel nunca demostró tener interés jurídico para la consulta previa, ni demostró ser propietario, ni tampoco dijo actuar en nombre de un propietario, ni bajo autorización "en documento auténtico", concedida por el respectivo propietario.

Que con violación del numeral 1o.del artículo 8o. del Decreto 1020 de 1974, el señor Angel tampoco señaló en su consulta previa el nombre, dirección e identificación del interesado.

Que la Resolución No. 75 de 1978 resolvió sobre dos peticiones: la solicitud de licencia de construcción hecha por el arquitecto Luis Guillermo Angel y la consignada en el escrito de 28 de abril en el cual los vecinos se oponían al pedido del señor Angel. Dicha resolución fue notificada al señor Henry Gutiérrez en su calidad de "apoderado" de Angel, y en esa misma calidad apeló de ella.

Que si los demandantes tenían el interés de propietarios, cuestión que se preocuparon de demostrar desde un principio, el señor Angel y el doctor Gutiérrez nunca demostraron a que título actuaban. De suerte que unos ciudadanos que no demostraron ningún interés jurídico, que ni siquiera tenían título para hacer una consulta previa intentaban vulnerar los derechos reconocidos en la Resolución No. 75 de 1978, a unos ciudadanos con interés claramente demostrado desde un principio. Por ello no entiende a qué título lo hacía el señor Gutiérrez al apelar de la resolución citada, porque no exhibió ninguno, ni qué interés jurídico representaba porque tampoco demostró alguno que pudiera oponerse al de los propietarios.

Que aceptando en gracia de discusión que el señor Angel tuviera algún interés jurídico, en todo caso el señor Gutiérrez no tenía ningún poder para apelar la Resolución No. 75 de 1978.

Que el poder que confirió Angel a Gutiérrrez es "para que me represente ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital en todas aquellas diligencias, actos, resoluciones, decretos, etc., en los cuales debo yo comparecer personalmente", sin que en ninguna parte del mismo poder se mencione la solicitud para la manzana 60A, ni la apelación de la Resolución No. 75 de 1978. Consecuencialmente, se trata de un poder general que no fue conferido por escritura pública y que nunca fue presentado personalmente transgrediéndose así flagrantemente el inciso primero del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

Que en conclusión, la apelación fue invocada por alguien que no tenía poder, puesto que el presentado no era especial ya que no determinaba los asuntos de modo que no pudieran confundirse con otros, y no era general puesto que no constaba en escritura pública; por consiguiente, la resolución acusada es el resultado de una apelación interpuesta por un "interesado" que no tenía interés, mediante un "apoderado", que no tenía poder, y así los derechos de quienes tenían un claro interés jurídico y estaban debidamente representados fueron puestos en cuestión por alguien que nunca demostró su interés jurídico y que como si fuera poco, carecía de poder.

Tal es pues, sintentizado, el cargo que va a analizarse.

El Decreto 1020 de julio 31 de 1974 expedido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá D. E., regula el procedimiento al cual deben someterse tanto los particulares como la Administración Distrital, según su artículo primero, para los efectos de los planes o programas de urbanización que se proyecten adelantar en el territorio del Distrito Especial de Bogotá.

El Capítulo I del Decreto en mención regula lo relativo a la Consulta Previa, y en su articulado está concebido asi:

"Artículo 2o.— *Noción.*— Se denomina consulta previa la solicitud que la persona interesada en adelantar un plano o programa de urbanización dirige al Departamento Administrativo de Planeación Distrital con el fin de establecer la posibilidad de urbanizar un globo de terreno determinado y las condiciones exigidas para tal fin por las normas urbanísticas vigentes.

"Artículo 3o.— *Persona Interesada.*— Constituye persona interesada para formular consulta previa toda persona natural o jurídica propietaria del predio objeto de la solicitud debidamente autorizada por escrito, en documento auténtico, por el respectivo propietario.

"Artículo 4o.— *Solicitud Conjunta.*— Cuando la persona interesada no vaya a adelantar directamente la actividad urbanizadora deberá presentar su solicitud conjuntamente con la persona o entidad que va a realizar la urbanización.

"Artículo 5o.— Señalamiento de arquitecto o ingeniero.— La persona interesada podrá designar desde el mismo momento de la presentación de la solicitud del Ingeniero o Arquitecto matriculado e inscrito ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital que intervendrá en la tramitación para los efectos técnicos a que haya lugar.

"Artículo 6o.— *Identificación de la persona que presenta la solicitud.*— El interesado o la persona que debidamente autorizada por él presente la solicitud de consulta previa, deberá identificarse ante los funcionarios del Departamento Administrativo de Planeación y de ello se dejará expresa constancia.

"Artículo 7o.— *Información preliminar.*— Antes de la solicitud formal de consulta previa la persona interesada podrá obtener del Departamento Administrativo de Planeación la información preliminar indispensable acerca de las posibilidades y limitaciones de carácter general en desarrollo urbanístico en el área que será objeto de urbanización. De esta información se dejará constancia escrita, copia de la cual se entregará al interesado, pero su contenido sólo tendrá pleno valor cuando sea ratificado por la respuesta administrativa a la consulta previa. Es requisito indispensable para solicitar la información preliminar presentar la localización y área del terreno sobre el plano de Bogotá, levantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi a escala 1.2000.

"Artículo 8o.— *Requisitos.*— Toda solicitud de consulta debe ser presentada por escrito, en papel común, ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y debe contener:

"1.— Nombre, dirección e identificación del interesado.

"2.— Documentos que acrediten la existencia y representación si se trata de personas jurídicas.

"3.— Autorización por escrito, en documento auténtico del propietario si es el caso.

"4.— Señalamiento del Arquitecto o Ingeniero matriculado e inscrito ante el Departamento Administrativo de Planeación que intervendrá para los efectos técnicos, si es el caso.

"5.— Nombre propuesto para la Urbanización. Cuando se utilice un nombre ya existente, deberá acompañarse documento que acredite la respectiva autorización del propietario del nombre.

"6.— Ocho (8) juegos de copias heliográficas de las planchas correspondientes al plano de Bogotá a escala 1.2000 levantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en las cuales se debe indicar la localización y área aproximada del predio que se pretende urbanizar.

"7.— Tipo de desarrollo urbanístico propuesto.

"Artículo 9o.— *Presentación del plano topográfico conjuntamente con la solicitud de consulta previa.* El interesado podrá presentar el plano topográfico de conformidad con los requisitos señalados en el artículo 18 del presente decreto, conjuntamente con la solicitud de consulta previa. En este caso el interesado deberá presentar igualmente ocho (8) juegos de copias heliográficas de la reducción a escala 1.2000 del plano topográfico, requisito este que constituye el indicado en el punto 6 del artículo anterior. La aprobación o las observaciones al plano topográfico deberá cumplirse simultáneamente con la respuesta administrativa a la solicitud de consulta previa".

El capítulo segundo del Decreto 1020 de 1974 se refiere a la respuesta administrativa a la consulta previa, y en sus artículos 10, 11 y 12 dice lo siguiente:

"Artículo 10.— *Noción.*— La respuesta Administrativa a la consulta previa, es el acto por medio del cual el Comité Técnico Coordinador de Servicios Públicos e Interventoría de obras comunica al solicitante el uso, tipo de desarrollo, especificaciones urbanísticas, afectaciones generales, posibilidad de prestación de servicios públicos y cesiones obligatorias, de conformidad con las normas vigentes, relativos al predio sobre el cual ha versado la consulta.

"Artículo 11.— *Notificación.* La respuesta administrativa a la consulta previa se hará conocer a la persona interesada por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, mediante la notificación personal del acto administrativo a ella o a la persona debidamente autorizada mediante documento escrito y auténtico. Los términos y modalidades de la notificación serán los señalados en el Decreto 2733 de 1959.

"Artículo 12.— *Recursos.*— Contra el acto de respuesta administrativa a la consulta previa proceden, dentro de los términos indicados en el Decreto 2733 de 1959, los recursos de reposición ante el Comité Técnico Coordinador de Servicios Públicos e Interventoría de Obras y de apelación ante el Alcalde Mayor de Bogotá. Los recursos podrán interponerse de manera principal o subsidiaria".

De suerte que el Decreto 1020 de 1974 fijó una serie de trámites y requisitos que deben cumplirse para que la Oficina de Planeación Distrital absuelva la Consulta Previa que se le formule en torno a un plan o programa de urbanización que se proyecte adelantar en el Distrito. Esas normas exigen un procedimiento, en forma determinada para la conformación del acto administrativo que resuelve la consulta en forma tal que si éste se emite por conductos distintos, por cauces irregulares y en condiciones que revelen que el rigor del procedimiento se ha desconocido, tal circunstancia conduce de modo inexorable a que ese acto sea invalidado.

Consta en autos (folio 213 expediente 79D-244), que el señor Luis Guillermo Angel Villegas con oficio del 2 de noviembre de 1977, radicado bajo el número 24810, solicitó al Departamento Administrativo de Planeación Distrital —Arquitecto Jefe Zona 7.— Doctora Clara Eugenia Vesga, notificarle, "si en el englobe de los lotes Nos. 1, 2, 3 y 4 que componen la manzana 60A de la Urbanización Chicó Norte II Sector, se podría construir un edificio de apartamentos aplicando las normas contenidas en el Decreto 1119 de 1968".

Con oficio del 17 de noviembre de 1977 (folio 214 expediente 79D-244), el Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico informa al solicitante "que según Decreto 1054 de 1970 de la urbanización en su artículo III " "En caso de modificarse los lotes existentes estos no deberán tener un área menor de 1000 M2 y un frente menor de 20 metros, para los cuales se podrán aplicar las normas del Decreto 1119 de 1968, Capítulo II, artículo 18, zonas residenciales en densidad baja, el cual podrá ser consultado en las oficinas de esta Dependencia".

Posteriormente y con oficio No. 204 del 13 de enero de 1978, el mismo doctor Luis Guillermo Angel Villegas se dirigió al Departamento Administrativo de Planeación Distrital (folio 23 autos administrativos), expresando lo siguiente:

"Adjunto a la presente estamos enviando a ustedes un anteproyecto de un edificio que se construirá en la Avenida 100 con transversal 22 y 23 de esta ciudad, para que sea aprobado por parte de Uds.

"El anteproyecto ha sido elaborado en base a la consulta previa que fue hecha ante esa entidad y acogiéndose a las reglamentaciones que existen para dicho lote.

"En espera de contar en breve con su respuesta, me suscribo de ustedes. Atentamente, Luis Guillermo Angel. Matrícula No. 8.340".

Varios propietarios vecinos del sector donde se proyectaba la construcción del edificio aludido, solicitaron al Departamento de Planeación Distrital se negara todo permiso o licencia o autorización para ello, por ser violatorio del Decreto 384 de 1961 que en su artículo 5o. numeral primero, sólo permite en el Chicó Norte, Segundo Sector, la construcción de "edificaciones de 1 y 2 pisos".

El Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital expidió la Resolución No. 75 de agosto 10 de 1978, "Por la cual se resuelve la consulta relacionada con la solicitud de un proyecto para la construcción de los predios localizados entre calles 98 y 99 con transversales 22 y 23 de la manzana 60A urbanización "Chicó Norte Segundo Sector". En dicha resolución se niega la solicitud de permiso elevada por el doctor Luis Guillermo Angel V. para que se le conceda licencia, permiso o autorización para construir una edificación de 16 pisos en los lotes 3 y 4 de la manzana 60A, de la urbanización dicha, por las razones que allí mismo se expresan, y se toman algunas determinaciones sobre otros aspectos referentes a la misma manzana.

El doctor Henry Gutiérrez Muñoz obrando como apoderado del doctor Luis Guillermo Angel Villegas, interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución. Para ello presentó un poder especial otorgado por aquél el 14 de agosto de 1978 para representarlo ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, "en todas aquellas diligencias, actos, resoluciones, decretos, etc., en los cuales debo comparecer personalmente. El doctor Gutiérrez tiene facultades de notificarse de las resoluciones, interponer recursos y todas las que sean necesarias para el ejercicio de este mandato". (folio 11 actos administrativos).

Al sustentar el recurso de apelación con el memorial del folio 9 de los actos administrativos, el apoderado no dice con que carácter se presenta el doctor Luis Guillermo Angel, así como tampoco lo dijo éste al formular la consulta previa. Es uno de los apartes del memorial y como para justificar esta omisión, se dice que:

"Es de todos conocido que en Bogotá, antes de cerrar un negocio el eventual constructor, consulta a planeación sobre la utilización que pueda darse al lote. Sobre esa base se compra o no el inmueble. El presente caso no tenía porque (sic) ser ajeno a lo acostumbrado. Por ejemplo, el acuerdo 22 de 1972, estableció expresamente el sistema de que *el interesado formule la consulta previa* al Departamento de Planeación Distrital, para establecer la viabilidad de un proyecto".

Ya se vió como la norma reguladora de la consulta previa es el Decreto 1020 de 1974 que en su artículo 3o. dice que constituye persona interesada para formular consulta previa toda persona natural o jurídica propietaria del predio objeto de la solicitud debidamente autorizada por escrito, en documento auténtico, por el respectivo propietario y con observancia plena de los requisitos señalados en el artículo 8o. que entre otros, exige el nombre, dirección e identificación del interesado; documentos que acrediten la existencia y representación de las personas jurídicas, si de ellas se trata; autorización por escrito, documento auténtico, del propietario, si el caso, y la indicación del arquitecto o ingeniero que intervendrá para los efectos técnicos, también si es el caso.

Y es que debe destacarse aquí que para la construcción del edificio de la calle 100 se constituyó una sociedad según escritura No. 3901 (folios 198 y siguientes expediente 79D-244), otorgada ante el señor Notario 13 del Círculo Notarial de Bogotá el 5 de diciembre de 1978, que giraría bajo la denominación social de "EDIFICIO CALLE 100 LIMITADA", sociedad de carácter comercial y de responsabilidad limitada. Como socios de ella figuran: "INVERSIONES SANTA FE LTDA", LUIS GUILLERMO ANGEL VILLEGAS, MANUEL ANGEL MAYA, "INVERSIONES AZILLEGA & CIA. LTDA. INALTA", todos con domicilio en Bogotá. Conforme el artículo 16, los socios delegan la administración y representación de la sociedad en su gerente, quien tendrá el uso de la razón social y la facultad de obligar a la sociedad ante terceros sin limitación alguna en dinero. Y según el artículo 24, se designó como gerente al señor Mario Lega Siccar, como primer suplente a Alfonso Guzmán Vanegas y como segundo suplente a Luis Guillermo Angel Villegas. La escritura se inscribio en la Cámara de Comercio de Bogotá el 26 de diciembre de 1978 y la sociedad figura matriculada en el Registro Mercantil bajo el número 112,091.

Por manera que cuando se formuló la consulta previa (noviembre 2 de 1977 y enero 31 de 1978), aun no tenía existencia jurídica la sociedad "Edificio Calle 100 Limitada" y, consecuencialmente, carecía de todo fundamento la petición formulada por el doctor Luis Guillermo Angel V., no tenía interés jurídico alguno para formular la que tramitó y resolvió el Departamento Administrativo de Planeación Distrital con la Resolución No. 75 de agosto 10 de 1978 y la Junta de Planeación Distrital con la Resolución No. 001 de marzo 14 de 1979, objeto de impugnación, que desató la apelación interpuesta contra la primera, creando una situación jurídica individual, particular y concreta para los demandantes.

Lo cierto es que a pesar de las fallas anotadas, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital por medio de providencia del 18 de diciembre de 1978 concedió el recurso de apelación interpuesto por el doctor Henry Gutiérrez Muñoz como apoderado del doctor Luis Guillermo Angel Villegas, ante la Junta de Planeación Distrital de conformidad con lo dispuesto en el ordinal j) del artículo 25 del Acuerdo No. 7 de julio

28 de 1978. Y dicha Junta, como antes se dijo, lo resolvió el 14 de marzo de 1979 por medio de la Resolución No.001 que revocó la recurrida por razones de fondo que se consignan en su parte considerativa.

Queda claro entonces, que en el trámite de la consulta previa que dijo formular el doctor Luis Guillermo Angel Villegas, se pretermitieron normas del Decreto 1020 de 1974, que regula el procedimiento al cual deben someterse tanto los particulares como la Administración Distrital para los efectos de los planes y programas de urbanización que se proyecten adelantar en el territorio del Distrito, en particular el señalado en el artículo 3o., que indica quien es la persona interesada para formularla; el 4o. que prescribe la forma como se hace la solicitud conjunta cuando de ella se trata; el 5o. en cuanto al señalamiento del arquitecto o ingeniero que intervendrá en la tramitación para los efectos técnicos correspondientes; el 6o. en cuanto a la identificación de la persona que presenta la solicitud; el 7o. relativo a la información preliminar allí indicada; el 8o. en cuanto a los requisitos de la solicitud, y el 9o. que exige la presentación del plano topográfico conjuntamente con la solicitud de consulta previa. Ninguno de estos requisitos se satisfizo a cabalidad en el caso presente.

La ley como una garantía para los administrados establece en algunos casos, como en el presente el Decreto Distrital 1020 de 1974, una ritualidad que debe observarse en la expedición de determinados actos. Ese ritual es de forzoso cumplimiento, máxime que siempre se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia, que pertenecen a la categoría de normas de orden público de obligatorio acatamiento. Por consiguiente, cuando se pretermiten las instancias o procedimientos señalados por la ley; cuando no se cumple con todo el rito establecido, el acto es anulable por adolecer de vicios de forma, vicios que como aquí se ha visto, se detectan fácilmente con la simple comparación de la manera como el acto se conformó y tuvo vida jurídica, con los trámites cumplidos para ello, anotándose de paso, que la no legitimación del solicitante de la consulta implica una razón de fondo generadora así mismo de la nulidad del acto.

Es cierto que en nuestro medio en ocasiones las formalidades se exageran, o se complica de tal modo el trámite de cualquier gestión, que no es raro que los gobernados renuncien al derecho que impetran con tal de no tener que someterse al torturante, lento y complejo ajetreo administrativo.

Pero cuando los procedimientos se hacen de lado, se transgrede u olvida el rito señalado en la correspondiente disposición, el acto administrativo es sancionable con la nulidad del mismo.

Precisamente en el caso de autos, en el trámite indicado por el Decreto 1020 de 1974, encontraron los actores una de las bases para predicar que se han quebrantado normas distritales, pues como el camino seguido por las autoridades de Planeación Distrital no es el indicado por las normas contenidas en dicho decreto, y tuvo su inicio en la Resolución No. 75 de 1978 y un desenlace o extremo final en la Resolución No. 001 de 1979 acusada, el acto de por si es irregular y debe anularse.

El procedimiento o formalidad que se establece en un estatuto para la expedición de un acto administrativo, no es más que una garantía que se concede al administrado y por consiguiente un deber para las autoridades que han de acatar cuando se trata de exteriorizar su voluntad. Si en el caso de autos, como se ha demostrado, se dejó de cumplir el trámite dispuesto por el Decreto 1020 de 1974, obviamente que aparece suficientemente estructurado el vicio de nulidad del acto enjuiciado por inobservancia de las formas en su expedición. Y ese es un vicio que eregía en causal de nulidad el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 y ahora el artículo 84 del Decreto-Ley 001 de 1984.

En relación con el tema comentado, el ilustre ex-consejero de Estado doctor Gabriel Rojas Arbeláez en su obra "El Espíritu del Derecho Administrativo", (páginas 98 y 99), expresó lo siguiente:

"Pero no porque el procedimiento corresponda a un acto reglamentario originado en la misma Corporación, puede entenderse que éste se hallaría facultada para atenerse a él o para desconocerlo arbitrariamente. La irregularidad en la forma es uno de los motivos de anulación motivo que mantiene su fuerza y es indiferente a que esa forma haya sido prescrita por una autoridad superior, o haya emanado de la misma entidad llamada a su observancia. La fuerza de las exigencias formales para producir la voluntad administrativa, proviene también de una razón de orden público, pues no sólo interesa a éste el procedimiento conforme al cual se ventilan los juicios, sino aquél que regula el procedimiento de las autoridades, limita a éstas y previene de arbitrariedades al ciudadano.

"Cuando la ley dispuso que los detalles de procedimiento fueran objeto de reglamento, quiso que la producción de los actos de aquellos cuerpos no fuera arbitraria sino reglada, sin importar para este efecto el no sea superior la autoridad que dicte la regla. Basta que la ley exija la reglamentación. No hay para qué decir que la ley quiso además el reglamento como un factor fundamental para la organización del trabajo".

En presencia de las consideraciones anteriores, la Sala se considera relevada de proseguir el examen de los restantes cargos que se formulan en la demanda, en su propósito de demostrar el incorrecto proceder de la Administración. Y así las cosas, el fallo apelado que anuló el acto acusado por motivos distintos a los que aquí se han analizado, por el enfoque diferente de la cuestión que se ha hecho en esta providencia, esto es, por expedición irregular del acto, será confirmado.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto emitido por el señor Fiscal Primero de la Corporación y en desacuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

a) NO SE ACCEDE a declarar probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado de la parte impugnadora y por el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado.

b) CONFIRMESE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1981, aunque no por razón del contenido del acto acusado en sí mismo, sino por omisión de algunos de los supuestos que se requerían para expedirlo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 5 de octubre e 1984.

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO III

SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

CADUCIDAD DE LA ACCION.— Operancia. ¿Puede el ejercicio de la revocatoria directa revivir los términos (de caducidad) para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

Levántase la suspensión provisional de las Resoluciones impugnadas en este proceso (Nos. 0055 de 1978 y 047 de 1980 de Planeación Distrital, medida esta que fue impuesta por medio del auto de 3 de marzo de 1981, de esta Sala, y comunicada por medio de oficio No. 129 de 17 de marzo de 1981, de la Secretaría de la Sección Primera de la Corporación.

NOTA: Véase auto de suspensión provisional en los Anales de 1981. Primer Semestre. página 396.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez.**
Referencia: Expediente No. 4213.
Actores: **Salustiano Martínez, Cecilia Montes Fajardo y otros.**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia de 2 de noviembre de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual declaró la nulidad de los actos administrativos cuestionados en este proceso.

LOS ACTOS ACUSADOS

a) La Resolución No. 047 de 24 de junio de 1980, expedida por la Junta de Planeación Distrital con invocación de sus atribuciones legales, cuyo artículo 1o. modificó la Resolución No. 055 de 27 de junio de 1978, de la misma Junta, "en el sentido de permitir el acceso al predio Merizalde por la Calle 139 a través de la zona verde actualmente existente, pero debiendo dejar y ceder al Distrito el área equivalente que se utiliza para el acceso vehicular a continuación de la citada zona verde dentro del predio de propiedad de Leo Merizalde, conservando el mismo uso público".

b) La Resolución No. 055 de 27 de junio de 1978, emanada de la citada Junta, por la cual fue resuelto el recurso de reposición interpuesto por el arquitecto José Joaquín Castañeda Martínez contra la Resolución No. 048 de 1978, de la misma Junta, en el sentido de revocarla, resolución esta que a su vez había negado el acceso por la Calle 139, a través de la aludida zona verde de cesión, para el predio Merizalde, ubicado en la Calle 139 con la carrrera 22 de esta ciudad. Esta providencia, al decidir el aludido recurso, por su artículo 2o. aprobó el acceso por la calle 139, a través de la indicada zona verde, atendiendo así la solicitud formulada por el arquitecto José Joaquín Castañeda Martínez para el nombrado predio Merizalde. Además, por el artículo 3o. advirtió que contra ella no cabía ningún recurso por la vía gubernativa.

LA DEMANDA

1. En ejercicio de la acción de plena jurisdicción que establecía el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 y por conducto de mandatario judicial, los señores Salustiano Martín, Cecilia Montes Fajardo y otros solicitaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las resoluciones antes determinadas y el restablecimiento del derecho violado, el que hacen consistir en que se declare la vigencia de la Resolución No. 043 de 24 de mayo de 1978, de la Junta de Planeación Distrital, por la cual se despachó negativamente la petición presentada por el arquitecto José Joaquín Castañeda Martínez, ya comentada, y que dispuso que contra la misma solamente procedió el recurso de reposición. Igualmente solicitaron los demandantes que se le ordenara al Departamento de Planeación Distrital —Unidad de Desarrollo Urbanístico— que se abstuviera de expedir licencia de construcción "que pueda afectar la zona verde prevista en el plano de modificación del loteo, lotes 24 y 25 de la Urbanización Los Cedritos y/o licencia de demolición para el muro del costado posterior del lote 31 de la misma manzana".

2. La demanda se fundamenta en los hechos que, en lo pertinente, se resumen a continuación:

a) Mediante las escrituras números 5451 y 5452 de 6 de diciembre de 1960, de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, José Eugenio Ucrós y Lucy Rivera de Ucrós transfirieron a favor del Distrito Especial de Bogotá, a título gratuito, dos zonas de terreno que hacen parte de los lotes números 24 y 25 de la Urbanización Los Cedritos, en la Zona de Usaquén, localizados en la calle 139 entre las carreras 20 y 22 de esta ciudad, con destino al uso público de la citada urbanización, "y ZONA VERDE que se ubica al finalizar la calle 139 en un volteadero cerrado y que en ninguna forma permite su acceso al oriente, estado y situación que se conserva desde la aprobación de los planos correspondientes por parte de la Oficina de Planificación Distrital en octubre de 1958, es decir, hace 22 años".

b) Los actores adquirieron sus predios para vivienda en dicha urbanización, cerca a la zona verde, en consideración al sector mismo, la privacidad y la comodidad que les otorga tal zona, de uso común, en la forma prevista en la cesión hecha a favor del Distrito Especial de Bogotá.

c) El Alcalde Mayor de Bogotá dictó el Decreto 0947 de 12 de noviembre de 1970, por el cual reglamentó la Urbanización Los Cedritos, lotes 24 y 25, que en el parágrafo del artículo 6o. dispone que toda modificación de los planos del proyecto general implica a su vez modificación de la anterior reglamentación.

d) Los propietarios del predio Merizalde, que no forma parte de los lotes 24 y 25 de la Urbanización en comento, venían insistiendo en lograr un acceso a través de la zona de cesión y zona verde de la misma, pero la Junta de Planeación les negó esa pretensión por medio de la Resolución 043 de 1978, basada en que el acceso para tal predio es posible por el costado oriental, del mismo predio, por estar situado en la parte opuesta, es decir, detrás de los lotes 24 y 25 de la mencionada urbanización, según se aprobó en el proyecto urbanístico.

e) Los demandantes se sorprendieron cuando un mes después fue expedida la Resolución 055 de 1978, por la cual fue revocada la No. 043 y aprobado el acceso por la Calle 139, a través de la zona verde, para el predio Merizalde, siendo que la Resolución 043 había constituido en favor de ellos una situación jurídica individual y concreta que, por lo mismo no podía ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito de sus titulares.

f) Los accionantes solicitaron la revocación directa de la Resolución 055 de 1978 y dos años después la Junta de Planeación resolvió esa petición mediante la Resolución 047 de 1980, de la que atrás se hizo mérito.

g) Por último, en el hecho 9o. se dice:

"Las resoluciones acusadas, o sean las distinguidas con los números 047 de 24 de junio de 1980 y 055 de 27 de junio de 1978 QUE FORMAN UN SOLO ACTO por cuanto la segunda, o sea la expedida en 1980 tiene su origen en la de 1978 y a ella se refiere, son violatorias de normas constitucionales, legales y de las distritales (Acuerdos y Decretos) a los cuales deben sujetarse para su expedición, como analizare más adelante, vulneran derechos adquiridos y causan agravio injustificado a mis poderdantes, directamente perjudicados con las mismas, cuyo consentimiento para la revocación no se solicitó".

3. En opinión de los demandantes, las resoluciones cuestionadas quebrantan los artículos 30 y 45 de la Constitución Nacional; 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959, 66 del Código Contencioso Administrativo, 32 del Decreto-Ley 3133 de 1968; 168 (sic, es el 175) —parágrafo— y 66 y 67 del Acuerdo No. 7 de 1979 del Concejo del Distrito Especial, y el Decreto 0947 de 1970 del Alcalde Mayor de Bogotá, sin precisar qué artículos en particular del último decreto.

Sostienen los actores que las anteriores disposiciones fueron contrariadas a consecuencia de la expedición irregular de los actos acusados, del abuso de poder por parte de la entidad que los profirió y por desviación de poder, dada la finalidad perseguida por tales actos, aspectos estos que encajaban en las previsiones del artículo 66 de la Ley 167 de 1941. Hablan también de falsa y errónea motivación de los actos demandados porque la Resolución No. 043, que negó el acceso por la calle 139 a través de la zona verde, se motivó aduciendo que el predio Merizalde tenía acceso aprobado con base en un proyecto urbanístico propio, mientras que en la nota que el 23 de agosto de 1976 les dirigió el Departamento de Planeación Distrital se les informaba que no sería expedida ninguna licencia de construcción que pudiera afectar la zona verde de que se viene hablando, así como tampoco autorización para la demolición del muro del costado posterior del lote 31 de la misma manzana (lotes 24 y 25). La expedición irregular de los actos impugnados la predican los actores porque para revocar la Resolución 043 de 1973 no se tuvo en cuenta que ella había creado una situación jurídica individual y concreta para los habitantes de la Calle 139 entre las carreras 20 a 22, por lo cual esa revocación requería el consentimiento expreso y escrito de tales habitantes. El abuso y la desviación de poder de que trata la demanda lo radican en que el Decreto-Ley 3133 de 1968 o Estatuto Orgánico del Distrito Especial señala en su artículo 32 las funciones de la Junta de Planeación entre las cuales no se encuentra la de modificar el uso de las zonas de cesión o zonas verdes y menos aún cuando el plano de la Urbanización Los Cedritos —lotes 24 y 25 había sido aprobado por ese departamento desde hace 22 años atrás, y siendo que la Resolución 043 fue dictada específicamente para la anotada urbanización.

LA SUSPENSION PROVISIONAL

Por medio de escrito separado, presentado en la misma fecha en que lo fue la demanda, los demandantes pidieron la suspensión provisoria de los actos atacados en este proceso. Tal medida fue denegada por el Tribunal del conocimiento por auto de 18 de diciembre de 1968, el cual fue revocado por esta Sala en providencia de 3 de marzo de 1981. En su lugar fue decretada la medida cautelar, por estimar que en el caso *sub-júdice* se quebrante manifiestamente el parágrafo del artículo 178 del Acuerdo No.

7 de 1979, del Distrito Especial de Bogotá, citado como violado y que dispone: "Las áreas que actualmente son utilizadas como clubes campestres, parques y zonas verdes, no podrán ser subdivididas ni cambiar sus usos".

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Agente del Ministerio Público que actuó ante el Tribunal del conocimiento solicitó que no se hiciera pronunciamiento de fondo en esta controversia por mediar el fenómeno de la caducidad de la acción. Más el *a-quo* se apartó del criterio de su Fiscal por encontrar que no se daba el indicado medio exceptivo, según lo que sobre el particular se explicará en el capítulo relacionado con las consideraciones de esta Sala.

En cuanto al fondo de la controversia el Tribunal declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y acogió el auto por medio del cual fue revocada por esta Sala la negativa que el *a-quo* le había dado a la petición sobre suspensión provisional para en su lugar, acceder a la medida cautelar. De esta manera el Tribunal prohijo en la sentencia el auto de esta Sala sobre la suspensión provisional.

LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

a) Los actores sostienen que la Resolución 049 de 1978, la cual fue derogada por una de las aquí cuestionadas, venía amparando la aludida zona verde en cuanto a la prohibición de modificar o cambiar su uso, a lo largo de más de 20 años, y que lo que hizo la Junta de Planeación fue servir los intereses de los propietarios del predio Merizalde, ocasionando así un grave perjuicio al grupo de vecinos del sector, pues se afectó el paisaje y la seguridad de sus predios.

En general, los demandantes reiteraron los motivos de conveniencia y de ilegalidad expuestos en el libelo y, en especial, se apoyan en el contenido del artículo 178 del Acuerdo No. 7 de 1979, del Concejo Distrital, del que atrás se hizo mención.

b) La representante judicial del Distrito Especial critica la sentencia apelada por no haber declarado probada la excepción de caducidad de la acción. Su posición al respecto se fijará más adelante.

c) La Sociedad Durán Ariza Ltda., la cual se constituyó en impugnadora por intermedio de apoderado, trata especialmente lo referente a la caducidad de la acción y al respecto se declara acorde con lo dicho sobre el particular por el Fiscal que intervino en la primera instancia. Su punto de vista se precisará posteriormente.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado solicitó la confirmación del fallo apelado, compartiendo al efecto las razones de esta Sala al decretar la referida suspensión.

El señor Agente del Ministerio Público omitió referirse al aspecto vinculado a la caducidad de la acción, a pesar de haber informado la sentencia de primer grado y ocupado la atención de las partes en su alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La caducidad de la acción

Le obliga a la Sala estudiar, en primer término, lo relacionado con la caducidad de la acción, pues si ésta se encuentra probada no puede hacer un pronunciamiento de fondo sino proferir una decisión inhibitoria.

En consecuencia, se principia por hacer el recuento de la manera como ella fue planteada en el proceso, desechada por el *a-quo* y atacada por los impugnadores.

a) La anterior excepción fue alegada por el Fiscal de la primera instancia, así:

"En efecto frente a la solicitud realizada por los interesados del PREDIO MERIZALDE, la Administración se pronunció a través de un acto administrativo 'subjetivo' conformado por dos providencias, a saber: 1a) La Resolución No. 43 de mayo 24 de 1978 (folios 37 a 38 expediente) en la cual denegó la pretensión pero la cual fue recurrida. 2a) La Resolución No. 055 de junio 27 de 1978 (folios 35 a 36 expediente 1) que —en virtud de la reposición interpuesta— decidió revocar la negativa inicial para en su lugar acceder a lo impetrado. En su artículo 3o. expresa: 'Contra esta resolución no puede proceder recurso alguno por la vía gubernativa'.

"De otra parte, la Administración recibió 'diferentes quejas' entre los vecinos, los que solicitaron REVOCACION de dicho acto (Resolución 55 de 1978) y procedió a dictar la Resolución 047 de junio 24 de 1980 (folios 33 a 34 expediente) pero, obsérvese que la situación jurídica subjetiva había sido dilucidada anteriormente y que esta nueva providencia de 1980 *resuelve una 'revocatoria'*. Y tan es así, que aunque señalan que 'modifica la Resolución 055...' no lo hace, puesto que su decisión sigue en pie, tan solo la complementa, pues ordena que para gozar de lo concedido debe hacer una cesión.

"Así las cosas, el acto administrativo *se perfeccionó* con la expedición de la *Resolución 055 de junio 27 de 1978* y este es —el que debió haber sido acusado, pero para la fecha de la presentación de la demanda (octubre 20 de 1980 folio 6 vto., expediente) *la acción ya había caducado*. Se recuerda que se está frente a una 'acción de plena jurisdicción', pues los actores no pretenden exclusivamente el imperio 'objetivo' del derecho, sino que buscan la protección de un derecho subjetivo y esto sobresale al observar las pretensiones formuladas en la demanda.

"Y no es posible aceptar que se debe tener en cuenta la fecha de la última providencia (Resolución 047 de junio 24 de 1980 folios 33 a 34 expediente) porque esta se profirió para resolver una REVOCATORIA y sabido es que las decisiones que las resuelven *no reviven términos*, ni son acusables independientemente".

b) El *a-quo* desestimó la excepción en los siguientes términos:

"Sin embargo, desde ya puede afirmarse que el señor Agente del Ministerio Público no le asiste razón, por lo siguiente: La Resolución No. 055 de junio 27 de 1978, no fue notificada personalmente a los demandantes pero como éstos solicitaron la revocatoria de la misma, lo que equivale a una reposición, el día 11 de julio de 1978, según se observa del memorial allegado al expediente por disposición del Tribunal, necesario es concluir que se notificaron por conducta concluyente. Podría argumentarse que como contra la mencionada resolución, según se dijo en su artículo 3o. "no procede recurso alguno por la vía gubernativa', por cuanto se trataba de un acto mediante el cual se resolvió un recurso de reposición y se sabe que contra la providencia que decide una reposición no cabe ningún recurso, lo cierto es que existe excepción: cuando en la nueva providencia se contienen nuevos puntos no decididos en la anterior; en estos casos pueden interponerse los recursos respecto de los puntos nuevos (artículo 346-9 Código de Procedimiento Civil). Y esto fue lo que ocurrió con la Resolución No. 055 de junio 27 de 1978 que decidió todo lo contrario a lo resuelto en primera resolución, la número 043 de mayo 24 del mismo año.

"La Resolución No. 047 de junio 24 de 1980, que no accede a revocar la No. 055, pues sólo la modifica, fue notificada a los representantes de los vecinos de la Urbanización, señor JOSE EUGENIO UCROS GUZMAN, el día 27 de junio de 1980. La demanda fue presentada el día 20 de octubre del mismo año, lo que indica que la parte actora estaba en tiempo. Por esta razón debe concluirse que no aparece demostrada la caducidad alegada por el Agente del Ministerio Público. Es procedente, pues el estudio del fondo del asunto".

c) Sobre el punto objeto de examen, dijo la Representante Judicial del Distrito Especial de Bogotá:

"... encuentro que evidentemente el pronunciamiento que hizo la Junta de Planeación Distrital, por intermedio de la Resolución No. 047 de 24 de junio de 1980, tuvo su origen en la solicitud que vecinos del sector formularon para la revocatoria tal como lo expresa el Decreto-Ley 2735 de 1959, no revive en los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contencioso administrativas, luego la acción sí estaba caducada cuando se demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

"Es preciso enfatizar que la Resolución No. 043 de 1978, en su artículo 2o. dispuso que contra la resolución procede el RECURSO DE REPOSICION, legalmente interpuesto que evidentemente contra esta resolución se interpuso dicho recurso y que mediante la Resolución No. 055 de 27 de junio de 1978, se resolvió éste.

"En atención a lo dispuesto por el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, se remito a lo dispuesto por el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente, es decir, cuando este dispone que el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso.

En el caso *sub-júdice*, para recurrir ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, no era necesario interponer el recurso de reposición para poder demandar los actos de la Administración, pero al haber interpuesto el antedicho recurso de reposición, lo único que evidentemente podían los vecinos e interesados invocar contra el acto de la Administración, no era otro que el de revocatoria directa, pero no debe olvidarse que este no es un recurso de la vía gubernativa, pues bien, puede calificarse como un recurso extraordinario, muy diferente al de reposición y apelación, de los actos administrativos.

"Pues bien, tal como lo expresa el señor Fiscal, ha debido acusarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Resolución No. 055 de junio 27 de 1978, y por tanto cuando se presentó la demanda el 20 de octubre de 1980, la acción ya había caducado".

d) Al replicar el pasaje de la sentencia apelada en el que no se acoge la excepción en referencia, la sociedad Durán Ariza Ltda. —parte impugnadora—, expresa:

"En efecto, la Resolución No. 043 de 1978, resolvió negar el acceso por la calle 139 a través de la zona verde de cesión, solicitud que había elevado ante la Junta de Planeación Distrital el señor José Joaquín Castañeda.

En el artículo 8o. de la mencionada resolución, claramente se dispuso que contra la misma procedía el recurso de reposición.

"Pues bien, dicho recurso fue interpuesto por el mencionado José Joaquín Castañeda Martínez, desatándose mediante la Resolución 055 de 27 de junio de 1978, en la cual se resolvió revocar la Resolución 043 de 1978, para en su lugar aprobar el acceso por la calle 139 a través de la zona verde de cesión.

"El artículo Tercero de la Resolución No. 055 de 1978 fue claro en disponer que contra dicho acto administrativo no procedía ningún recurso por la vía gubernativa, o lo que es igual la Administración declara legalmente terminada o agotada dicha vía.

"La resolución fue notificada personalmente al interesado José Joaquín Castañeda Martínez, persona que hasta ese momento mostró algún interés por la decisión de la Junta de Planeación Distrital.

"Desde ese momento quedó perfeccionado el acto administrativo. En lo atinente al control de la Administración, y por tanto era prudente y obligatorio presentar la demanda de plena jurisdicción dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la ejecutoria de la Resolución 055 de 27 de junio de 1978.

"Algunos propietarios de inmuebles cercanos a la calle 139 con carrera 22, que de paso sea dicho no son legalmente propietarios de la zona verde objeto del proceso, elevaron ante la Junta de Planeación Distrital solicitud de revocatoria directa, respecto a la Resolución 055 de junio 27 de 1978, la que fue resuelta mediante resolución 047 de 24 de junio de 1980, que por ninguna parte revoca la Resolución 055, sino exclusivamente adiciona lo dispuesto por la mencionada Resolución 055.

"Los propietarios de los inmuebles que solicitaron ante la Junta de Planeación Distrital la revocatoria de la Resolución 055, no podían pretender que la Administración les (sic) revocara, pues para ello necesitaba autorización escrita del señor José Joaquín Castañeda Martínez, interesado como vimos anteriormente.

"Tampoco podían revivirse términos para el agotamiento de la vía gubernativa, confusión en que incurrió el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca.".

e) Finalizando el recuento de la excepción que se analiza, entra la Sala a afirmar que, en su criterio, en el caso de autos tiene operancia la caducidad de la acción únicamente con respecto a la Resolución No. 055 de 1978 y no en relación con la Resolución 047 de 1980, pues frente a esta última se presenta otro fenómeno, según se verá después. En efecto:

La demanda se dirigió contra las Resoluciones 047 de 1980 y 055 de 1978. Así se desprende inequívocamente del ordinal 1o. del petitum que dice: "QUE SON NULAS las Resoluciones 047 de fecha 24 de junio de 1980 y 055 de fecha junio 27 de 1978, que da orígen a la primera citada, originarias ambas de la Junta de Planeación Distrital, en cuanto en su orden modifican y revocan la Resolución No. 043 de fecha 24 de mayo de 1978, que negó el acceso por la calle 139 con carrera 22".

La primera de ellas —la 047 de 24 de junio de 1980— contiene los siguientes considerandos:

"Que por Resolución No. 055 de junio 27 de 1978, la Junta revocó la Resolución 043 de 1978 y aprobó para el predio de la calle 139 con carrera 19 el acceso por la calle 139 a través de la zona verde de cesión.

"Que esta decisión motivó diferentes quejas entre los vecinos, los que solicitaron la revocación de dicho acto.

"Que la Junta en su reunión extraordinaria No. 1 del 14 de mayo de 1980 estudió la petición".

Como se expuso al hacer la determinación de los actos acusados, la Resolución 047 de 1980 modificó la No. 055 de 1978, en el sentido de permitir el acceso al predio Merizalde por la zona verde, exigiendo al efecto la cesión del área necesaria para el paso vehicular "a continuación de la citada zona verde dentro del predio de propiedad de los Merizalde conservando el mismo uso público". La misma providencia dispuso que contra ella no procedía recurso alguno por la vía gubernativa y que se notificara a los vecinos y al doctor Argelino J. Durán Ariza, como nuevo propietario del predio Merizalde. Esto último se cumplió, pues según consta en la copia de la Resolución 047 (folio 34 del cuaderno 1), el 25 de junio de 1980 ella le fue notificada al doctor Durán Ariza y el 27 *ibídem* a José Eugenio Ucrós Guzmán, como representante de los vecinos. Consiguientemente, el 20 de octubre de dicho año, cuando fue presentada la demanda, no había vencido el término de caducidad fijado por el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, que gobierna la situación de que se ocupa este proceso, por haberse instaurado y tramitado durante la vigencia de la misma.

En cambio, sobre la Resolución 047 existe un problema distinto, a saber:

Tanto el Fiscal de la primera instancia como los opositores aseveran que la Resolución 047 no puede ser objeto de control jurisdiccional, en atención a que fue dictada para resolver la solicitud de revocación de un acto y a que, por lo mismo, no puede revivir los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. Pues bien, están en lo cierto porque efectivamente en el sub-lite se ha demandado la nulidad de la Resolución 047 por violar el artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959, entonces vigente, aduciendo que la revocación que hizo la susodicha resolución no tuvo "el consentimiento expreso y escrito" de los vecinos de que se viene hablando, y que según los considerandos de la resolución en comento los vecinos solicitaron que fuera revocada la No. 055 de 1978, revocatoria a su turno de la 043 del mismo año, que había negado el acceso al lote Merizalde a través de la zona verde. De ahí el que los demandantes señalaran como transgredidos el artículo 24 del Decreto 2733 e invocaran como motivo de nulidad la falta de consentimiento expreso y escrito de los mismos.

Pero en sentir de la Sala lo que los demandantes hicieron al demandar la nulidad de la providencia 047 fue intentar revivir el término legal para el ejercicio de la acción contencioso administrativa, cuestión ésta que se oponía al artículo 23 del Decreto 2733 de 1959, el cual contenía la advertencia o prevención de que ni la solitud de revocación de un acto administrativo ni la providencia que la resolviera hacia renacer los términos legales para ejercer esta clase de acciones.

Ciertamente, lo procesalmente viable para los demandantes era acusar oportunamente ante esta Jurisdicción la Resolución No. 055 de 1978, derogatoria de la 043 del mismo año, que había negado el acceso por la calle 139 a través de la zona verde, y no esperar indefinidamente a que la Junta de Planeación Distrital decidiera el memorial que presentaron el 11 de julio de 1978 (folio 216 del cuaderno de la primera instancia), en el sentido de que no se autorizara el indicado acceso, precisamente para evitar lo sucedido, esto es, que cuando promovieron la acción contencioso administrativa contra ella ya hubiera sobrevenido la caducidad y, de otra parte, que la Resolución 047 de 1980, que resolvió el memorial, no fuera cuestionable ante esta Jurisdicción por la razón antes expuesta.

Cabe anotar también que como el memorial en referencia no constituía un recurso propiamente dicho, la Administración le dió el alcance de una solicitud de revocación, tal como aparece en la motivación de la Resolución 047, con las consecuencias que ella acarrea.

Ahora bien, la segunda resolución cuestionada —la 055 de 27 de junio de 1978—, que decidió el recurso de reposición interpuesto por el arquitecto José Joaquín Castañeda Martínez contra la Resolución 043 de 1978, mediante la cual la Junta de Planeación Distrital había negado el acceso al predio Merizalde atravesando la zona verde, le fue notificada al recurrente en la fecha de su expedición. Como esta Resolución 055 obedecía a la reposición pedida por el aludido arquitecto, no les fue notificada a los vecinos y, de otra parte, su artículo 3o. expresamente advirtió que contra ella no había recursos en la vía gubernativa. En consecuencia, a los vecinos no les quedaba otro camino que promover, dentro del término que señalaba el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, la correspondiente acción contencioso administrativa contra la Resolución 055. Más no les era dado entablarla después de más de dos años de expedida, notificada y ejecutoriada; cuando ya había tenido ocurrencia la caducidad de la acción.

Según lo que antecede, es suficientemente claro que el 20 de octubre de 1980, fecha en que fue presentada la demanda en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se encontraba caducada la acción respecto a la Resolución 055 de 27 de junio de 1978.

En conclusión, como la sentencia apelada decretó la nulidad de las dos resoluciones acusadas en esta causa, corresponde revocarla y, en sustitución de ella, se declarará probada la excepción de caducidad de la acción con respecto a la Resolución 055 y no se hará pronunciamiento de mérito en relación con la 047, por no ser susceptible de acusación. Además, en vista de que se halla vigente la suspensión provisional de ambas resoluciones, se levantará dicha medida.

Por último, la Sala estima necesario hacer las siguientes dos precisiones:

La primera, que no hay equivalencia, como lo sostiene el *a-quo*, entre la petición de revocatoria directa y el recurso de reposición, pues mientras la primera puede cumplirse en cualquier tiempo, el segundo debe interponerse dentro de la ejecutoria de la providencia objeto de él. Además, la revocatoria es una figura jurídica autónoma que tiene la finalidad específica de extinguir actos administrativos opuestos a la Constitución y la ley, que no estén conformes con el interés público o social o que atenten contra él y que causen agravio injustificado a alguien, motivos estos de conveniencia general que no siempre inspiran el recurso de reposición.

La segunda, que cuando conoció del recurso de apelación contra la providencia que negó la suspensión provisoria, circunscribió el ámbito de su revisión a la medida en referencia, dentro del cual no se debatían aspectos como la de la caducidad de la acción o el que uno de los actos atacados no resultara cuestionable ante esta jurisdicción, puntos éstos que, en cambio, sí se tratan en el presente fallo.

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,

FALLA:

Primero.— Revócase la sentencia objeto del recurso de apelación y, en su lugar, dispone:

a) Declarar probada la excepción de caducidad de la acción con respecto a la Resolución No. 055 de 27 de junio de 1978, expedida por la Junta de Planeación Distrital, "Por la cual se resuelve sobre un recurso de reposición" y, por consiguiente, abstenerse de hacer pronunciamiento sobre ella.

b) Inhíbese de hacer pronunciamiento alguno en relación con la Resolución No. 047 de 24 de junio de 1980, de la Junta de Planeación Distrital.

Segundo.— Levántase la suspensión provisional de las resoluciones impugnadas en este proceso, (No. 055 de 1978 y 047 de 1980 de Planeación Distrital) medida esta que fue impuesta por medio del auto de 3 de marzo de 1981, de esta Sala, y comunicada por medio del oficio No. 129 de 17 de marzo de 1981, de la Secretaría de la Sección Primera de la Corporación.

Tercero.— Niéganse las demás peticiones de la demanda.

En firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Simón Rodríguez Rodríguez.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— LANZAMIENTO.— Omisión en el cumplimiento de la providencia que así lo declara. En necesaria la petición del interesado para la actuación del Estado entendiendo que 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 la administración actúe en determinado sentido para la protección del ciudadano.

PODERES.— Presentados ante el Consulado General de Colombia. Requisitos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., julio doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.**
Proyecto: **Doctora Inés Hurtado Cubides.**
Referencia: Expediente No. 3755.
Actora: **María Medina de Galúe.**

Se procede a revisar, en grado de consulta, la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, por haber declarado una obligación a cargo del Municipio de Santa Marta.

I

A)— En demanda presentada el 23 de julio de 1981 el apoderado de la señora MARIA DEL CRISTO MEDINA DE GALUE, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.— El Municipio de Santa Marta es administrativamente responsable de los perjuicios materiales sufridos por mi mandante María del Cristo Medina de Galúe, por la falta de cumplimiento de la providencia de fecha 28 de septiembre de 1978, y en consecuencia por las fallas de servicio público administrativo de policía, consistentes, en haberse negado la Alcaldía de Santa Marta a darle cumplimiento a su providencia anteriormente indicada por la cual se decretó el lanzamiento de terceros, ocupantes de los lotes de terrenos ubicados en la Urbanización "ITALIA ISABEL" de Santa Marta, de propiedad de mi mandante, correspondientes a los números 38, 39, 41, 42, 44, 45 y 46 de la Manzana "C" y los números 47, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 de la Manzana "D", por parte de la señora Yolanda Pérez y otros, que tomó el nombre de COMITE DE COLONOS DE LA TRANSVERSAL 30 CALLE 11.— 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.— Dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, la Alcaldía Mayor de Santa Marta, debe darle cumplimiento a su providencia de fecha 28 de septiembre de 1978, de la cual se ha dado cuenta anteriormente, sobre lanzamiento de los invasores mencionados, que no justifiquen legalmente su ocupación.

"TERCERA.— El Municipio de Santa Marta, reconocerá y pagará a mi representada María del Cristo Medina de Galúe, los perjuicios materiales, por la falta de cumplimiento de la providencia de fecha 28 de septiembre de 1973 (folio 3 cuaderno No. 1).

B)— Los hechos, fundamento de la pretensión, se expusieron así:

"Mi mandante María del Cristo Medina de Galúe, es propietaria y ha sido por muchos años poseedora de los lotes ubicados en el área urbana de Santa Marta, en la Urbanización "ITALIA ISABEL", con plano debidamente aprobado por las autoridades Municipales de Santa Marta, cuyos linderos más adelante se determinarán.

"2) El día 27 de junio de 1978, los mencionados lotes a que se refiere el hecho 1).—precedente, fueron objeto de una invasión masiva por parte de varias personas sin que mediara permiso de mi mandante, impidiéndole el legítimo goce de su posesión.

"3) Con fundamento en la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, mi mandante solicitó a la Alcaldía Mayor de Santa Marta, con el lleno de los requisitos legales, la desocupación de sus lotes de terrenos.

"4) Su petición fue acogida por el Municipio de Santa Marta, cuya Alcaldía Mayor ordenó mediante sentencia de fecha 28 de septiembre de 1978 el lanzamiento de las personas que invadieron los lotes de terrenos, señoras Yolanda Pérez y otros, que por vías de hecho estaban ocupando los lotes de terrenos de propiedad de mi representada María del Cristo Medina de Galúe.

"5) La misma providencia de 28 de Septiembre de 1978, comisionó al señor Inspector Sexto de Policía para la práctica del lanzamiento no concediéndole término para ello.

"6) A pesar de los requerimientos de mi mandante el Municipio de Santa Marta se ha negado a hacer efectiva la sentencia de 28 de septiembre de 1978.

"7) El incumplimiento de parte del Municipio de Santa Marta 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 razón de la ocupación de hecho de sus lotes de terreno ya mencionados.

"8) La conducta omisiva del Municipio de Santa Marta antes expuesta, ha causado y sigue causando a mi mandante gravísimos perjuicios por daño emergente y lucro cesante. (folio 4 cuaderno No. 1)

C)— Como base jurídica se invocaron los artículos 18 de la Constitución Nacional; 52 de la Ley 167 de 1941, Ley 57 de 1905, artículo 15; Decreto 992 de 1930, artículo 234 Código Civil, artículo 19 a 28 Código Nacional de Policía, artículo 334 de Código de Procedimiento Civil.

D)— En sentencia del 17 de junio de 1982, el Tribunal decidió:

"Primero: El Municipio de Santa Marta es responsable administrativamente de los perjuicios materiales causados a la señora María del Cristo Medina Galúe por no habérsele dado cumplimiento a la providencia dictada por la Alcaldía de Santa Marta de septiembre 27 de 1978 que ordenó el lanzamiento de los ocupantes del predio de la actora denominado Urbanización "Italia Isabel" en la ciudad.

"Segundo. El Alcalde de Santa Marta debe dar cumplimiento por si o por comisionado a su providencia de septiembre 28 de 1978, pero antes debe establecer si es del caso pagar mejoras y en que cuantía.

"Tercero. La indemnización reconocida en esta sentencia y que el Municipio de Santa Marta debe pagar a María del Cristo Medina de Galúe es equivalente a la suma de $ 3.956.oo mensuales contados desde el 29 de septiembre de 1978 (día siguiente a la expedición de la sentencia) y hasta cuando se realice el lanzamiento de la restitución de los lotes.

"También deberá pagar el Municipio de Santa Marta a la demandante los gastos que implique para ella el ejercicio de las acciones reivindicatorias si el lanzamiento de los ocupantes no se produce, indemnización ésta que se liquidará por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento. "Aprobado en Sala del 15 junio de 1982.

"COPIESE, NOTIFIQUESE Y CONSULTESE CON EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO." (folios 94 y 95 del Cuaderno No. 1).

El Tribunal para llegar a la decisión anterior hizo las siguientes consideraciones:

"1.— Dentro del juicio se ha establecido lo siguiente:

"a) Que la Alcaldía Municipal de Santa Marta por providencia de septiembre 28 de 1978, decretó el lanzamiento de los señores Yolanda Pérez y otros de unos lotes de terreno de propiedad de la señora María del Cristo Medina de Galúe, quien antes se llamo María del Cristo Pabón Medina de Galúe (ver escrituras 198 de 1964 folio 10 —Escritura 422 de 1978 — folio 37). Allí mismo se comisionó al Inspector Sexto de Policía para cumplir la sentencia.

"b) Que la Inspección Sexta de Policía dictó providencia disponiendo auxiliar la comisión conferida y fijando como fecha para efectuar la diligencia de lanzamiento de Yolanda Pérez y otros de los lotes de terreno de la Urbanización "Italia Isabel" de propiedad de la señora Medina de Galúe, el día 3 de noviembre de 1978;

"c) Que el lanzamiento no se llevó a cabo pues los lotes siguieron ocupados y a la fecha de la Inspección judicial practicada por el Tribunal (septiembre 28 de 1981) se pudo comprobar que sobre tales lotes de terreno se construyeron por parte de los ocupantes casas con paredes de ladrillos y cemento y techo de eternit (Ver inspección judicial — folios 6, 62, y 63,— fotos folio 78).

II- La responsabilidad extracontractual del Estado no surge del artículo 2341 del Código Civil como estima la actora y Agente del Ministerio Público, sino de la Constitución Nacional y en especial de sus artículos 16 y 20. En efecto, consistiendo esta responsabilidad en los perjuicios a un ciudadano causados por un acto o una omisión de la administración solo al ejercicio de la función pública por parte de las autoridades o la omisión en el cumplimiento de este deber ordenado en la Constitución, la ley o el reglamento, puede dar origen a ella. De ahí que haya expresado el Consejo de Estado:

"..... Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política —especialmente en las que conforman el título tercero de 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 ejecutores 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 poderes exorbitantes".

III— En consideración a que la Alcaldía Municipal de Santa de Marta dictó providencia ordenando el lanzamiento de los ocupantes del predio de la actora María Medina de Galúe y de que dicha orden no fue cumplida por la Inspección de Policía comisionada para el efecto y además en atención a que la omisión se tradujo en un evidente perjuicio para la demandante por haber sido despojada de su propiedad, la Sala es del criterio que en el caso de autos se operó una falta o falla de la administración por haber omitido un funcionario con autoridad el ejercicio de un deber para el cual había sido legítimante comisionado por su superior jerárquico, sino del Inspector de Policía de llevar a cabo el lanzamiento de los ocupantes que había sido ordenada por el Alcalde. El perjuicio consiste lógicamente en la pérdida de la propiedad por parte de la actora, lo que no hubiera ocurrido si el lanzamiento se realiza.

"Ahora bien, los perjuicios que le ha ocasionado a la actora por falla de la administración además del despojo de su propiedad en sí mismo son las rentas que hubiera podido derivar si los terrenos hubieran sido arrendados, así como los gastos que implique el ejercicio de las acciones reivindicatorias a que hubiere lugar. En efecto, siendo que la demandante, como consecuencia de no haberse operado el lanzamiento, no está en posesión de los terrenos de que es dueña, debe ejercer la acción reivindicatoria a fin de que los ocupantes sean condenados a restituírselos. Estos gastos deben ser indemnizados por la administración.

La renta del terreno por lo demás no puede ser otra que la establecida en el artículo 11 de la Ley 54 de 1977, cuyo inciso 1o. dice:

"Artículo 11). El artículo 59 del Decreto 2247 de 1974 quedará así: Para los efectos tributarios, se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al 8% de su patrimonio liquido en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior, descontado el monto de la ganancia ocasional neta".

"Por consiguiente, siendo el valor comercial de los lotes a la época de la invasión de $ 593.500.oo y habiendo sido expedida la resolución de lanzamiento el día 8 de septiembre de 1978, la renta mensual será igual a $ 599.900 x 9 — 12 o sea $ 47.400. — $ 3.956.oo

"Renta mensual — $ 3.956.oo (TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE).

"Cabe agregar aquí que: 1o.) de Urbanización Italia Isabel se quedo solo en planes y proyectos por lo menos en lo que atañe al sector invadido objeto de esta acción, pues en la Inspección judicial no se observo construcción alguna de vivienda adelantada por los dueños de los lotes.

"Los dueños de los predios, por otra parte, incurren a su vez en ocasiones en la omisión de ejercer una eficaz posesión sobre ellos lo que no pocas veces da lugar a la ocupación de los mismos. La función social de que trata el artículo 30 de la Constitución Nacional, se cumple respecto de predios urbanos principalmente construyendo vivienda y obras adicionales y cuando ello no ocurre, cualquiera podría creer que se trata de baldíos. —Se dice— lo anterior para concluir que el no ejercicio de la posesión por parte del propietario de un predio urbano —y también rural— puede estimarse como culpa del dueño en la ocupación que se le haga a sus terrenos. El derecho de propiedad privada sobre predios —sobre la tierra— bien se sabe que no puede ser absoluto ni ejercerse con detrimento de la utilidad pública y el progreso social y que por ello ese derecho otorga al individuo un conjunto de poderes sobre un bien determinado a objeto— de que el ejercicio de ellos se traduzca en bienestar de su titular pero también para que sirva de la mejor manera posible a los intereses y al desarrollo de la comunidad de que se es miembro. No resulta aventurado consiguientemente, expresar que la Sala cree, que la razón se encuentra en el caso de las invasiones ocurridas por negligencia o culpa del dueño del terreno, que espera valorizarlo por acción de la sociedad esperando que "se engorde", en el concepto de que la indemnización debe determinarse en forma que permite al indemnizado prestar a la comunidad servicios equivalentes a los que prestaba por medio de la explotación del bien ocupado.

"Son las razones anteriores, valederas, a juicio de la Sala, para considerar que la indemnización que se dispone es la que más se ajusta a la ley, la Constitución y la equidad.

"IV.— Si bien es cierto que la Alcaldía puede comisionar nuevamente a un Inspector subalterno para llevar a efecto el lanzamiento decretado, esto no podrá realizarse en los términos allí consignados ya que ello equivaldría, por lo comprobado en la inspección judicial, a un enriquecimiento sin causa justa. De ahí que la Sala estime que la Alcaldía Municipal de Santa Marta deba proceder a establecer si hay lugar al pago de mejoras, como seguramente lo hará, para entonces si disponer de nuevo el lanzamiento. Esto implica por consiguiente la introducción de una modificación al acto que dio lugar a la falla de la administración con el objeto de restablecer adecuadamente el derecho de la actora y dejar a salvo los derechos de terceros". (folios 91, 92, 93 y 94 cuaderno No. 1).

II

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Sea lo primero advertir que en el caso que nos ocupa se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, por lo cual deviene un pronunciamiento de fondo.

Sin embargo, en relación con la representación de la parte demandante considera la Sala hacer previamente alguna precisión:

La señora María del Cristo Medina de Galúe acude al proceso representada por profesional idóneo y el correspondiente poder parece presentado personalmente ante el Consulado General de Colombia en Nueva York, sin constancia de haber sido abonada la firma del Agente Consular por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

La indebida representación puede darse cuando una persona gestiona en la *litis* por medio de otra que se identifica como procurador judicial y al poder que le ha sido otorgado adolece de requisitos de ley o es insuficiente.

El artículo 65 del Código de Procedimiento Civil que regula la figura de los poderes, en su inciso 3o., al disponer su autenticación remite al artículo 259 *ibídem* pero solo para aquellos otorgados en el extranjero y que no se extiendan ante Cónsul Colombiano. A contrario senso, los poderes o sustituciones que se otorgan en el extranjero y se extiendan ante Cónsul Colombiano no necesitan abonar la firma de este funcionario ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

2. En el plenario se encuentran establecidos los siguientes hechos:

a) Titularidad del derecho de dominio en la demandante según escritura No. 198 de 12 de mayo de 1964 de la Notaria Primera de Santa Marta (folios 10, 11, 12 y 13).

b) Escritura No. 422 de 14 de abril de 1978 de la Notaria Primera de Santa Marta, mediante la cual la señora María del Cristo Pabón de Galúe rectifica su nombre suprimiendo su primer apellido por el de Medina.

c) Prueba de invasión de los lotes de propiedad de la actora el 27 de junio de 1978, con declaraciones extra-proceso rendidas por el doctor GONZALO M. PINTO REDONDO y GILBERTO AUGUSTO LOBO DIAGO el 8 de julio de 1978 ratificadas en el período probatorio y diligencia de inspección judidial con peritos, practicada el 1o. de agosto de 1978 por la Inspección Sexta de Policía de Santa Marta (folio 27 a 32). Igualmente, ya dentro del proceso, se llevó a cabo diligencia de inspeción judicial también con peritos, el 28 de septiembre de 1981 por el Tribunal. Ambos experticios fueron practicados con el lleno de los requisitos legales (artículo 237 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

d) Solicitud de la señora María del Cristo Medina de Galúe ante la Alcaldía Mayor de Santa Marta —Secretaría de Gobierno Municipal— el día 10 de julio de 1978, en ejercicio de una acción de protección policiva o amparo de posesión por la invasión y perturbación de la posesión que tiene sobre los lotes de su propiedad (folios 23 y 24).

e) Providencia del 28 de septiembre de 1978 emanada de la Alcaldía Mayor de Santa Marta ordenando el lanzamiento de los ocupantes y comisionando al Inspector Sexto de Policía para su cumplimiento (folios 14, 15 y 16).

f) Auto del 30 de octubre de 1978 de la Inspección Sexta de Santa Marta ordenando cumplir la comisión otorgada por la Alcaldía y señalando fecha para la diligencia.

3. Se encuentra así demostrado en forma fehaciente la exigencia de la providencia emanada de la entidad demandante, cuya omisión en su cumplimiento ha sido señalada por la actora como causa de los perjuiciso que hoy reclama. Pero es necesario establecer, previamente, si para la actuación de la administración se requería o no la petición del interesado.

Los principios recogidos por el estatuto procedimental civil consagran para los jueces amplias facultades oficiosas de ordenación, adecuación e impulsión del proceso,

cambiando su papel de mero árbitro por el de director del mismo. En la forma establecida por el artículo 37, señalando además los deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, entre los que se cuenta el de colaboración en la práctica de pruebas y diligencias, con señaladas consecuencias para la renuencia en su cumplimiento (ordinal 6o. artículo 71 *ibídem*).

En el asunto que ocupa la atención de la Sala se demostró que el Inspector Sexto de Policía de Santa Marta, en cumplimiento de la Comisión conferida por la Alcaldía Mayor de la misma ciudad, señaló fecha y hora para la práctica de la correspondiente diligencia más no se estableció que la parte interesada hubiera acudido el día y hora señalados con tal efecto. (folio 17 y 59). No se pueden extender los poderes inquisitivos de los funcionarios hasta el extremo de exigírseles la práctica de diligencias, si las partes no concurren a trasladarlos al sitio donde deben practicarse, y en el *sub-lite* no se demostró que la parte se hubiera hecho presente con tal fin, a pesar de la afirmación en contrario que contiene la demanda en el hecho 6o. en el sentido de que a pesar de los requerimientos hechos al Municipio de Santa Marta, éste se ha negado a hacer efectiva la sentencia de 28 de septiembre de 1978.

Esa conducta, evidentemente pasiva, de quien ahora reclama perjuicios por la negligencia de la administración, impide la declaratoria de responsabilidad, por cuanto a juicio de la Sala, es necesaria, la petición para la actuación del Estado, entendiendo que 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 la administración actúe en determinado sentido para la protección del ciudadano, según antecedentes jurisprudenciales de la Corporación, que en reciente fallo dijo al respecto:

"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 Pousseau en su Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo: Reconocer que el servicio público, al no funcionar, puede cometer una falla, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción.

"Como es obvio, pero 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 administrativa."

Quiere precisar la Sala que, la pasiva actitud asumida por la interesada en la práctica de la diligencia por el funcionario comisionado, impide la prosperidad de sus

pretensiones, dejando a salvo las acciones que la ley concede para la efectividad de sus derechos. La manifestación de la demandante, se repite, de haber sido reiterada la exigencia en el cumplimiento de la providencia no encuentran ningún respaldo probatorio en el plenario. Entonces no se puede decir que hubo falta o fallo del servicio, por cuanto no basta el simple incumplimiento de la providencia sino que debe haber una expresa negación de la administración de no cumplirla frente a la solicitud del administrado.

Como la sentencia atendió las súplicas del libelo, deberá infirmarse en este segundo grado de competencia funcional, encontrando la Sala que el Tribunal no tomó en cuenta las circunstancias que sirven de fundamento a este fallo, porque de haberlas atendido hubiera llegado a conclusión distinta.

Por último, insiste la Sala, que a pesar de que las súplicas de la demanda serán despachadas desfavorablemente no obsta para que las autoridades competentes den cumplimiento, dentro del marco legal, a la orden impartida con anterioridad sobre el lanzamiento.

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

FALLA:

Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, el 17 de junio de 1982 y en su lugar se deniegan las súplicas del libelo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de julio de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DEMANDA CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO.— IMPROCEDENCIA.— El Estado, encargado de prestar el servicio público, puede expresarse, tal como lo dispone el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, a través de la Nación, los Municipios, los Establecimientos de Beneficencia y los de Instrucción Pública, aún cuando, se ha distinguido, de manera preferencial, como la nación. Sin embargo, al tratarse de precisar la responsabilidad no puede dejarse ese criterio amplio sin saber cual es el ente que, en verdad contrae el compromiso de asumir los efectos propios de la pretensión y las resultas del juicio. El nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) recogió, al respecto, lo que doctrinariamente se sostenía (artículo 149 *ibídem*).

Cuando se persigue el resarcimiento por perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado, en verdad, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer, no solo para la defensa dentro del proceso, sino para establecer, de manera directa, la afectación presupuestal que haya de derivarse, en el evento de un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda...

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.— ORGANO ESTATAL QUE DEBE COMPARECER.— Cuando se persigue el resarcimiento por perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado, en verdad, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer, no solo para la defensa dentro del proceso, sino para establecer, de manera directa, la afectación presupuestal, que haya de derivarse, en el evento de un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente No. 2252.
Actor: **Olga Trujillo Agudelo de Trujillo.**

I

ANTECEDENTES

La señora OLGA TRUJILLO AGUDELO DE TRUJILLO por intermedio de apoderado judicial, demandó al ESTADO COLOMBIANO, representado por el Fiscal del Consejo de Estado, para que con citación y audiencia de éste se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.— El Estado Colombiano es civil o administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios materiales sufridos por la actora de este juicio y que le fueron causados por la falla del servicio público de la Capitanía del Puerto de Buenaventura al omitir aquella el cumplimiento de una orden judicial, la cual ocasionó la pérdida de unos bienes embargados y secuestrados al producirse el zarpe el día 2 de abril de 1975 de los barcos pesqueros "El Tiburón" y "El Albacora" hacia el Perú y bienes que estaban bajo el cuidado de la Capitanía de aquel Puerto por mandato judicial del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira (Risaralda) dentro del juicio de separación de bienes promovido por don Rodrigo Trujillo contra su legítima esposa doña Olga Trujillo Agudelo de Trujillo.

"SEGUNDA.— En consecuencia, CONDENASE AL ESTADO COLOMBIANO a pagar a mi mandante en su calidad de socia de la sociedad conyugal constituida entre los esposos RODRIGO TRUJILLO TRUJILLO Y OLGA TRUJILLO AGUDELO DE TRUJILLO, la parte legal que le corresponda en la pérdida de aquellos barcos pesqueros de propiedad de dicha sociedad, a título de indemnización, la cual será tasado por peritos y que consisten en la parte que le corresponde sobre el valor comercial de las naves más los intereses bancarios desde el 2 de abril de 1975 hasta cuando se verifique su pago por la Nación Colombiana a la actora o a su representante legal".

Como hechos adujo:

"1) Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira (Risaralda), el señor Rodrigo Trujillo Trujillo instauró demanda de separación de bienes contra su legítima esposa OLGA TRUJILLO AGUDELO DE TRUJILLO.

"2) Dentro de ese juicio la esposa Olga Trujillo Agudelo de Trujillo solicitó y obtuvo el embargo y secuestro preventivos de los barcos pesqueros denominados "El Tiburón" y "El Albacora" de propiedad de la sociedad conyugal de los esposos Trujillo Trujillo-Trujillo Agudelo pero bienes radicados en cabeza del marido y naves que estaban matriculadas en el Puerto de Buenaventura.

"3) El embargo fue comunicado mediante oficio No. 607 del 9 de julio de 1974 por el del 9 de julio de 1974 por el Juzgado respectivo al señor Capitán del Puerto de Buenaventura y éste recibió la orden judicial correspondiente e hizo las anotaciones legales. Los barcos quedaron, pues, bajo su responsabilidad, en cuanto al zarpe y en lo relativo a su movilización del dominio.

"4) Por comisión del Juzgado anotado, un Juez Municipal de Buenaventura llevó a cabo el secuestro de las naves pesqueras, todo lo cual obra en el expediente respectivo con los detalles y especificaciones correspondientes.

"5) Posteriormente y dentro de un pleito laboral aquellas motonaves volvieron a ser embargadas y secuestradas por segunda vez, no obstante estar registrado el primer embargo y secuestro.

"6) Luego, en el juicio laboral se levantaron las medidas preventivas antes mencionadas pero el primer embargo y secuestro se mantuvo vigente.

"7) Después el señor Juez Tercero del Circuito de Pereira insistió ante el Capitán del Puerto de Buenaventura, Capitán Carlos Prieto Silva para que se hiciera efectiva la orden judicial.

"8) No obstante todo lo anterior y a pesar de que el Capitán del Puerto recibió oportunamente la ratificación del embargo y secuestro de las motonaves, el 2 de abril de 1975, dejó zarpar los barcos pesqueros hacia el Perú habiendo permitido el cambio de la bandera colombiana por la peruana en ambos barcos habiendo tolerado su salida del mar territorial el día 3 de abril de 1975, a las cinco de la tarde.

"9) Producido el zarpe de los barcos pesqueros desaparecieron para siempre del país aquellas naves de propiedad de la sociedad conyugal ya referida, y mi mandante que hace parte de esa sociedad ha sufrido la pérdida respectiva que asciende a más de cinco millones de pesos, por una falla del servicio público de la Capitanía del Puerto de Buenaventura que se hizo patente al omitir el referido capitán el cumplimiento de la orden judicial procedente del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira.

10) Doña OLGA TRUJILLO AGUDELO DE TRUJILLO es mayor y vecina de Pereira, está casada legalmente con don Rodrigo Trujillo Trujillo, y me ha conferido poder especial para invocar esta acción.

Como normas violadas citó: artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional; 1491 del Código de Comercio.

II

CONCEPTO FISCAL

Para el colaborador fiscal, en su vista de fondo de fecha 21 de junio de 1979, debe pronunciarse un fallo inhibitorio, por inepta demanda, porque no se señaló en la demanda "la parte que debía responder de los perjuicios reclamados", es decir, no indicó "las partes y sus representantes".

Para llegar a esta conclusión expuso, después de un ánalisis del proceso:

"Ahora bien: Sabido es que las Capitanías de los Puertos Marítimos están a cargo de la Armada Nacional y ésta a su vez depende del Ministerio de la Defensa Nacional, lo que indica que tratándose de responsabilidad de una de estas entidades, lo procedente es demandar al Estado, pero concretamente al Ministerio de Defensa Nacional, notificándose la admisión de la demanda al Secretario General de dicho Ministerio, según expreso mandato legal. (Artículo 137 Ley 126 de 1959).

"Sin embargo, en la demanda con que se inicio este proceso se pide que se declare responsable al "Estado Colombiano" es decir, no señala en forma clara y concreta la persona jurídica estatal llamada a responder por los perjuicios reclamados.

"El señalamiento de la parte demandada, es requisito fundamental aun para la admisión de la demanda en los procesos contenciosos en donde se persiga indemnización por responsabilidad extracontractual, por falla del servicio, no basta indicar genéricamente al Estado. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

"'"La parte que asiste como demandada en los juicios sobre responsabilidad del Estado, es la llamada administración activa, cuyos personeros suelen estar señalados en la ley, o son fácilmente distinguibles por sus funciones. Hablando con propiedad, es la parte que debe presentarse a responder en los juicios sobre responsabilidad extracontractual y en todos los juicios en que se ventilen contenciones por actos hechos, omisiones, operaciones o vías de hecho de las entidades estatales. Pero como la administración pública es multipersonal pues a ella pertenecen tanto los entes nacionales como los departamentales, los municipales y los conocidos como personas descentralizadas, en nuestro ordenamiento procesal se exige que el actor haga la designación en la demanda 'de las partes y de sus representantes'. En las mismas disposiciones se establecen como causales de nulidad en los procedimientos ante esta jurisdicción (numerales 2o. y 3o. del artículo 113 de la Ley 167 de 1941), la falta de legitimidad de personería en alguna de las partes, o de su apoderado o representante legal, y la falta de notificación en forma legal en cualquiera de las partes".

"Más recientemente el Consejo de Estado advirtió que es exigencia de la ley "determinar clara y expresamente la parte demandada como requisito de toda demanda (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y 75 del Código de Procedimiento Civil), sin que pueda dejarse a elección del Juez, la escogencia entre varios presuntos demandados ...". Este error, por sí solo, haría inadmisible la demanda (auto de marzo 2 de 1979, Sala Unitaria, Consejero Ponente: doctor Valencia Arango".

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. No obstante que el poder conferido, por la demandante, hace referencia, a la acción contenciosa contra el Estado Colombiano "con motivo del mal funcionamiento del servicio público de registro y anotación *en el municipio* de Buenaventura el día 2 de abril de 1975", hay que entenderla no contra el ente territorial mencionado, sino contra el Estado. Se hace esta previa advertencia, con el fin de disipar cualquier reparo a la facultad de representación conferida al apoderado judicial y al ejercicio mismo de esa facultad, y, en particular, a que se pueda afirmar que el poder acompañado al escrito incoactivo es para un asunto diferente al controvertido en este proceso. Pero, se repite, no. Se dió la facultad para accionar contra el Estado Colombiano, y no contra el municipio de Buenaventura.

2. El reparo que el señor Fiscal 2o. del Consejo de Estado le hace a la demanda, de que se accionó contra el ESTADO COLOMBIANO, sin determinación clara y expresa de la parte demandada, merece especial estudio, para precisar, si, en verdad, la ineptitud de la demanda, se hace visible dentro del proceso, que conduciría a un pronunciamiento inhibitorio, o, por el contrario, si se colman todos los presupuestos que permitan una decisión de fondo, o se afecta de un vicio en su trámite que llevaría a la nulidad de lo actuado.

3. En lo que hay claridad es en la posición de la actora en cuanto enfatizó, por conducto del procurador judicial, que la demanda iba dirigida contra el ESTADO COLOMBIANO. Basta con observar el respectivo libelo para encontrar la seguridad de este aserto. Y para que no exista vacilación alguna, en escrito posterior, folio 42, consignó lo siguiente:

"Obrando como apoderado especial de la señora OLGA TRUJILLO AGUDELO DE TRUJILLO, mayor de edad y vecina de Pereira, y estando dentro de la oportunidad procidemental respetuosamente manifiesto a usted para los fines a que haya lugar, que la actora demanda al Estado Colombiano, y reclama los perjuicios en nombre de la sociedad conyugal en liquidación formada entre los esposos RODRIGO TRUJILLO TRUJILLO y ella, y también lo hace en su propio nombre como perjudicada por los hechos de la demanda".

Entonces, la inequívoca conducta de la actora de accionar contra el Estado Colombiano y pretender de él el resarcimiento por los perjuicios que alega en su demanda, no permite advertir ningún defecto en el trámite, por la clara y cierta indicación del demandado, esto es, asumió riesgos procesales del caso. Y esa misma consideración sirve para entender que la voluntad expresada por el demandante de accionar contra el Estado Colombiano, no presta argumento distinto a la afirmación de que solamente es el Estado Colombiano el demandado, sin posibilidad de interpretación extensiva, que permita señalar un organismo específico como responsable por los daños alegados.

4. Cuando se persigue el resarcimiento por perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado, en verdad, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer, no solo para la defensa dentro del proceso, sino para establecer, de manera directa, la afectación presupuestal que haya de derivarse, en el evento de un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda. En cuanto a lo primero, porque a las autoridades de la República les obliga proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y, para asegurar los deberes sociales del Estado, no pueden obrar de manera separada al ente que pertenecen o están adscritas. Las operaciones, los hechos u omisiones, sin excepción provienen o tienen su origen en un determinado órgano del Estado, como tales el responsable, precisamente, de repeler, a manera de defensa o por cualquier otro medio idóneo, cualquier reclamación indemnizadora, por su comportamiento. Y es que el Estado debe ser defendido, y para que ello se logre, no es suficiente citar al Agente del Ministerio Público, sino que se requiere dirigir la acción contra el ente que se dice o señala como responsable. De no ser así, se llegaría a la peligrosa circunstancia que el Estado no tuviera la protección procesal necesaria para desvirtuar las afirmaciones de los demandantes, que reclaman cualquier falla o falta del servicio, con amparo del artículo 16 de la Constitución Nacional. Y en lo que respecta a la afectación presupuestal, encuentra su fundamento en que cualquier condena debe hacerse con cargo a una entidad, y esto no se lograría, cuando se demanda al Estado Colombiano, porque a ningún ente, de manera concreta, se puede responsabilizar pecuniariamente, de esta clase de condena por perjuicios.

5. Frente al *sub-lite*, ¿se podrá predicar pertinente, en el camino de una interpretación de la demanda, como interrogante, de que el responsable es la Capitanía del Puerto de Buenaventura, por cuanto los hechos narrados la comprometen? Y aquí cabe otra pregunta: ¿esto es posible en presencia de una categórica afirmación y petición de que se declara al Estado Colombiano es civil o administrativamente de todos los daños y perjuicios para la falla del servicio de la mencionada Capitanía? Dentro de las facultades de interpretación que se le asigna al juzgador, se encuentra, tal como lo establece el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, para la efectividad de los derechos sustanciales, la de interpretar la demanda siempre y cuando no constituya un medio de enfrentarlas a las normas de procedimiento, de ineludible aplicación. La fuerza creadora, por tanto, del juez, tiene su respaldo en la búsqueda de los derechos sustanciales, para su reconocimiento, en el evento de que sean desconocidos, discutidos o atacados, pero dentro de un marco consecuente de procedimiento. De no ser, en vez de un ponderado correctivo, se convertiría, en un mecanismo de desorden o caos, que no sería viable prohijar. Por eso, las expresiones rotundas de la actora de demandar al Estado Colombiano no puede ser interpretado de manera diferente a que sólo es éste el demandado. En ese plan sitúo al actor su pretensión y en esa dirección llevó el proceso. Y más aún: la Capitanía del Puerto de Buenaventura no es un organismo reconocido que pueda, en un momento dado, asumir el carácter de administración activa. Por mandato del Decreto 2349 de 1971, dentro de la estructura de la entidad denominada Dirección General Marítima y Portuaria, están las Capitanías de Puertos, apenas como una división.

Pues bien, el Estado, encargado de prestar el servicio público, puede expresarse, tal como lo dispone el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, a través de la Nación, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, aún cuando, se ha distinguido, de manera preferencial, como la Nación. Sin embargo, al tratarse de precisar la responsabilidad no puede dejarse ese criterio amplio sin saber cuál es el ente que, en verdad, contrae el compromiso de asumir los efectos propios de la pretensión y las resultas del juicio. Y es que no es posible entender que el Estado sea condenado, por ejemplo, cuando no ha tenido ni puede tener, en los términos de la demanda, la concreción de la responsabilidad. Se podrá argüir, entonces, que para ello se notifica al Agente del Ministerio, trabándose, con plenitud la relación jurídico procesal. Pero no puede ser así, puesto que si se estima o considera que el Estado Colombiano es responsable, tiene que referirse la responsabilidad en el ente estatal respectivo. De otra manera, se concederían ventajas a los demandantes, que no debe admitirse en esta clase de controversias. Por esa misma razón el nuevo Código Contencioso Administrativo, en el artículo 149, recogió lo que doctrinariamente se sostenía, al consagrar:

"Representación de las personas de derecho público. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en ete Código si las circunstancias lo ameritan.

"En los procesos contencioso administrativos, la Nación estará representada por el ministro, jefe de departamento administrativo, superintendente, registrador nacional del estado civil, procurador o contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entadad que expidió el acto o produjo el hecho.

"Sin embargo, el Ministro de Gobierno representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y el de Justicia en lo referente a la Rama Jurisdiccional.

"En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto".

Además, como ya se dijo atrás, la postura adoptada por el propio demandante de dirigir la pretensión contra el Estado Colombiano, impide definir el ente público responsable. Y más aún, podrá decir, que ante la circunstancia observada, que el proceso está viciado de nulidad por falta de representación de la entidad demandada. Empero la categórica afirmación contenida en el escrito del apoderado del demandante visible a folio 42 recorta o impide estudiar o precisar cualquier nulidad. ¿Se puede, acaso, imponer al propio actor alguna conducta procesal distinta a la querida por el? La respuesta surge con nitidez: no, porque de ocurrir se crearían factores de voluntad no deseado por quien moviliza el aparato jurisdiccional del Estado.

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.

Cópiese y notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección, **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango**, con salvamento de voto.

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

DEMANDA CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO.— INTERPRETACION.— (Salvamento de voto).

1. Cuando se demanda al "Estado" hay que entender necesariamente que se demanda a la "Nación", personificada con aquel, nunca a algunas de las "entidades públicas territoriales" como son los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios, caso en el cual éstos deben aparecer plenamente determinados en el libelo demandatorio.

2. Determinar a que "Capítulo" o "Artículo" del presupuesto debe aplicarse la condena, es de técnica jurídico contable que ni siquiera obliga al Consejo de Estado su determinación mucho menos al demandante.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 2252.
Actor: **Olga Trujillo Agudelo de Trujillo.**

Me separo, respetuosamente, de la sentencia anterior, por las razones que sintetizo así:

a) Ni la defectuosa formulación del libelo, ni la terquedad del Procurador Judicial de la parte actora para insistir en su error, exonera al juez —menos al Juez Supremo— de interpretar la demanda para determinar, según sus términos, cual es la persona demandada y por este camino, resulta elemental:

1) "El Estado" es la personificación jurídica de la "Nación", a Esta es la población, el territorio y aquel su majestad jurídica.

2) Cuando se demanda al "Estado" hay que entender necesariamente que se demanda a la "Nación", personificada con aquel, nunca alguna de las "entidades públicas territoriales" como son los Departamentos, las Intendencias, las Comisarias o los Municipios, caso en el cual estos deben aparecer plenamente determinados en el libelo demandatorio.

3) Determinar a que "capítulo" o "artículo" del presupuesto debe aplicarse la condena, es de técnica jurídico contable que ni siquiera obliga al Consejo de Estado su determinación mucho menos al demandante.

4) Si la Capitanía del Puerto pertenece a la Armada Nacional, dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, es NACION y es ESTADO.

5) Si por ser Ministerio de Defensa Nacional la demanda, en cumplimiento del artículo 137 de la Ley 126 de 1959, debía notificarse al Secretario General de dicho Ministerio como *"representante administrativo"* de la Nación, pero no como "representante constitucional" de ella, que no lo era hasta la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, la "indebida representación" configura causal de nulidad que solo podría *"alegarse por la persona afectada"*, es decir, la Nación, a tenor del inciso 3o. del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil.

6) Y si pudiera hacerse valer de oficio, que no se puede, ello daría lugar a una nulidad procesal y nunca a inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda.

7) La Nación existe y es eterna y su personificación jurídica es el Estado, luego el sujeto de derecho demandado existe y fue precisado en el libelo.

No se puede confundir la falta del sujeto de derecho con la falta de representación legal o judicial del mismo.

Bogotá, D.E., agosto veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

OCUPACION TEMPORAL Y PERMANENTE SOBRE INMUEBLES POR TRABAJOS PUBLICOS.— El Decreto 01 de 1984, superó cualquier discusión sobre la materia al regular, dentro de las acciones, la de reparación directa, y entre ésta todas las que se derivan, por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos (artículo 86). Caducidad.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente No. 2724 INCORA.
Actor: **Rodrigo Gómez Rago y otros.**

Cumplido el trámite correspondiente en forma normal, se procede al estudio para decisión:

A— En demanda presentada con las formalidades legales, se pide que se hagan las siguientes DECLARACIONES:

a) Principales

"PRIMERO.— EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA) es responsable de los daños sufridos por los señores RODRIGO, CARLOS, URBANO Y DOMINGA GOMEZ RAGO por operaciones, omisiones y demás actuaciones materiales imputables a funcionarios de ese establecimiento público cometidas dentro del trámite de adquisición del inmueble "EL LORO", ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Lucía en el Departamento del Atlántico y cuyos linderos se transcriben más adelante, hechos y operaciones que han despojado a mis poderdantes de la posesión de parte del predio antes citado y de los rendimientos que de ella se derivaban.

"SEGUNDA.— Como consecuencias de la declaración anterior, y a manera de restablecimiento de los derechos desconocidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) a mis poderdantes, dentro del trámite de adquisición de parte del predio "LORO", con las operaciones y omisiones al mismo imputables, SE CONDENE al establecimiento público del orden nacional creado por la Ley 135 de 1961, denominado INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA) a pagar a mis mandantes, o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole que han sufrido actualizándolos en su valor en la fecha de la sentencia, tal como lo ha aceptado el Honorable Consejo de Estado en diversas oportunidades.

"Los perjuicios materiales comprenden un DAÑO EMERGENTE, el valor de los bienes arrebatados, y un LUCRO CESANTE, las sumas dejadas de percibir como ganancias del bien de que han sido despojados.

"TERCERA.— Si no se pudiera establecer el monto de los daños, se ordenará que se liquiden mediante incidente de regulación previsto en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil vigente.

"CUARTA.— EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA) dará cumplimiento a la sentencia dentro del término de que trata el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

"QUINTA.— Si dentro del término a que se refiere la petición anterior no se efectuare el pago de la indemnización, EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA) pagará los intereses moratorios corrientes doblados, como sanción por la mora en la cancelación de la obligación.

"b) Subsidiarias

"PRIMERA.— EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA) es responsable de los daños tanto morales como materiales sufridos por los señores RODRIGO, URBANO, CARLOS Y DOMINGA GOMEZ RAGO al no adquirir ese establecimiento oportunamente el predio "LORO", ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Lucía, Departamento del Atlántico, después de que el mencionado Instituto parceló parte del mismo y adjudicó a 24 familias de campesinos del Municipio de Manatí las parcelas, predio que se identifica por los linderos que se transcriben en el aparte HECHOS de este escrito.

"SEGUNDA.— Como consecuencia de la anterior declaración y a manera de restablecimiento de los derechos desconocidos, CONDENASE al demandado -INCORA- a pagar, dentro de los treinta (30) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a esta demanda, el monto actualizado de los daños sufridos.

"Si no se pudiere establecer el monto o *quantum* de los perjuicios, éstos se tasarán siguiendo el procedimiento de que tratan los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Si dentro del término de que trata el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo el INCORA no cancela el valor de los daños, pagará a los demandantes los intereses corrientes doblados como sanción por la mora.

"Si no fuere posible el restablecimiento de los derechos desconocidos tal como se ha formulado en este libelo, el Consejo de Estado dispondrá lo pertinente para lograr que mis poderdantes reciban la indemnización por los daños que les ha ocasionado el INCORA y sean restablecidos en los derechos que la conducta de ese Instituto les ha desconocido".

B— Los hechos se exponen así:

"PRIMERO.— Los señores RODRIGO, URBANO, CARLOS Y DOMINGA GOMEZ RAGO, quienes son vecinos del Municipio de Campo de la Cruz, Departamento del Atlántico, son desde el año de 1963, poseedores, tanto materiales como inscritos del predio rural denominado "LORO", ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Lucía (antes de Campo de la Cruz) Departamento del Atlántico con una extensión superficiaria de aproximadamente 350 hectáreas cuyos linderos son los siguientes: "Norte, con predio de Miguel Rodríguez S.; doctor Manuel S. Cassiani y José Martínez, hoy éste último fue de propiedad del señor Tomás Gómez V.; Sur, con predio que es o fue de José A. Martínez y Maximiliano Sanjuan. Este, con predios de Soler Martínez y Ciénaga de Boquita y Oeste, con predios de los herederos de Porfirio Castillo, Enrique Guzmán, Juan Manuel Polo y Martire Santana, teniendo por el Sur, un callejón en medio. Todo lo cual consta en el plano levantado por el señor agrimensor Eduardo Prieto N. que fue protocolizado por escritura No. ciento ochenta y seis (186) de fecha ocho (8) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963) de la Notaría Unica del Circuito de Sabanalarga".

"SEGUNDO.— El predio "LORO", que comprende los terrenos o potreros de "Loro" y "Guasimo", fue adquirido por los demandantes mediante adjudicación que se les hizo

en la sucesión del señor TOMAS GOMEZ VIZCAINO, tal como consta en la escritura número 346 de 28 de febrero de 1964, de la Notaria Tercera de Barranquilla, registrada en la Oficina de Registro de Sabanalarga, bajo el número 105, folio 310 del libro primero de 8 de abril de 1964, matrícula 216 Municipio de Campo de la Cruz.

"Como las medidas del predio en mención se encontraron equivocadas en la diligencia de partición, por medio de la escritura pública No. 1191 de 4 de junio de 1964, de la Notaria Tercera de Barranquilla, registrada en la Oficina de Registro de Sabanalarga el 20 de agosto de 1965, bajo el número 195, página 408, volumen 172 del libro 1o., se hizo la rectificación de su cabida que es de 350 hectáreas y no de 195, como se dijo en la partición.

"TERCERO.— El predio rural "LORO" fue adquirido por la señora Miguelina Rago de Gómez por prescripción extraordinaria de dominio declarada en proceso de pertenencia de la Ley 120 de 1928 seguido en el Juzgado Unico Civil del Circuito de Sabanalarga, que el día 15 de junio de 1963, en sentencia definitiva dispuso: "Declárase que pertenece legalmente, en dominio pleno y absoluto a la señora Miguelina Rago viuda de Gómez, de condiciones civiles vistas, por haber prescrito extraordinariamente en su favor mediante una posesión material, quieta, pacífica e interrumpida por medio de actos con ánimos de señor y dueño y durante un lapso mayor de veinte el siguiente inmueble... (aquí los linderos y la extensión)".

"CUARTO.— Por medio de la Resolución No. 1765 de 20 de marzo de 1964, de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria se inició el procedimiento para la adquisición del predio "LORO", que se ha descrito en el hecho primero de esta demanda. Surtido el trámite administrativo correspondiente, el INCORA decidió, paralelamente, iniciar procedimiento administrativo para declarar la reserva de los terrenos recuperados por la desecación artificial de la antigüa ciénaga "Boquitas", en jurisdicción del Departamento del Atlántico.

"QUINTO.— Dentro del procedimiento de adquisición del predio en mención, el INCORA entro en posesión de 199 hectáreas del "LORO", parceló esas tierras, las adjudicó a "24 familias campesinas del Municipio de Manatí" y canceló a mis poderdantes únicamente el valor de las mejoras.

"SEXTO.— De acuerdo por lo manifestado por el INCORA de las 199 hectáreas del globo de terreno de mis poderdantes "solo carecían de titulación 65 hectáreas".

"SEPTIMO.— Como el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) no cancelara el valor de la tierra propiedad de mis poderdantes adjudicada a las 24 familias de la población de Manatí, el doctor Pablo Emilio Manotas —en su condición de apoderado de dichos señores solicitó al Instituto la cancelación del valor de las tierras.

"OCTAVO.— Entonces el INCORA principió a adelantar las negociaciones tendientes a adquirir el predio de mis poderdantes, en la parte ocupada por los parceleros a quienes se les adjudicaron las 199 hectáreas, y hasta se elaboró una minuta de compra-venta que obra en el expediente administrativo de tales diligencias.

"NOVENO.— En 21 de julio de 1972 se ordenó por parte del funcionario del Proyecto Atlántico número 3, el envío de las diligencias "a la oficina de Asesoría Jurídica del Instituto con el fin de que por esa dependencia se conceptúe sobre la procedencia de continuar con el procedimiento de adquisición del predio EL LORO...".

"DECIMO.— Sin que previamente se hubiera procedido a efectuar el deslinde entre el predio de mis poderdantes y la zona que comprende los terrenos recuperados por la desecación de la ciénaga de "boquitas", el Instituto dilató la resolución sobre adquisición del predio "LORO" y el pago de su valor, en diversas oportunidades ordenó a partir del 10 de octubre de 1974, determinar el número de hectáreas que correspoden a los hermanos Gómez Rago "su deslinde y amojonamiento de la parte declarada como reserva", etc., sin que ello se complicara.

"DECIMO PRIMERO.— El 24 de septiembre de 1975, nuevamente, el Gerente Regional del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Proyecto Atlántico, remitió "a la Subgerencia Jurídica el expediente No. 51 que contiene el trámite de adquisición del predio rural denominado "EL LORO"... a fin de que por conducto de la División de Adquisiciones se estudie la posibilidad de formular oferta de compra. El 1o. de diciembre de 1975 el Jefe de la Sección de Adquisición de Tierras de la Subgerencia Jurídica remitó el expediente nuevamente al Director del Proyecto Atlántico "para que se proceda de conformidad con las instrucciones impartidas por esta Sección".

"DECIMO SEGUNDO.— Con fecha de 3 de agosto de 1976, el Gerente Regional del PROYECTO Atlántico, del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, "con el fin de formular oferta de compra a los propietarios del predio "EL LORO", del Municipio de Campo de la Cruz", ordenó un levantamiento topográfico "tendiente a deslindar del predio objeto del presente proceso la extensión de 7-0.500 hectáreas" "sendos levantamientos topográficos dirigidos a calcular las áreas ocupadas por los parceleros del INCORA dentro del predio "EL LORO" de propiedad de los HERMANOS GOMEZ RAGO, y la ocupada por estos últimos señores en la zona declarada como Reserva Nacional mediante Resolución No. 76 de 1966".

"DECIMO TERCERO.— Hasta la fecha el INCORA no ha resuelto sobre la adquisición del predio "LORO" ni ha pagado a mis poderdantes suma alguna por concepto de las 199 hectáreas que colonos a quienes el Instituto adjudicó 24 parcelas en terrenos del predio de mis clientes, a pesar de que éstos dejaron de usufructuar desde hace muchos años.

"DECIMO CUARTO.— La omisión del INCORA consistente en el no pago oportuno de las sumas de dinero que constituian el precio del predio "LORO" en la parte ocupada por el INCORA, y la demora en formular la oferta de compra son hechos que comprometen la responsabilidad de ese ente público y dan lugar a fallas del servicio imputables a ese establecimiento que generan el derecho al pago de perjuicios para mis poderdantes.

"DECIMO QUINTO.— El no pago de la suma debida por concepto de las 199 hectáreas, constituye DAÑO EMERGENTE para los señores RODRIGO, URBANO, CARLOS Y DOMINGA GOMEZ RAGO, pues evidente que el Instituto no puede hoy devolver a dichos señores la porción de su predio que ocupan los parceleros de Manatí. Igualmente, la falta de cancelación oportuna del valor de las 199 hectáreas, ha producido en mis clientes un daño, cual es, que han dejado de percibir los frutos o rendimientos económicos que hubieran devengado si el Instituto en el año de 1969 les cancela el valor de la tierra ocupada.

"DECIMO SEXTO.— Como el dinero ha perdido parte de su valor adquisitivo entre la fecha en que debió ser cancelada por parte del INCORA la suma de dinero de las 199 hectáreas y el presente, y como esa pérdida es parte del daño imputable al INCORA, lógicamente, tiene que entenderse que constituye una prolongación del daño sufrido por los demandantes, la pérdida de ese poder adquisitivo de la moneda, y, por ello, el Instituto deberá pagarles una suma que equivalga en su poder de compra a la cantidad de dinero que habría tenido que cancelar cuando debió adquirir el bien de mis poderdantes".

C— Como disposiciones violadas citó los artículos 2o., 10, 16, 26 y 30 de la Constitución Nacional y 3o. numerales a), d) y 1); 54 y 61 de la Ley 135 de 1961.

La Fiscal 2o. del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, estimó que se debe declarar inhibido el Consejo de Estado, para entrar a estudiar el fondo del asunto, por falta de competencia.

II

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Dentro del ámbito procesal del artículo 68 de la Ley 167 de 1941, se demandó, como quedó consignado, al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- para que le condenara, como petición principal por operaciones, omisiones y demás actuaciones materiales imputables a funcionarios del Instituto "dentro del trámite de adquisición del inmueble "EL LORO", ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Lucía en el Departamento del Atlántico y cuyos linderos se transcriben más adelante; hechos y operaciones que han despojado a mis poderdantes de la posesión de parte del predio antes citado y de los rendimientos que de ella se derivaban" al pago de los perjuicios sufridos, daño emergente —valor de los bienes arrebatados y lucro cesante— las sumas dejadas de percibir como ganancias del bien de que han sido despojados"; y como petición subsidiaria, la responsabilidad de los daños tanto materiales como morales sufridos al no adquirir ese establecimiento el predio "Loro", "después de que el mencionado Instituto parceló parte del mismo y adjudicó a 24 familias de campesinos del Municipio de Manatí las parcelas" y al pago de los perjuicios respectivos.

2. Inicialmente, se inadmitió la demanda. Para el Consejero Sustanciador no era procedente adelantarse por esta jurisdicción el proceso sino por la ordinaria, por tratarse de una controversia sobre el dominio de un inmueble, por la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941. Al suplicarse el auto que negaba la admisión de la demanda, la Sala revocó, por la cual dispuso su impulso por esta vía.

3. Para la colaboradora Fiscal, precisamente, la posición inicial del Consejero Sustanciador, debe reflejarse en esta etapa del proceso, en el sentido de un pronunciamiento inhibitorio. Sostiene la Fiscal Segunda:

"La demanda con que se inició el proceso, fue rechazada por auto de fecha junio 13 de 1979, por el señor consejero sustanciador, habida consideración de que en la "demanda se plantea una cuestión de dominio y pretende un pronunciamiento de esta Corporación, mediante el proceso contencioso administrativo, sobre un supuesto "despojo" de la propiedad inmueble y ello no es procedente porque la competencia correspnde a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de junio de 1955, al declarar la inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, "pero solo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública, y al aclarar, con posterioridad, que "en la parte motiva de la sentencia de que se trata, la Corte sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración son de la competencia de la justicia ordinaria, de manera que la sentencia judicial que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial".

"El auto que no admitió la demanda fue suplicado en tiempo oportuno por el señor apoderado de la parte actora y este recurso fue resuelto en forma favorable en el sentido de revocar el auto y en su lugar admitir la demanda, con salvamento del consejero doctor Valencia Arango.

"Como puede verse hubo divergencias en la Sala para la admisión de la demanda, lo que nos indica que es preciso antes que todo, estudiar las pretensiones formuladas en la demanda.

"En efecto, textualmente se solicita en PETITUM principal, que "se declare responsable al INCORA de los daños sufridos por los señores RODRIGO, CARLOS URBANO Y DOMINGA GOMEZ RAGO por operaciones, omisiones y demás actuaciones materiales imputables a funcionarios de ese establecimiento público cometidas dentro del trámite de adquisición del inmueble "EL LORO" ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Lucía en el Departamento del Atlántico y cuyos linderos se transcriben más adelante, hechos y operaciones que han despojado a mis poderdantes de la posesión de parte del predio antes citado y de los rendimientos que de ella se derivaban".

"Por su parte, la petición subsidiaria, está dirigida en los siguientes términos: EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA) es responsable de los daños tanto morales como materiales sufridos por los señores RODRIGO, URBANO, CARLOS Y DOMINGA GOMEZ RAGO, al no adquirir ese establecimiento oportunamente el predio "EL LORO", ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Lucía, Departamento del Atlántico, *después de que el mencionado Instituto parceló parte del mismo y adjudicó a 24 familias de campesinos del Municipio de Manatí las parcelas*, predio que se identifica por los siguientes linderos...".

"Tenemos entonces que si bien es cierto que la acción instaurada por la parte actora es la acción ordinaria de INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, el hecho generador de aquellos, según la petición principal consistió en hechos y operaciones realizadas por el INCORA, por medio de los cuales *han sido despojados los actores GOMEZ RAGO de la posesión y propiedad de parte del predio "EL LORO"* y de los rendimientos que de ella derivaban; y la petición subsidiaria la hacen consistir en el pago de los perjuicios recibidos por los actores como consecuencia de la *parcelación por parte del Instituto y posterior adjudicación a 24 familias de campesinos del Municipio de Manatí de los predios de su propiedad.*

"Sin necesidad de muchas disquisiciones se llega a la conclusión de que es imposible para esta Corporación, entrar al fondo del asunto por falta de competencia para ello, ya que según sentencia de la Corte Suprema de Justicia corresponde a la jurisdicción ordinaria resolver las reclamaciones sobre ocupación permanente de la propiedad privada por parte del Estado. En este punto coincide la Fiscalía con las afirmaciones hechas en la providencia por medio de la cual no se admitió la demanda y que lleva fecha 13 de junio de 1979, folio 69 vuelto cuaderno No. 1.

"Tenemos entonces que el Consejo de Estado debe declararse inhibido para entrar a estudiar el fondo del asunto por falta de competencia para resolver sobre las súplicas de la demanda, ya que si bien es cierto la jurisdicción contencisa administrativa tiene facultad para resolver sobre las *acciones indemnizatorias*, a tenor de lo previsto en el Decreto-Ley 528 de 1964, no lo es para resolver sobre indemnizaciones que surjan a raíz de la ocupación permanente de la propiedad privada, como en el caso presente".

4. Estima la Sala que el punto de apreciación jurídica en torno a si la competencia es de la jurisdicción contenciosa administrativa o la ordinaria, que sirvió, en primer

momento, para la inadmisión de la demanda, y, luego, para la petición de un fallo inhibitorio, carece de importancia ser dilucidado ahora, por cuanto, el nuevo ordenamiento contencioso administrativo —Decreto 01 de 1984—, que entró a regir el 1o. de marzo, superó cualquier discusión sobre la materia al regular, dentro de las acciones, la de reparación directa, y entre esta todas las que se derivan, por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos (artículo 86). Es decir, la inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 y que por consiguiente, le entregaría a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de la ocupación de inmuebles con motivo de trabajos públicos, ya no es punto de conflicto, ni doctrinario, ni de competencia, puesto que la norma citada, le devolvió a esta jurisdicción el conocimiento pleno de los asuntos que se controviertan sobre el particular. Preceptúa el artículo 86: "Acción de reparación directa y cumplimiento. La persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad. La misma acción tendrá todo aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos".

Con la vigencia, pues, del Decreto 01 de 1984, la controversia que se suscitó en este proceso, precisamente, sobre la competencia para el conocimiento de los asuntos de la ocupación permanente o temporal ha quedado en un plano simplemente teórico sin incidencia alguna en el caso *sub-júdice*.

5. Lo anterior lleva a la Sala, entonces, a apartarse, de manera frontal, de las consideraciones hechas tanto por la colaboradora Fiscal, como por la aporderada de la entidad demandada, y, aún, de la posisión del Consejero Sustanciador y del salvamento de voto que obra dentro del proceso. Con la advertencia, bueno decirlo, de que todo lo que se dijo alrededor de esta materia de competencia, fue bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941.

6. Los demandantes pretenden que se les indemnice por los perjuicios causados por el INCORA, en atención a que por operaciones, omisiones y demás actuaciones materiales imputables a funcionarios de esa entidad, perdieron la posesión del predio denominado "El Loro". Así se plantea en la petición principal. Y en la subsidiaria, se traza similar línea al señalar responsabilidad del INCORA al no adquirir el predio, no obstante que el Instituto "parceló parte del mismo y adjudicó a 24 familias de campesinos del Municipio de Manatí las parcelas". En estas condiciones, entiende la Sala, que se debe entrar a estudiar y precisar si se operó el fenómeno de la caducidad, atendida la circunstancia de que la demanda se presentó el día 16 de mayo de 1979, y muchos aspectos de referencia se extienden a 1964.

7. En verdad, con la Resolución 1765 del 20 de marzo de 1964, la Gerencia General del INCORA, en uso de las atribuciones conferidas por la Ley 135 de 1961 inició el procedimiento para la adquisicón del predio "LORO". (folios 31 a 33 cuaderno 3). Así lo reconocen los demandantes en el hecho *cuarto*. Más todavía, afirman, ahí mismo, que el INCORA "decidió, paralelamente, iniciar procedimiento administrativo para declarar la reserva de los terrenos recuperados por la desecación artificial de la antigüa ciénaga "Boquitas", en jurisdicción del Departamento. "Esto culminó con la Resolución número 73 de 11 de abril de 1966 (folios 112-118 cuaderno 3). No se puede mencionar este hecho, como una inconformidad con el acto administrativo, por cuanto apenas sirve para indicar los pasos dados alrededor de la adjudicación del inmueble, o sea, dentro de la operación respectiva.

8. En cambio, el hecho *quinto* si adquiere relevancia, como factor determinante para que la demanda se formulara dentro de un plazo definído, so pena que se ofreciera

la caducidad. "Dentro del procedimiento de adquisición del predio en mención el INCORA entró en posesión de 199 hectáreas del "LORO", parceló esas tierras, las adjudicó a 24 familias campesinas del Municipio de Manatí y canceló a mis poderdantes únicamente el valor de las mejoras". ¿Y cuando ocurrieron estos hechos? Según consta en el proceso, la parcelación y entrega de las tierras se cumplió en septiembre o en julio de 1969. Así se dice en oficio del INCORA (folio 9 cuaderno 1) y se refieren los peritos (folio 277 cuaderno 3). Pues bien, este último es el momento que debe ser tenido en cuenta, puesto que si la demanda parte del supuesto de la perdida de la posesión del predio, que es sabido no es nada distinto a un simple poder de hecho, debe contarse cualquier conducta de la administración para tales efectos, con mayor razón cuando se dice que a 24 familias campesinas, por decisión del INCORA, se les entregó el inmueble, es decir, ahí se produce el hecho. Entonces, si se repara que no se hizo con el cumplimiento de todas las exigencias legales, y, por ende, operó "un despojo", gozaban los actores del plazo señalado en el artículo 25 del Decreto 528 de 1964, de tres años para demandar la indemnización por los perjuicios causados por la pérdida de la posesión del inmueble.

9. Si se pretende endilgarle a la administración falta alguna con ocasión de la conducta de sus funcionarios, para, luego, montar responsabilidad, debe quedar claro el momento en que se presenta o bien la acción, o la omisión, irregularidad, ineficiencia, constitutiva del daño, por cuanto no puede quedar sin definición en el tiempo un facto tan importante como éste. Para el que aspira a que se le resarza cualquier perjuicio debe partir de un supuesto: la ocurrencia del hecho. Y en el asunto *sub-examine* si los demandantes estaban inconformes con la manera cómo el INCORA trataba lo atinente a la adquisición del predio, no obstante se les canceló las mejoras, que a juicio de la entidad demandada era lo único a que estaba obligada, y por ello, reclaman la indemnización por el precio del inmueble, era su deber, en procura que la justicia le concediera lo que administrativamente se le negaba, demandar dentro de los tres años siguientes a la pérdida del predio, que es sobre el cual recae el pretendido daño.

10.—No puede, por tanto, constituir los actos administrativos de trámite y discusión sobre el dominio del predio, que si era de los demandantes o baldíos, como los hechos indicadores de la alegada falta de la entidad demandada. Eso haría interminable, en el tiempo, cualquier eventual controversia, con el peligro de la inestabilidad que crearía, porque bastaría que de manera reiterada y periódica se formularan reclamaciones para mantener vigente la posibilidad de discutir por la vía contenciosa cualquier pretensión. Se debe insistir, que dentro del marco impuesto por los propios demandantes, el plazo para intentar la acción se contaba a partir del momento en que se perdió la posesión del predio, que se repite, ocurrió en el mes de septiembre de 1969.

11.—Se hace ostensible la caducidad de la acción, puesto que el plazo se vencía en septiembre de 1972, y la demanda se presentó, como quedó consignado el día 16 de mayo de 1979. Entonces, no podrá estudiarse el fondo del asunto, lo que impone un pronunciamiento inhibitorio.

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.

Cópiese y notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección, **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango,** Con salvamento de voto.

Arturo Mora Villate, Secretario.

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

OCUPACION TEMPORAL Y PERMANENTE SOBRE INMUEBLES.— (Salvamento de voto).

1. Competencia (antes del Decreto 01 de 1984) de la Jurisdicción ordinaria para conocer sobre la ocupación permanente por trabajos públicos y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por ocupación temporal por trabajos públicos. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado).

2. Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a partir del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), para conocer sobre la ocupación temporal y permanente por trabajos públicos, y NO CUANDO SE DEBATA EL DOMINIO DE LA PROPIEDAD.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 2724.
Actor: **Rodrigo Gómez Rago y otros.**

Las razones que tengo para separarme de la sentencia anterior, son las siguientes:

A. Expresé en mi salvamento de voto del auto 8 de noviembre de 1979, que revocó el inadmisorio de la demanda, y admitió el libelo y dispuso su trámite, lo siguiente:

"I. *La demanda.* En escrito presentado el 16 de mayo de 1979, Rodrigo, Carlos Urbano y Dominga Gómez Rago, impetran:

a) La declaración de responsabilidad del INCORA por los daños causados, "por operaciones, omisiones y demás actuaciones materiales imputables a funcionarios de ese establecimiento público cometidas dentro del trámite de adquisición del inmueble "EL LORO"..."; "hechos y operaciones que han despojado a mis poderdantes de la posesión de parte del predio antes citado...".

b) La condena al pago de los perjuicios, los cuales comprenden "UN DAÑO EMERGENTE el valor de los bienes arrebatados..."

c) *La primera subsidiaria* impetra la declaración de resposabilidad del "INCORA" al no adquirir ese establecimiento oportunamente el predio "LORO"... *después de que el mencionado Instituto parcelo .... parte del mismo y adjudicó a 24 familias de campesinos del Municipio de Manatí las parcelas".*

En armonía con lo anterior y como claro respaldo fáctico de las anotadas pretensiones, dicen los hechos del libelo:

1.— (el 5o.) "... *el INCORA entró en posesión de 199 hectáreas del "LORO", parceló las tierras, las adjudicó a "24 familias campesinas del Municipio de Manatí y canceló a mis poderdantes únicamente el valor de las mejoras".*

2.— (el 7o.) *"como el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) no cancelara el valor de las tierras de propiedad de mis poderdantes adjudicada a las 24 familias de la población de Manatí,... solicitó al Instituto la cancelación del valor de las tierras".*

3.— (el 14.) *"La omisión del INCORA consistente en el no pago oportuno de las sumas de dinero que constituian el precio del predio "LORO"..."*

4.— (el 15.) *"El no pago de la suma debida... pues es evidente que el Instituto no puede devolver a dichos señores la porción de su predio que ocupan los parceleros de Manatí..."*

II.— El auto suplicado. La providencia del Consejero Sustanciador doctor Jorge Dangond Flórez del 13 de junio pasado, declara inadmisible la demanda, por falta de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de controversias relacionadas con "el dominio de los inmuebles" o "la ocupación permanente de los mismos", según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de junio de 1955, sobre inexequibilidad de los artículos 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo.

III.— *La decisión de la Sala.* La Sala de Decisión al resolver el recurso de súplica contra el auto inadmisorio de la demanda, en proveído de 8 de noviembre pasado, revoca el auto impugnado y *admite* la demanda, por cuanto:

a) No se trata de "trabajos públicos" a tenor de la demanda controvertida;

b) Según el libelo "... *el INCORA entró en posesión de 199 hectáreas las que parceló y adjudicó a 24 familias campesinas y, el propio abogado demandante acepta que solamente le pagaron las mejoras...". "De modo, pues, que el Instituto Agrario no ocupa en el momento las tierras ya nombradas porque simplemente, con sus actuaciones las entregó a las 24 familias campesinas y, por ello, debe decirse que no se evalúa por ningún aspecto que se trate de un asunto de dominio puesto que no se va discutir o dilucidar la propiedad del inmueble".*

1. ¿Querrá decir este auto, que parcelar tierra ajena y entregarla a campesinos en adjudicación, NO ES DISPONER DEL DOMICILIO AJENO?

2.— ¿Querrá, decir por el contrario, que la Administración puede despojar al particular del dominio del inmueble y si lo conserva, la competencia es de la justicia ordinaria y lo entrega a terceros, disponiendo como "dominio", la competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa?

3.— ¿O, por el contrario, no obstante que la demanda pretende "el precio de las tierras" ocupadas o arrebatadas, considera la Sala de Decisión que no se discute la propiedad del fundo o predio?

4.— ¿Se presume posible reconocer "El precio de la tierra" arrrebatada sin ordenar el traspaso del dominio?

5.— ¿O, se pretende competente para resolver el juicio de dominio así planteado?

No hay duda de que la controversia se centra en el "despojo" de la propiedad inmueble, en la "ocupación definitiva" de la propiedad inmueble del administrado, con posterior disposición "irreversible" o según el libetista de que dicho dominio, en beneficio de campesinos adjudicatarios o, si se quiere en una "expropiación de hecho", sin "previa indemnización", como lo ordena la Constitución Política;

IV.— *Sobre la incompetencia de esta jurisdicción para tal conocimiento, dijo la Corte Suprema de Justicia:*

"Un breve bosquejo histórico sobre las vicisitudes constitucionales del Consejo de Estado y de la jurisdicción especial de lo Contencioso Administrativo, sirve para aclarar cuestiones de influencia en la resolución que habría de tomar la Corte en este negocio.

"El Consejo de Estado fue creado por primera vez por la Constitución de 1830, para "auxiliar al poder ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la administración pública", pero sin ninguna función jurisdiccional. Con ese mismo carácter lo conservó la Constitución de 1832; pero fue suprimido desde la Constitución de 1843, para ser establecido solamente en la de 1886, con estas características:

"Por una parte, era cuerpo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, y por otra, tenía la facultad de decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley establecía esa jurisdicción, ya debiera conocer de ellas en única instancia o en grado de apelación.

"Por el artículo 164 quedó autorizado el legislador "para establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo Tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamntos", y atribuyendo al Consejo de Estado "la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración", pero el artículo 151 reservó a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de "los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más departamentos", y los referentes a la "validez o nulidad de las Ordenanzas Departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles.

"Es fácil entender entonces que el mandamiento judicial exigido por el artículo 32 para la enajenación forzosa o expropiación, sólo podía ser en el pensamiento del constituyente de 1886, el proveniente de la justicia ordinaria o poder judicial propiamente dicho y en ningún caso el que dictaran las autoridades de lo contencioso administrativo, para cuya creación quedó apenas autorizado, el legislador.

"La Constitución de 1886 garantizó la propiedad privada contra todo ataque o desconocimiento proveniente de ley posterior; pero consagró al mismo tiempo el sabio principio de la primacía del interés público sobre el interés individual o privado que da asidero a la expropiación o enajenación forzosa de la propiedad. En el autorizado concepto del doctor Esteban Jaramillo "la Constitución somete a la enajenación forzosa de la propiedad a las siguientes normas: 1) Que obedezca a graves motivos de utilidad pública, de suerte que no puede efectuarse para fines de conveniencia privada; 2) Que esos mismos motivos sean definidos por el legislador, y no por el Gobierno u otra entidad administrativa; 3) Que se haga mediante mandamiento judicial a fin de que ante jueces ordinarios y conforme al derecho común pueda el propietario obtener

justicia; 4) Que se indemnice el valor de la propiedad, y 5) Que la indemnización se cubra antes de verificarse la expropiación". (Esteban Jaramillo, el Concepto Jurídico — Social de la propiedad).

"El Acto Legislativo No. 10 de 1905 suprimió el Consejo de Estado, y posteriormente el Acto Legislativo No. 3 de 1914 ordenó establecer la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero reservando a la autoridad judicial la suspensión y anulación de las Ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos (artículos 57, 58, 63 y 64). En el artículo 5o. se renovó la garantía del mandamiento judicial "como requisito previo indispensable para la expropiación en tiempo de paz".

"El Consejo de Estado fue establecido por el Acto Legislativo de 1914 como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración debiendo ser necesariamente oído para dictar las providencias de que tratan los artículos 28 y 121 de la Constitución. Correspondía también al Consejo de Estado "Desempeñar funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que sea la ley.

"El artículo 24 del proyecto de reforma constitucional auspiciado por la Comisión del Senado de 1936 no exigía para la expropiación ni "mandamiento judicial" ni indemnización previa, y autorizaba a la ley para "determinar el régimen de las expropiaciones e indemnizaciones". En las discusiones se sugirió la conveniencia de que por medio de tales normas constitucionales los juicios de expropiación "fueran quitados de la jurisdicción de los jueces ordinarios para entregarlos a la decisión de los funcionarios del orden contencioso administrativo". No admitió, sin embargo, el constituyente de 1936 esta sugerencia pero ni siquiera concedió la autorización para que por medio de la ley ordinaria se determinara el régimen de las expropiaciones e indemnizaciones, sino que de nuevo reiteró la garantía del mandamiento judicial y de la previa indemnización.

"Fuera de esta enfática reiteración de un principio que venia rigiendo desde las constituciones de 1858, y 1886, las reformas de 1936 y 1945 no introdujeron sobre el punto otras modificaciones que las de llamar ramas del poder público a los que antes se llamaban órganos o poderes; autorizar bajo ciertas condiciones las expropiación sin indemnización y suprimir el ordinal 3o. del artículo 148, según el cual la Corte Suprema de Justicia debía conocer "De los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más departamentos".

"Tal como rige la Constitución después de las reformas que le han sido introducidas hasta hoy, puede decirse que, excepto las atribuciones indicadas en los artículos 90, 122, 141, 151, 212, 214 y 216, las demás funciones del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de la especial del trabajo, de las Cortes Marciales o Tribunales Militares y demás Tribunales y Juzgados, deben serle señaladas por la ley como se desprende del contexto de los artículos 137, a 141 (ordinal 4o.), 151 (ordinal 4o.), 152, 154, 164 y 170. Los artículos 192 y 193 atribuyen especialmente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad de anular o suspender los actos de la administración, las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos Municipales.

"Surge enseguida la primera cuestión suscitada por el demandante y por el señor Procurador General de la Nación, así como por la jurisprudencia transcrita atrás de la Sala de Negocios Generales de la Corte y del Consejo de Estado: ¿Qué negocios puede la ley atribuir a la llamada justicia ordinaria y a las jurisdicciones especiales. Y como premisa necesaria de la anterior, pertenecen todos estos organismos a la llamada Rama Jurisdiccional del Poder Público en forma tal que las decisiones que ellos pronuncian puedan ser indistintamente calificadas de sentencias judiciales?

"a) El artículo 55 de la Constitución dice que las ramas del poder público son la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional, y que el Congreso o sea la rama Legislativa, el Gobierno, o sea la Ejecutiva y los jueces que constituyen la Jurisdiccional, "tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la relación de lo fines del Estado". Cada una de estas ramas es objeto de reglamentación en Capítulos distintos de la Carta Fundamental.

"En general, ni el Ejecutivo ni el Legislativo ejercen funciones jurisdiccionales, así se considere esta función desde el punto de vista material. Desde el punto de vista formal, el acto jurisdiccional se estudia por los caracteres de que lo reviste el derecho positivo; y desde el punto de vista material se tiene en cuenta su consistencia propia y los elementos que lógicamente lo componen.

"Formalmente, es acto jurisdiccional aquel al cual se da una fuerza jurídica de una calidad particular en consideración a que emana de un órgano que tiene por ley positiva el poder de imprimir a sus decisiones una fuerza de esta naturaleza. Formalmente, es suficiente que el acto esté dotado de esta calidad particular de fuerza jurídica que se llama la cosa juzgada. La cual no debe confudirse ni entenderse como "la fuerza obligatoria de la sentencia", pues este carácter obligatorio es común a todos los actos jurídicos. Ella consiste en la irrevocabilidad del acto jurisdiccional, o sea, en la imposibilidad de revisar la decisión, agotados los recursos que la ley concede. La autoridad de la cosa juzgada pertenece indistintamente a todos las sentencias, aunque varíe la extensión de sus efectos, pues a veces éstos quedan limitados a las partes en litigio y otras, se producen con respecto a todos.

"Materialmente considerado, el acto jurisdiccional no puede ser definitivo sino por los carácteres que posee en sí mismo, es decir, por su consistencia o contextura interna. Estos caracteres no le son atribuidos por una manifestación de voluntad de la autoridad legislativa: le son deducidos por el análisis jurídico, y todo acto que entre en la noción lógica de sentencia los ofrece necesariamente, aunque no sea considerado por ley positiva como un acto jurisdiccional.

"Bajo esta perspectiva, el acto jurisdiccional tiene caracteres que le son propios y que no se encuentran en otra clase de actos. El forma un complejo de dos elementos, unidos entre sí pero distintos sin embargo. Estos dos elementos son: de una parte, la comprobación sobre la existencia o inexistencia de un ataque al derecho, y de otra parte, una decisión que tiene por objeto sacar las consecuencias de aquella comprobación. Existe un nexo lógico entre los dos elementos porque el segundo se desprende del primero y está determinado por él en su contenido. Dándose una afirmativa respuesta al punto de violación del derecho, una cierta decisión se impone, sin que su autor pueda querer otra distinta. Pero el contenido de esta decisión esta predeterminado por la regla legal, las decisiones deben consistir en la aplicación exacta y en cierto modo automática de derecho al caso *sub-júdice*, aplicación que se hace en virtud de un razonamiento puramente lógico.

"Los caracteres del acto jurisdiccional se encuentran en general, en las sentencias de la llamada justicia ordinaria, que está formada por la Corte Suprema de Justicia, en la más alta jerarquía, hasta los Juzgados Municipales (artículos 58, 155, 157 y 158 de la Constitución), y también, aunque que con algunas variantes, en las que pronuncian los funcionarios de lo contencioso administrativo, (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos) artículo 136 y 154 *ibídem*). Variantes que consisten en que, en el contencioso de plena jurisdicción, los poderes de investigación y decisión no se hallan tan estrechamente limitados como los del juez ordinario, sino que llegan hasta poder "sustituir su decisión a la que ha sido atacada" (AUCOC), o como dice Laferiere, el Juez puede "reformar las decisiones tomadas por la administración, no solamente cuando

ellas son ilegales, sino cuando son erróneas". De otro lado, el contencioso de anulación se caracteriza por el poder limitado que se ejerce para "hacer caer un acto irregular sin que nada se pueda después de haber anulado ese acto, sustituirlo por una decisión diferente. Esta jurisdicción no tiene por verificar más que una cosa: ¿ha actuado la administración dentro de los límites de sus poderes? En caso afirmativo, deja subsistente el acto; si se ha salido de aquellos límites, lo anula". (AUCOC. Laferiere, Ducrocq, Romieu).

"De suerte que, con las variantes indicadas, que no carecen por lo demás de importancia para los fines de este fallo, las decisiones de la justicia ordinaria, así como las que pronuncian las autoridades de lo contencioso administrativo, tienen el caracter de acto jurisdiccional, sea que se las considere desde el punto de vista formal, ya que hacen tránsito a cosa juzgada en cuanto son irrevocables, o desde el punto de vista material, teniendo en cuenta su estructura interna.

"b) De aquí que deba estudiarse la otra cuestión suscitada por el Consejo de Estado y por el señor Procurador, a saber: Si tanto la decisión de la justicia ordinaria como la de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son actos de jurisdicción, es indiferente a los fines constitucionales que la ley atribuya indistintamente a una y otras autoridades el conocimiento de cierta clase de asuntos. En otros términos, ¿debe el legislador, según nuestro sistema constitucional, atribuir las funciones a las diversas autoridades jurisdiccionales con sometimiento a ciertos principios, o está autorizado para hacerlo a su capricho, al azar?

"Y concretamente, ¿la "sentencia judicial" de que habla el artículo 30 de la Carta con referencia a la expropiación por causa de utilidad pública, es precisamente aquella que dicta la justicia ordinaria o puede ser también, concurrente o indistintamente, la que dicte el contencioso administrativo?

"Atendiendo el origen histórico de las jurisdicciones, se ve que ellas han sido organizadas por el constituyente, desprendiendo sus funciones, a título de distribución de trabajo especializado, de la masa o conjunto general que venía atribuida a la justicia ordinaria. Como su nombre lo indica, las jurisdicciones especiales han sido erigidas para ciertas materias específicas, pues si no se entendiera así debería llegarse a la conclusión de que el Constituyente habría autorizado la creación de jurisdicciones especiales no especializadas, lo cual sería un verdadero contrasentido. La Constitución, se ha dicho, es la norma que organiza no el principio que anarquiza.

"Y debe observarse en primer lugar, que así en la teoría jurídica general como en la directamente se desprende de la Constitución colombiana, se destacan nítidamente, con perfiles definidos, las materias que deben conocer las diversas jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria: prescindiendo del derecho penal, la materia sobre que la justicia ordinaria tiene el poder jurídico de ejercer su función está plasmada en las tres grandes instituciones que constituyen el derecho privado: la familia, la propiedad privada y el contrato (Derecho Civil y Derecho Comercial); la justicia administrativa tiene, por definición, como ámbito propio, el formado por el conjunto de reglas a que está sometida la actividad del Estado, la actividad de la administración en general, así como la jurisdicción especial del trabajo debe estar circunscrita a las relaciones del trabajo y solo a ellas.

"Ya la Corte Plena, en sentencia de 20 de febrero de 1941, destacaba los rasgos esenciales de la jurisdicción contencioso administrativa, desde el punto de vista constitucional:

" 'De acuerdo con las atribuciones que el Consejo de Estado señala el artículo 137 de la Constitución, le corresponde actuar como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno

en asuntos de Administración. Acorde con la noción y significación jurídica de la justicia administrativa, destinada a buscar un control de legalidad de los actos de la administración estatal, sus órganos jurisdiccionales, dentro de nuestro sistema constitucional al respecto, forman en realidad un poder independiente y especial, integrado por entidades distintas de la administración misma y de las que otorgan la justicia ordinaria propiamente dicha' " (Gaceta Judicial No. 1066, página 658).

"Pero no todos los actos de la Administración caen bajo el control de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo. Como en todas las materias del derecho, especialmente del derecho público, la doctrina ha ido lentamente aquilatando la noción fundamental que sirve para distinguir entre la diversa calidad de actos administrativos, los que por su naturaleza deben caer bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo y aquellos que deben atribuirse a la justicia ordinaria. Unas veces la distinción se basaba en el carácter de las reglas del derecho que regía al acto cumplido por la administración otras veces, teniendo en cuenta como criterio sustancial la noción de servicio público, se ha afirmado que los litigios relativos a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos deben ser en principio, de la competencia del Juez administrativo, en tanto que a la justicia ordinaria corresponden los que tienen origen en la actividad administrativa que se ejerce fuera de estos servicios públicos.

"En todo caso, la doctrina tiene admitido que no todo acto de la administración, por el solo hecho de serlo, deba caer bajo la jurisdicción administrativa, sino que hay algunas contenciones a que da origen la actividad administrativa que son de la competencia de la justicia ordinaria.

"A esclarecer el punto contribuyen, de otro lado, la naturaleza jurídica del recurso contencioso, que no es otra cosa que la revisión jurisdiccional de un acto administrativo. "En efecto —dice Fernando de Velasco— la cualidad característica de la jurisdicción contencioso radica en ser sustancialmente crítica y revisora; lo que significa que su misión se reduce y concreta a examinar las decisiones, acuerdos y otros actos administrativos que se dictan en la vía gubernativa para mantenerlos, revocarlos, anularlos o modificarlos". (Derecho Administrativo II. página 405).

"Ahora bien las disposiciones acusadas contemplan dos clases de daños que se ocasionan o pueden ocasionarse en la propiedad privada con motivo de trabajos públicos; el daño acompañado de la ocupación transitoria o el simple daño sin la ocupación de la propiedad damnificada. Este aspecto de las normas del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, fue excluido expresamente en la demanda y por consiguiente no es objeto de estudio en la presente sentencia. El daño que se ocasiona por la ocupación permanente de la propiedad privada y su consiguiente incorporación material al patrimonio público "desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño", caso en el cual, según el artículo 269 acusado, la indemnización comprende "el pago de lo que valga la parte ocupada". Por este solo aspecto han sido acusadas las normas del citado capítulo XXII.

"Esta última tiene como antecedente inmediato lo dispuesto en la Ley 38 de 1918, cuyo artículo primero es del tenor siguiente: "De las expropiaciones así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando hayan redundado en provecho suyo".

"En la exposición de motivos con que el Consejo de Estado acompañó el proyecto que vino a ser la Ley 167 de 1941, refiriéndose a la ley de 1918, se dice que "la jurisprudencia del Consejo expuesta en diversos fallos, una veces reconoce en aquel fenómeno una ocupación de hecho, y otras una expropiación, sin que falte el caso en que la califique de expropiación de hecho. También la Corte Suprema de Justicia, en muchas doctrinas ve en el hecho de que se trata, un caso de expropiación especial .

"Según los términos de la exposición de motivos, se pensó que quitándole a la figura consagrada en la ley de 1918 el nombre de expropiación, aunque que se conservara la sustancia de ella, el fenómeno en sí mismo habría de variar, visto a la luz de los principios constitucionales correspondientes. Avanzando más, en la misma exposición de motivos se trata de justificar la disposición del artículo 269, equivalente al 1o. de la Ley de 1918, diciendo que "Por ser frecuente en la práctica administrativa el caso de que los trabajos públicos de gran interés se paralicen o suspendan mientras se cumple el proceso judicial de la expropiación o se adquiere la propiedad el inmueble que se necesita, lo que entraña un grave perjuicio para los intereses sociales, se explica suficientemente que la ley prevea la posibilidad de las ocupaciones de hecho o de daños y la forma adecuada para repararlos por medio de procedimientos rápidos.

"Tal como en la práctica se ha dado aplicación al citado artículo 269, acaso inspirándose las autoridades administrativas en el pasaje transcrito de la exposición de motivos, en el que se contempla un modo de proceder el Estado para adquirir la propiedad privada, distinto del predeterminado por la Constitución Nacional. El artículo 269 contiene, en verdad, una implícita permisión a la inobservancia de la norma constitucional contenida en los artículos 30 y 33 de la Carta. Las leyes que reglamentan la expropiación regular, por el contrario, son una explícita constricción a la observancia de la misma norma constitucional.

"La ocupación de la propiedad privada por vías de hecho, con ocasión de trabajos públicos, que produce como resultado su anexión al patrimonio público "desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño", es en sí mismo un acto irregular expresamente prohibido por la Carta Fundamental en sus artículos 30 y 33, según los cuales, aún en tiempo de guerra, la propiedad inmueble "solo puede ser temporalmente ocupada" y cuando por motivos de utilidad pública o de interes social definidos por el legislador, ella debe incorporarse al patrimonio público, es indispensable el trámite legal previo, que brinda a la administración medios expeditos, en casos de urgencia, para entrar en inmediata posesión del inmueble.

"Excepcionalmente, en caso de guerra, puede no ser previa la indemnización, pero aún entonces es necesario que la expropiación sea decretada. Sin mediar éste, la ocupación de la propiedad inmueble sólo puede ser temporal. Es, pues, manifiesto que el Estatuto protege con celo, el que la propiedad privada no se ocupe de hecho, y tan solo permita que ello se haga transitoriamente durante el estado de guerra.

"Todo esto significa que cuando la ejecución de obras de interés público o social requiere la aplicación de ellas el inmueble de propiedad particular es indispensable que proceda la expropiación. El artículo 269 consagra un modo de constreñir al propietario para que haga en favor de la administración la transferencia de su propiedad. "otorgando el correspondiente título traslaticio de dominio" como escuela de una forma de posesión permanente, expresamente prohibida por la Carta, y mediante un juicio ante el contencioso administrativo y pago posterior, con violación de la garantía de la expropiación por sentencia judicial e indemnización previas.

"Por otra parte, en el fondo, cuando la ocupación de hecho de la propiedad privada da origen, conforme al artículo 269 acusado, a la condena en perjuicios a cargo de la Administración, entre los cuales perjuicios debe incluírse "el pago de lo que valga la parte ocupada" se contempla la figura, articulada ya en la ley de 1918, que los expositores han llamado expropiación indirecta, no autorizada en derecho colombiano sino prohibida expresamente en él.

" 'La expropiación por causa de utilidad pública —dice Hauriou— es una operación por la cual el Estado procede a la adquisición forzada, mediante indemnización, de

terrenos o edificios que son necesarios para uso público o para los servicios públicos. Hay lugar a distinguir la expropiación directa, que es el procedimiento organizado expresamente para obtener la expropiación del bien, y la expropiación resultante de procedimientos que no han sido organizados expresamente (vías de hecho) o de eventos fortuitos. *La teoría de la expropiación indirecta es la siguiente: todas las veces que de hecho, en el curso de una operación cualquiera, la administración se apodera de un terreno perteneciente a un particular, resultando de ello para el propietario una desposesión a la vez definitiva por parte de la administración, las reclamaciones de indemnizaciones son de la competencia del poder judicial.* (Droit Administratif, página 425, 441).

" *'Hay expropiación indirecta cuando en el curso de una operación administrativa regular, la administración se apodera del terreno de un particular sin usar el procedimiento de expropiación y sin estar por otra parte, legalmente autorizada para ello, mediante una ocupación definitiva que realiza una desposesión total del particular.* Hay pues en primer lugar, una transferencia definitiva de la posesión, que se cumple sin poder legal o reglamentario, es decir, por vía de hecho, y en segundo lugar, una transferencia de propiedad al mismo tiempo que una condena de indemnización hecha por el Tribunal Civil. La expropiación indirecta es una forma de posesión que finaliza a continuación de una intervensión judicial *expos facto*, en una transferencia de propiedad' (Ch. Blavoet, Des Atteintes a la Propieté Administratif, página 459; Hauriou, página 752; Barthemy, página 698).

"La expropiación regular, en sí misma, es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular; mediante la indemnización a que tiene derecho el propietario, según el artículo 30 de la Carta. La indemnización comprendo no solo el valor de la propiedad expropiada sino ' todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionen en el patrimonio del expropiado en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra, sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado al propietario; a éste no debe pagársele más no concedérsele menos que el perjuicio efectivamente sufrido por él' ". (Sentencia de la Corte Plena, Gaceta Judicial No. 2140, página 328).

"El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y *expos facto* en la indirecta, como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo: el dominio del expropiado, el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además, las circunstancias determinantes de la primacía del interés público, en el caso concreto del propietario, en la expropiación regular.

"La expropiación, como procedimiento, es un acto complejo que se desarrolla en diversos períodos: el primero de estos es la declaración legislativa, abstracta, general, impersonal, que consagra la primacía del interés general, que da asidero y base legal al segundo período: mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dio origen a la declaración de utilidad pública.

"La función jurisdiccional del Estado, no se ejerce sino en los períodos subisiguientes, para decretar la expropiación misma, o sea, la transferencia forzosa de la propiedad y establecer el *cuantum* de la indemnización a que tiene derecho el propietario. La calidad intrínseca del acto de jurisdicción no se establece, científicamente hablando, sino por la naturaleza del derecho que está en juego en el procedimiento de la expropiación.

"Se observa en primer lugar, que la administración, aun cuando haya sido hecha por la ley, la declaración de utilidad pública, no tiene necesariamente que acudir al procedimiento coactivo de la expropiación. Utiliza este procedimiento cuando el propietario, por cualquier circunstancia, no consciente voluntariamente en el traspaso de la propiedad, bien porque haya desacuerdo en el monto de la prestación que deba recibir como equivalente, de parte de la administración. Pero si el acuerdo se produce o a él se llega entre la administración y el propietario, queda por lo mismo descartado el procedimiento expropiador y el acto de transferencia de la propiedad se realiza mediante un contrato puro y simple de compraventa civil, en que para nada interviene siquiera la noción de servicio público.

"La cuestión sustancial, de fondo, no cambia el hecho de que, a falta de acuerdo entre la administración y el propietario, deba aquella acudir al procedimiento jurisdiccional para obtener el mismo resultado del contrato; la transferencia de la propiedad mediante el pago de la indemnización correspondiente. Sólo que en este caso, la prestación conmutativa a cargo de la administración no juega como precio de la cosa adquirida, sino como indemnización, de todos los perjuicios que se causan al propietario.

"Para constituir el dominio público —dice Bonnard— la administración puede adquirir propiedades privadas por los procedimientos ordinarios. Pero estos procedimientos basados en el consentimiento del particular, son a veces insuficientes, porque la administración puede encontrarse frente a la negativa del particular, aunque ella tenga necesidad y a veces urgencia de la adquisición. Ha habido pues, necesidad de establecer en favor del dominio público, modos especiales de adquisición que tienen como característica comportar una cesión forzada de la propieda privada.

"Se puede definir la expropiación como un acto por el cual el Estado impone a un particular la cesión de una propiedad inmobiliaria con un fin de utilidad pública, mediante justa y previa indemnización y según el procedimiento especial.

"Se encuentra en ella, como en el contrato de venta, una transferencia de la propiedad y un precio pagado. Pero la diferencia con la venta consiste en que la transferencia de la propiedad no es voluntaria y en el precio no hay libertad para acordarlo, es impuesto al particular.

"La expropiación constituye un ataque grave a la propiedad privada. Así ella ha sido organizada siguiendo un procedimiento destinado a asegurar fuertes garantías la propiedad privada, de manera que se eviten los abusos. La protección esencial resulta de la intervención de las autoridades judiciales en este procedimiento. (Droit Public, página 294. Droit Administratif, página 499 y siguientes).

"De la misma naturaleza sustantiva del derecho de cuya transferencia se trata, que es el dominio, se desprende que el procedimiento de la expropiación no constituye una función administrativa, atribuida impropiamente a la justicia ordinaria, sino el ejercicio de una verdadera función jurisdiccional en que no está en juego, no se cuestiona, no se discute, la legalidad o ilegalidad del acto concreto del Gobierno que ordena proceder a la expropiación, para mantenerlo, anularlo o modificarlo. El objeto del procedimiento y consecuencialmente la naturaleza de la función se hallan lógicamente y de manera necesaria determinados por la calidad del derecho sustantivo en juego; la propiedad privada de la cual se admite sin disidencias de opinión, que la justicia ordinaria es su guardián frente a todo posible ataque de la administración pública.

"En Francia, cuyo derecho civil y administrativo es la fuente próxima e inmediata del derecho colombiano en ambas materias, "los Tribunales Judiciales, lo mismo que el

Consejo de Estado y los Tribunales de Conflictos declararon a lo largo del Siglo XIX que la autoridad judicial es competente para conocer de las acciones de daños y perjuicios intentada por los particulares, sea en razón de daños de toda clase causados en forma permanente a su propiedad, es decir, provocando" "una modificación perpetua de la propiedad"; sea más tarde, bajo la influencia del Consejo de Estado y del Primer Tribunal de Conflictos, en razón solo de la aprehensión por la administración de toda o parte de una propiedad, de una toma de posesión y de una ocupación, aún temporal, de una propiedad, a condición de que ella constituya para el particular una desposesión efectiva de toda o parte de su propiedad". Finalmente, el Tribunal de Conflictos en 1940 (Arret Schneider & Ca.) consagró inquívoca y formalmente el principio básico en las jurisdicciones anteriores, de que "la protección de la propiedad privada entra esencialmente en las atribuciones de la autoridad judicial", (Chapus, Responsabilité Publiqué et Responsabilité Privé, página 158-161).

"Por otra parte, el dominio del expropiado, sea en la expropiación regular o en la acción del artículo 269, no ejerce en la *litis* función de presupuesto procesal, sino de presupuesto de la acción, según la diferencia que entre las dos nociones ha señalado reiteradamente la Corte, a saber:

" "Los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable o desfavorable a las súplicas de la demanda inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sustanciador puede proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida es posible que la acción prospere (legitimatio ad causem) aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales esto es: a) demanda formalmente admisible, b) competencia del juzgador; c) capacidad para ser parte esto es, capacidad general en derecho; y d) capacidad para obrar procesalmente o sea capacidad de ejercicio. (legitimativo ad procesum) (Gaceta Judicial No. 2147 página 924).

"Así en el caso del artículo 269 acusado, son estos los supuestos de la acción: que el actor, como en la acción revindicatoria, sea el verdadero propietario y que la administración sea poseedora de la..... Porque si bien es cierto que la administración no se ampara o no debe ampararse en la presunción de propiedad que se deriva de la posesión actual, no es menos cierto que a falta de la plena prueba de propiedad del actor, la sentencia debe ser absolutoria, de la misma manera que en la acción de dominio la única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado artículo 269, está en que no se pide la restitución, sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación, como ya se ha dicho.

"Siendo esto así, tratándose de una acción *ex dominium* con motivo de una verdadera expropiación no por irregular e injurídica menos evidente, la "sentencia judicial" que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial sino por la llamada justicia ordinaria. En otros términos: el artículo 30 de la Constitución, exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada.

"De todo lo expuesto se concluye que el artículo acusado es violatorio de los artículos 30 y 33 de la Constitución, en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la administración, y por otra, atribuye, lo mismo que los artículos 261 a 268, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación

permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos." (Sentencia. Consejo de Estado Sección Tercer. Octubre 28 de 1976. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Banco Bananero del Magdalena).

Esta jurisprudencia ha sido reproducida en sentencias de esta Sala, con la firma de los Consejeros Abello y Betancur, entre otras:

1.— "La pérdida de la propiedad y su valor indemnizatorio, no pueden discutirse ante la jurisdicción contencioso administrativa, por virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que al declarar la inexequibilidad de varias normas del Código Contencioso Administrativo, expresamente declaró inconstitucional el conocimiento por parte de esta jurisdicción, de cualquier controversia sobre el dominio o sobre la ocupación permanente de la propiedad inmueble". (Sentencia de mayo 18 de 1979, Expediente 2223, Actor José Salomón Rivera Mendoza, Consejero Ponente: doctor Jorge Valencia Arango).

2.— "Ahora bien, si hubiera sido realmente propuesta, habría habido necesidad de declararse inhibido para conocer de ella, por cuanto va envuelto en la controversia así planteada, el derecho de dominio.

"En efecto, lo que se afirma es que por un acto de la Administración —la expropiación— la faja de terreno restante es inútil, no puede explotarse, no puede construirse, es decir que el derecho de propiedad ha sido conturbado o ilegalmente obstaculizado, en forma que su *goce y uso*, se ha hecho imposible definitivamente.

"En realidad lo que se acredita es que la expropiación ha debido ser total y así seguramente se hubiera planteado en el referido proceso, de haberse conocido tal circunstancia, pues sobre tales supuestos la indemnización no podía ser justa y plena sino ponderando la imposibilidad de *gozar, usar o explotar* la faja restante.

"Pero ante la imposibilidad de haber discutido tal situación en el proceso de expropiación, por ser para entonces, desconocida para las partes, queda abierta para el ciudadano perjudicado la jurisdicción ordinaria para discutir las graves limitaciones al derecho de propiedad, *permanentes*, pues no se trata de reconocer el lucro cesante de la faja inaprovechable, que ya se sabe será eterno, sino de resolver sobre el derecho de propiedad *cercenado, mutilado* definitivamente por un acto de la Administración.

"Por una sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, bien discutida por su aspecto jurídico, pero obligatoria, se determinó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede conocer de controversias sobre el dominio ni de procesos de ocupación permanente de la propiedad inmueble". (Sentencia. Julio 19 de 1979. Expediente 2267, Actor: Juan E. Mesa Saldarriaga. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango, no actuó el doctor Betancur Jaramillo).

3.— "La sentencia apelada, dijo al respecto:

" 'Pero no se ve la razón para obligar al Municipio de Barranquilla a comprarle a la propietaria del terreno invadido, que con la omisión en el cumplimiento de la orden de lanzamiento la señora viuda de Mancini, solamente ha recibido perjuicios y no ha perdido las acciones civiles que como propietaria tiene pleno derecho a ejercer ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público".

Frente a esta petición condicionada lo que ocurre es que hay incompetencia de jurisdicción según el fallo de la Corte Suprema de Justicia, discutible pero obligatorio, sobre inconstitucionalidad de unas normas del Código Contencioso Administrativo,

que dejó definido que esta jurisdicción no puede ocuparse de controversias sobre dominio o sobre ocupación permanente de la propiedad inmueble". (Sentencia. Mayo 31 de 1979. expediente 2368, Actor: Rita Alzamora viuda de Mancini. Consejero Ponente: doctor Jorge Valencia Arango, salva voto el doctor Betancur Jaramillo, pero porque considera que no se trataba de trabajo público).

V.— Frente a la reiterada jurisprudencia anterior de la Sala, ¿podía cambiar la Decisión sin violar la Ley 11 de 1975?"

B. Dice la sentencia acogida mayoritariamente:

"4. Estima la Sala que el punto de apreciación jurídica en torno a si la competencia es de la jurisdicción contenciosa administrativa o la ordinaria, que sirvió, en un primer momento, para la inadmisión de la demanda, y, luego, para la petición de un fallo inhibitorio, carece de importancia ser dilucidado ahora, por cuanto el nuevo ordenamiento contencioso administrativo —Decreto 01 de 1984—, que entró a regir el 1o. de marzo, superó cualquier discusión sobre la materia al regular, dentro de las acciones, la de reparación directa, y entre esta todas las que derivan, por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos (artículo 86). Es decir, la inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 y que por consiguiente, le entregaría a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de la ocupación de inmuebles con motivo de trabajos públicos, ya no es punto de conflicto, ni doctrinario, ni de competencia, puesto que la norma citada, le devolvió a esta jurisdicción el conocimiento pleno de los asuntos que se controviertan sobre el particular. Preceptúa el artículo 86: "Acción de reparación directa y cumplimiento. La persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad. La misma acción tendrá todo aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos".

Con la vigencia, pues, del Decreto 01 de 1984, la controversia que se suscitó en este proceso, precisamente, sobre la competencia para el conocimiento de los asuntos de la ocupación permanente o temporal ha quedado en un plano simplemente teórico sin incidencia alguna en el caso *sub-júdice*.

5. Lo anterior lleva a la Sala, entonces, a apartarse, de manera frontal, de las consideraciones hechas tanto por la colaboradora fiscal, como por la apoderada de la entidad demandada, y, aún, de la posición del Consejero Sustanciador y del salvamento de voto que obra dentro del proceso. Con la advertencia, bueno decirlo, de que todo lo que se dijo alrededor de esta materia de competencia, fue bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941".

C) No tiene razón la sentencia, pues con la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) la incompetencia de esta jurisdicción especial para conocer de controversias sobre ocupación permanente de inmuebles por causa distinta a los trabajos públicos, es expresa.

En efecto, dice el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo:

"Acción de reparación directa y cumplimiento. La persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad.

La misma acción tendrá todo aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos."

Conviene observar que el proyecto presentado por mi a estudio de la Comisión Asesora para la reforma del Código Contencioso Administrativo, expresamente estatuida la competencia de esta jurisdicción para conocer de los procesos por "ocupación permanente o temporal de inmuebles" sin consideración a la causa de tal ocupación, pero el Gobierno, en las modificaciones que le introdujo al proyecto, incluyó, como se ha visto de la transcripción del artículo 86, la limitación expresa, clara y perentoria, de tal competencia exclusivamente para controversias derivadas de ocupación de inmuebles por "trabajos públicos".

D. Como la misma sentencia reconoce que en este proceso no se trata de "trabajos públicos", la conclusión que se imponía era la de "inhibición para decidir en el fondo", por falta de competencia; y no POR CADUCIDAD, como equivocadamente lo hizo.

E. Los interesados tienen expedita la vía de la jurisidicción ordinaria para reclamar sus derechos.

Bogotá, agosto 13 de 1984.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SENTENCIAS CONDENATORIAS DEL ESTADO.— CUMPLIMIENTO TARDIO.— El retardo en el cumplimiento de un fallo condenatorio del Estado, puede obedecer a múltiples causas y entre ellas puede estar la "falla del servicio" que da lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Referencia: Expediente No. 3646.
Actor: **Francisco Luis Duque Posada.**

El ciudadano Francisco Luis Duque Posada, mayor y vecino de Medellín, por medio de apoderado, presentó demanda contra la Nación en ejercicio de la acción indemnizatoria directa, a fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"Demando, pues, a la Nación, representada por la Agencia Fiscal ante la Corporación, con el fin de que previos los trámites del Proceso Ordinario Contencioso Administrativo que regulan los artículos 124 y siguientes del Código de la materia, sea declarada responsable por falta de Administración, o falla del servicio por omisión, de la totalidad de los daños y perjuicios causados al señor Francisco Luis Duque Posada con el incumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado de 29 de octubre de 1981, y, en consecuencia se le condene a pagarle:

A— La suma de $ 25.153.69 diarios o $ 301.846.43, mensuales, desde el día 16 de enero de 1982 y hasta la fecha en que, con el pago total de lo debido, se cumpla el fallo del Consejo, como reparación del perjuicio patrimonial, y,

B— El equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos oro, como indemnización del daño moral.

La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 121, 122 y 132 del Código Contencioso Administrativo. Si así no lo hiciere pagará intereses del 30% al demandante hasta cuando pague.

Toda suma que se de con cargo al fallo se imputará "primero a intereses".

Como hechos expuso los siguientes:

"Primero: En sentencia del 29 de octubre de 1981, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, declaró responsable a la Nación de los daños y perjuicios causados a mi poderdante con las lesiones invalidantes que le infirió, con arma oficial y ocasión del servicio, un soldado de la República al amanecer del 26 de febrero de 1978, en la ciudad de Medellín, y la condenó a pagarle la suma de $ 12.073.857.oo.

Segundo: El nueve de diciembre de 1981, por escrito dirigido a la directora de la Oficina Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pedí el cumplimiento del fallo ya ejecutoriado.

Tercero: Siete días después, el 16 de los mismos mes y año, le solicité al Procurador General de la Nación, Guillermo González Charry, con fundamento en los artículos 45 y 143 de la Constitución:

"... PROMOVER LA EJECUCION DE DICHO FALLO JUDICIAL (y cuya copia acompañé) ANTE EL SEÑOR MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, con el fin de que sea cumplido dentro de los precisos términos señalados por los artículos 121, 122 y 132 del Código Contencioso Administrativo, treinta días, contados desde el 9 de diciembre que corre", dije entonces que se vencieron desde el 16 de enero del presente año de 1982.

Cuarto: Y como transcurriera el término legal sin que la Administración ejecutiva diera cumplimiento, al fallo del Consejo, sentencia que sigue incumpliendo, el 11 de marzo último le insistí al Procurador Guillermo González para que en cumplimiento de su función constitucional (artículo 143 de la Carta) de PROMOVER LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES le hiciera pagar a mi cliente.

Quinto: Pero Guillermo González Charry, Procurador General de la Nación, haciendo gala del poco respeto que ha tenido por la Constitución, por la ley y las sentencias judiciales, se limitó a darle traslado de mi petición al señor ministro de Hacienda, traslado que, como es obvio, equivale a eludir su obligación de impulsar, ocasionar, lograr, que la Nación cumpliera la decisión del máximo organismo de lo Contencioso Administrativo de nuestro país.

Sexto: El no pago de los $ 12.073.857.00 que la Nación adeuda a mi cliente ha venido causándole y habrá de ocasionarle en el futuro daños y perjuicios patrimoniales y morales resultantes:

1) *Patrimoniales*

a) De la pérdida de agresión del dinero que la Nación debe; de la disminución de su poder de compra en relación con los bienes y servicios en el curso del tiempo transcurrido desde el 16 de enero del año en curso, igual al 2% mensual, promedio del incremento porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor que lleva el DANE, pérdida que no tiene por qué enriquecer sin causa a la deudora morosa, a la Nación, y,

b) De la falta de productividad de su capital, de los frutos civiles o intereses legales, 6% anual, equivalentes al 0.005 mensual que tampoco tiene por que ganarse la Nación deudora que no dueña de los $ 12.073.857.00.

2) *Morales*

Resultantes, repito, de las molestias, de la aflicción, de la congoja, de la desazón y ansiedad que a mi cliente inválido, necesitando como el que más de lo que la Nación le debe, le ha causado su incumplimiento.

Séptimo: Daños y perjuicios patrimoniales y morales ligados nuevamente con la falta de Administración o falla del servicio por omisión en el cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado del 29 de octubre de 1981 como consecuencia del poco respeto que al ministro de Hacienda y Crédito Público y al Procurador General de la Nación Guillermo González Charry le merecen la Constitución, la ley y las decisiones de los jueces de Colombia."

En derecho la demanda se apoya en los artículos 2, 16, 20, 55, 76, 119, numeral 2o., 141 y 143 de la Constitución Política, 68, 121, 122 y 132 del antiguo Código Contencioso Administrativo; 1613, 1614, 1615 y 1649 del Código Civil y 8o.; de la Ley 153 de 1887.

El proceso ha recibido el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a dictar sentencia.

I— EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2o. de la Corporación en su concepto de fondo, expone:

"El Consejo de Estado, mediante sentencia de 29 de octubre de 1981 y previo el trámite correspondiente, declaró responsable a la Nación (Ministerio de Defensa), de los perjuicios sufridos por el señor Francisco Luis Duque Posada, y la condenó a pagarle la suma de once millones doscientos ochenta y un mil seiscientos cincuenta y siete pesos ($ 11.281.657.00) por concepto de perjuicios materiales, y por perjuicios morales, lo equivalente en pesos a mil (1000) gramos oro al momento de la sentencia. Igualmente condenó a la Nación (Ministerio de Defensa) a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades al señor Luis Eduardo Rivera, lo equivalente a mil (1000) gramos oro al momento de la sentencia y a cada uno de los señores Gonzalo Alberto, Angela Aurora, José Gustavo, Martha Ligia, Nora Sofía y María Cecilia Duque Posada lo equivalente a quinientos (500) gramos oro al momento de la sentencia. La liquidación de estos valores, afirmó la sentencia, se hará conforme certificado del Banco de la República que se anexará a la respectiva cuenta de cobro.

La sentencia anteriormente citada, quedo ejecutoriada y en firme, según certifica el Secretario de la Sección (ver folio 23 vto.).

Obra en el expediente copia de la solicitud presentada por el señor apoderado del demandate ante la directora de la Oficina jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con fecha 9 de diciembre de 1981 (folio 24) en la que se pide dar cumplimiento a la sentencia del Honorable Consejo de Estado y se proceda al pago de la suma de quince millones doscientos cuarenta y dos mil seiscientos cincuenta y siete pesos ($ 15.242.657.00) moneda corriente con cargo al rubro de indemnizaciones a cargo de la Nación.

La demanda con que se inició el proceso fue presentada ante esta Corporación con fecha de 7 de junio de 1982.

Considera el señor apoderado de que el hecho de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no hubiera dado cumplimiento a la sentencia del Honorable Consejo de Estado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de ella, término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, constituye falla por omisión del servicio de la Administración y por tanto debe condenársele al pago de los perjuicios materiales que tal demora ocasionó a su cliente, el pago de los perjuicios morales que tal tardanza le ocasionó a su cliente y los estima en $ 10.061.54 diarios, o $ 301.846.43 mensuales desde el día 16 de enero de 1982 y hasta la fecha en que, con el pago total de lo debido, se cumpla el fallo.

EL CASO CONCRETO

Dentro de este proceso se invocó la falla del servicio, por omisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado. Según constancia secretarial, la sentencia quedó ejecutoriada y en firme en el mes de noviembre de 1981 y su cumplimiento fue solicitado por los interesados el 9 de diciembre del mismo año ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que dio cumplimiento al fallo el 10 de diciembre de 1982 (ver Resolución No. 04840 de diciembre 7 de 1982, comprobante de pago) (folios 63 y 667) y oficio No. 0687, en el que se informa al Consejo de Estado que según "la orden de pago No. 01023/121024 librada por el Ministerio de Hacienda a favor del señor Tarcisio Roldán Palacio, como apoderado del señor Francisco Luis Duque Posada, fue cancelada por esta Tesorería el 12 de enero de 1983".

Lo anterior indica que no hubo pues falla del servicio "por omisión", como lo alega la demanda, por cuanto la omisión es el hecho de abstensión irreversible y que causa daño, consistente en algo que nunca se hizo y que ha debido hacerse. Lo que existió en el presente caso fue un retardo en el cumplimiento de una providencia judicial. Si bien es cierto que el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo señala un término de 30 días para dictar la resolución en la que se adopten las medidas necesarias para su debido cumplimiento, este artículo debe tenerse en cuenta no aisladamente sino en concordancia con el artículo 122 que prevee: "cuando la administración hubiere sido condenada al pago de una cantidad liquidada en dinero, deberá acordarlo y verificarlo en la forma que determinen las disposiciones legales referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado, los departamentos, municipios y otras personas administrativas". Este artículo defiere la efectividad de la sentencia a los procedimientos legales, en este caso a los de carácter constitucional que regulan los procedimientos para expedir la ley de presupuesto de rentas y de gastos. De tal manera que la cancelación de una obligación exige la inclusión correspondiente en dicho presupuesto.

Contempla entonces este artículo la posibilidad de la mora necesaria mientras se surten los trámites, en este caso mientras la partida se incluye en el presupuesto de gasto de la Nación, teniendo en cuenta el orden de prioridades.

Esta agencia del Ministerio Público, lejos de entender que la tardanza en el cumplimiento de la sentencia del Honorable Consejo de Estado, por la cual se condenaba a la Nación (Ministerio de Defensa) al pago de perjuicios al actor, configura falla del servicio por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, encuentra que ella se debió más bien al complicado y dilatado proceso que debe surtirse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y luego ante la Tesorería General de la Nación, entidad esta última ante la cual se deben efectuar otros trámites, previa comprobación de que existe la partida correspondiente a la cual debe aplicarsele el pago.

No es fácil pues, existiendo todo ese trámite, exigirle a la Administración el cumplimiento instantáneo de las obligaciones señaladas en las sentencias judiciales, so pena de que incurra en violación de la ley; máxime si debemos tener en cuenta que en Colombia hasta el trámite más simple exige el lleno de una serie de formalidades y requisitos que no pueden pretermitirse.

En relación con la falta o falla del servicio, este despacho encuentra importante transcribir apartes del estudio realizado por el doctor Carlos H. Urán, publicado por la Universidad de Antioquia en la revista "Estudios de Derecho".

Considerar que se da la falta por acción irregular o ineficaz o por la acción representada en el retardo, omisión o ausencia en el servicio, sin entrar a analizar si dicha acción o no acción se debió a que el servicio tal como está estructurado (incluyendo la razón del Estado de su creación) y según los elementos de que se dispone no puede comportarse de otra manera, es presumir que el servicio administrativo estaba dotado de todas las facultades tanto legales como materiales que le permitian un comportamiento ciento por ciento favorable, es decir, que su capacidad estructural de servicio existía en el más alto grado. Se parte entonces de un presupuesto que no puede corresponder a la realidad y que puede no existir más que en la mente de quien revisa la actuación o de quien juzga, y que por lo mismo, el no encontrar el comportamiento que idealmente supone, esta atribuyendo una falla que el servicio presentaba desde su origen mismo, es decir desde su conformación y más aún desde la motivación de su establecimiento como parte de la estructura del Estado, y que de ningún modo apareció o se derivó de la acción o de la no acción, únicos criterios aceptados en la actualidad.

En una palabra se le está atribuyendo al servicio una falla que nace únicamente de la concepción ideal que se tiene sobre él, sin partir desde su estructura real según el acto creador (razón del Estado), la conformación que se le dió y los elementos de que lo habilitó criterio que debe ser el eje de la decisión. Enfrentar la concepción ideal de lo que debe ser el servicio con la manifestación de este en un caso determinado y derivar de allí la falla, no es condenar al Estado desde el comienzo de la discusión."

Esta Fiscalía comparte el pensamiento transcrito, ya que considera supremamente grave, que una vez institucionalizada la falla del servicio en responsabilidad extracontractual del Estado, esta se extiende a todos y a cada uno de los aspectos fundamentales de las actuaciones de la Administración sin tener en cuenta sus limitaciones, para responsabilizar posteriormente de los posibles perjuicios que ocasione y que en últimas solo tiene origen en la propia estructura y funcionamiento de la administración.

No existe pues, falla del servicio por omisión, en el presente caso, y es más esta Agencia del Ministerio Público, encuentra que no puede existir acción de responsabilidad extracontractual posible de ejercitarse cuando la Administración no puede cumplir a tiempo las decisiones judiciales, habida consideración de que los mecanismos empleados impiden el cabal cumplimiento de los términos señalados por las normas, y lo que es más, porque como ya vimos, es la misma Ley 167 de 1941, la que

exonera de tal responsabilidad cuando prevee que el pago *"deberá acordarlo y verificarlo en la forma que determinen las disposiciones legales referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado..."*.

Este despacho encuentra, que la pretensión que se formula en el presente juicio es la misma que el actor formuló en la primera de sus demandas. Expresamente solicitó en ese entonces: "1112.3 los intereses corrientes de las sumas totales que resulten de su cargo en el fallo, o en la liquidación, desde la fecha en que deba cumplirse y hasta cuando el pago se realice" (expediente No. 2723 folio 8 Vto. cuaderno 1).

La solicitud anterior fue denegada por la sentencia de Sala fecha octubre 29 de 1981. Con esta nueva demanda, el actor está reviviendo una solicitud que fue negada y sobre la cual pesaban los efectos de la cosa juzgada.

Por otra parte repugna a esta Fiscalía que en la hipótesis de acceder a las solicitudes del presente juicio, siga existiendo la posibilidad de que el actor de otra demanda originada a su vez en demoras al cumplimiento de la sentencia, formándose de este modo una cadena infinita de acciones.

Por lo anterior esta Agencia del Ministerio Público considera que no quedó establecida la falla del servicio y en consecuencia no hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación.

Lo expuesto es suficiente para solicitar a la Honorable Sala deniegue las súplicas de la demanda.

II— CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) El retardo en el cumplimiento de un fallo condenatorio del Estado, puede obedecer a multiples causas y entre ellas puede estar la "falla del servicio" que da lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios;

b) Sin embargo, en el caso de autos no se presenta la alegada falla del servicio, porque:

1) Cuando se solicitó el cumplimiento de la sentencia (diciembre 9 de 1981) ya el presupuesto de la vigencia estaba agotado y era imposible, legalmente, abrir créditos extraordinarios (Decreto-Ley 294 de 1973) y el presupuesto del año siguiente ya había sido expedido, sin que se hubiera podido considerar como deuda exigible el valor de la sentencia referida.

c) Para abrir créditos suplementarios o extraordinarios al presupuesto nacional, se requiere el lleno de varios requisitos, entre otros, el certificado sobre la existencia del recurso de capital, el cual antes de mayo no puede consistir en un reajuste de las recaudaciones de impuestos, todo ello conforme a los artículos 212 de la Constitución Política y Decreto-Ley 294 de 1973 y artículos 121 y 122 del antiguo Código Contencioso Administrativo.

d) Por ello, no obstante que la Sala se separa del concepto del Fiscal que no parece contemplar la posibilidad de que el Estado responda por el retardo en el cumplimiento de las sentencias judiciales, en el caso concreto no encuentra evidencia la falla del servicio, pues, aparece, que dentro de las prescripciones legales y constitucionales, se hicieron las diligencias y se abrieron los créditos presupuestales para el pago de lo debido.

e) Afortunadamente el Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1984) contempla la posibilidad del cumplimiento tardío y sin necesidad de alegar y de probar falla del servicio, recurre a los intereses comerciales corrientes y los moratorios comerciales, por la simple mora inculpable.

Por lo demás, el certificado traído a los autos sobre la apropiación de $ 20.000.000.00 para pagar deudas por sentencias exigibles por valor de $ 220.000.000.00, constituye, en verdad, falla administrativa pero no hay relación de causalidad con un retardo en el cumplimiento del fallo cuestionado en este juicio, pues ya se vio que cuando se expidió el presupuesto para el correspondiente ejercicio fiscal aún no se encontraba ejecutoriada dicha sentencia y, por lo mismo, no podía incluirse partida alguna para su cumplimiento a tenor del artículo 210 de la Constitución Política.

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 disposición de la ley,

FALLA:

Deniéganse todas las súplicas de la demanda.

Copiése, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

La presente providencia fue discutida y aprobada en Sala en su sesión celebrada el día nueve de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

RECURSOS NATURALES RENOVABLES.— 1.— Corresponde al Estado la regulación, preservación y manejo de todo lo concerniente a los recursos naturales renovables (Decreto 2811 de 1974). 2.— Aguas. División. Cauces: Alteración. INDERENA. Naturaleza Jurídica. Finalidad. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR OMISION EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS AGUAS. ENTIDAD RESPONSABLE. INDERENA.— El servicio de la vigilancia y control de las aguas corresponde prestarlo directamente, al establecimiento público del INDERENA. La sentencia será absolutoria para la Nación, Ministerio de Obras Públicas, por no ser éste la persona jurídica llamada a responder por las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., seis (6) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Eduardo Suescún.**
Abogada asistente: **Mercedes Mendoza Maldonado.**
Referencia: Expediente No. 2637.
Actor: **Sociedad "Villegas Jaramillo & Cía. S. En C.**

En demanda prresentada por la Sociedad "Villegas Jaramillo & Cía S. en C". solicita las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.— La Nación Colombiana es responsable de los daños ocasionados a la finca de propiedad de la Sociedad "Villegas Jaramillo & Cía S. en C". denominada "Los Guayacanes", ubicada en jurisdicción del Municipio de Aguadas, corregimiento de Arma, Paraje Bocas. Departamento de Caldas, en razón de hechos (acciones y omisiones) imputables a la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) y cuyos linderos se transcriben en los hechos de esta demanda.

"Segunda.— En consecuencia, la Nación Colombiana debe pagar a mi poderdante o a quien sus derechos represente, y a título de indemnización, el monto de los perjuicios sufridos por los hechos imputables a la Nación, consistentes, entre otros, en desmejora con las vías de penetración a la hacienda 'Los Guayacanes', inutilización total y parcial de los potreros de la hacienda antes citada, y lucro cesante por los mismos conceptos.

Si no se pudiere establecer la cuantía o valor de los daños al momento de fallar, los perjuicios se tasarán en la forma prevista en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, en el incidente posterior a la sentencia que haya de abrirse.

Los daños se actualizarán en su valor al momento del fallo o al de su liquidación teniendo para ello en cuenta la pérdida del valor adquisitivo del peso colombiano desde la fecha de ocurrencia de los mismos al momento de su pago.

Si no se pudiere establecer la cuantía del *lucro cesante, se condenará*, en subsidio el pago de los intereses corrientes, deducidos en la forma prevista en el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil sobre la suma denominada daño emergente.

"Tercera.— También como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad de la Nación Colombiana por los daños ocasionados a mi poderdante y a las carreteras nacionales y a manera de necesario restablecimiento de los derechos de los colombianos de tener vías carreteables seguras y en buen estado, se condena a la Nación para que a través del Ministerio de Obras Públicas y Transporte proceda a la destrucción del gavión que ha hecho que el río Arma cambie de curso y destruya la carretera que de Aguadas conduce a la Pintada, así como los puentes y obras de arte de la misma.

Igualmente se condenará a la Nación a realizar las obras necesarias para recauzar el citado río Arma, de tal forma que no se amenace, daño o desaparezca la vía de comunicación de los pobladores del Norte de Caldas con el Departamento de Antioquia.

"Cuarta.— A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término de treinta (30) días como lo indica el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Si la Nación no cancelare las sumas que se le condene dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo, pagará intereses moratorios a la tasa de interés corriente doblada". (Artículo 384 del Código Civil).

Como hechos afirmó:

"1o.— La Sociedad "Villegas Jaramillo & Cía S. en C" es propietaria de un predio rural denominado 'Los Guayacanes' ubicado en la jurisdicción del corregimiento de Arma, Paraje Bocas, municipio de Aguadas, en el Departamento de Caldas, que se identifica con los siguientes linderos:

"Partiendo de un mojón que sobre la carretera que de la Pintada conduce a Aguadas, que se encuentra entre los potreros el Caimo y Juntas, subiendo por este lindero a encontrar lindero con el potrero de Castillo, donde hay un morro de piedra. Bordeando este morro por la parte de encima cruzando por la mano derecha, siguiendo por el cerco que divide los potreros del Bosque y Panamá, y parte del potrero El Porvenir, a encontrar un morro en el lindero con el potrero del Brasil, siguiendo cañada arriba, a llegar al pie de un morro de la Orqueta donde se encuentra un mojón.— De dicho mojón se bordea a mano izquierda, a buscar una línea recta a caer a la quebrada de Chile. De este sitio, continuando por la cañada arriba, a encontrar lindero con la Hacienda Tres Hermanas, donde se encuentra un mojón. De este punto a mano derecha, siguiendo por dicho lindero hasta encontrar otro mojón el lindero con la Hacienda de San Fernando propiedad de 'Ruth Londoño & Cia. Ltda.', cuchilla abajo hasta encontrar otro mojón, al frente de una cañada. Cañada abajo, a encontrar otro mojón que se encuentra al pie de un cedro de allí, torciendo a mano izquierda, en una extensión aproximada de 500 mts. a un mojón que se encuentra sobre la carretera Pintada a Arma, ubicado sobre el kilómetro 164 de dicha carretera en el estribo occidental del puente de la quebrada de Chile, y de allí en línea recta al Río Arma y éste aguas arriba al primer mojón, punto de partida.

"2o.— El inmueble descrito en el hecho anterior lo adquirió mi poderdante por compra hecha a 'Inversiones San Fernando Ltda.', como consta en la escritura pública número 1941 de 13 de junio de 1976 de la Notaría 11 de la Ciudad de Medellín, registrada en la oficina de instrumentos públicos y privados de la población de Aguadas, Departamento de Caldas, bajo el número de matrícula 1020001162.

"3o.— Igualmente, 'Administradora San Fernando Ltda.', cedió mediante la escritura correspondiente, a la sociedad 'Villegas Jaramillo & Cia S. en C.' el derecho a reclamar judicialmente el pago de los daños y perjuicios sufridos en el inmueble 'Los Guayacanes', que hacía parte de la Hacienda 'San Fernando' de propiedad de la sesionaria, en el período anterior a la fecha de la compra venta del inmueble de que trata la escritura pública 1941 del año de 1978. Estos perjuicios fueron causados por omisiones imputables a la Nación Colombiana y estas omisiones dieron lugar al desvío del río Arma en el sector del kilómetro 164 de la carretera que de la población de Aguadas conduce a la Pintada, a destrucción de la banca de la carretera antes citada, al agrietamiento del puente construido en ese sector y la inutilización, destrucción de varios potreros de la finca 'Los Guayacanes'.

"4o.— El predio de propiedad de mi poderdante, que se describió o delimitó en el hecho primero de este escrito, es colindante en más o menos tres (3) kilómetros en la carretera *Nacional* que de Aguadas conduce a la Pintada y de ésta población a la ciudad de Medellín. En esa colindancia se comprende el denominado kilómetro 164, en donde se encuentra construido un puente de concreto sobre un caño seco denominado 'Quebrada de Regaderos'.

"5o.— Hace menos de dos (2) años apareció en el lecho del río Arma margen derecho u opuesto al Departamento de Caldas y el predio de propiedad de la Sociedad que represento, un óbstáculo construido de piedra y malla de acero, denominado 'gavión' que fue colocado y puesto allí con el único y exclusivo fin, lo cual se asevera sin necesidad de tener conocimientos técnicos en hidráulica, de desviar el cauce del río Arma en sector en donde corría paralelo al predio de mi poderdante pero inclinado o recostado a la orilla opuesta, para dirigirlo a terrenos perpendiculares al cauce normal. En otras palabras, con el gavión que apareció en el lecho del río, en proximidades a su margen derecha, tuvo como objetivo, y aún lo tiene, desviar el cauce del río hacia la banca de la carretera que de Aguadas conduce a la Pintada y hacia los predios de mi poderdante.

"6o.— Al tener noticias en la colocación del gavión que se ha descrito en el hecho anterior, los propietarios de la Hacienda 'San Fernando' procedieron a comunicar este hecho a los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, advirtiendo que ese obstáculo estaba amenazando la banca de la carretera, que destruiría el puente de concreto y, finalmente, inutilizaría los potreros de la Hacienda.

"7o.— A pesar de las comunicaciones dirigidas al Ministerio de Obras Públicas y Transporte por el Representante de la Hacienda San Fernando o por el suscrito en su condición de representante legal de "Villegas Jaramillo & Cia S. en C.", así como la percepción directa de la existencia del gavión por parte del doctor René López Duque, Jefe del Distrito de Conservación de Carreteras Número 5, desde el día, por lo menos 10 de diciembre de 1977, lo cierto fue o ha sido que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte no tomó las medidas necesarias para lograr que el obstáculo colocado en el lecho del río descrito en los hechos de este libelo fuera destruido. Y por esa omisión como tenía que suceder, la banca de la carretera fue destruida por el río y tuvo que ampliarse la banca en más de tres ocasiones.

"8o.— Entre las varias comunicaciones dirigidas a las autoridades de obras públicas y transporte es conveniente citar las del 19 de mayo de 1978, 19 de octubre del mismo año y 22 de noviembre de 1978, en las cuales se puso de presente los daños ocasionados por el obstáculo colocado en el lecho del río Arma y las medidas que podían tomarse para evitar los daños.

"9o.— El día 22 de septiembre del año en curso, y con asistencia del doctor Gilberto Gartner Posada, Fiscal 2o. del Consejo de Estado, y de la doctora Gloria Ospina Román, delegada de la Procuraduría General de la Nación en asocio de peritos, el señor Juez Civil del Circuito de Aguadas realizó una diligencia de inspección judicial extra proceso al lugar donde se encuentra la Hacienda "Los Guayacanes", y en ella se constató la existencia de los gaviones (uno semidestruido y el otro de reciente construcción) su finalidad (comprobable por los sentidos), los daños ocasionados a la carretera y al puente, etc.

"10.— Así mismo, los peritos al responder el cuestionario a ellos sometido concluyeron que sí existen los obstáculos que se han narrado en este escrito, que ellos producen la desviación del río Arma que destruirían el puente sobre el kilómetro 164, etc.

"11.— Se repite, ni el Ministerio de Obras y Transporte ni su Distrito No. 5, han tomado hasta ahora las medidas necesarias, bien judiciales ya policivas, para lograr la destrucción de los gaviones colocados en el kilómetro 164, y, por ello, también hasta ahora se ha destruido la banca de la carretera durante tres ocasiones por lo menos.

"12.— Las omisiones imputables a la Nación Colombiana, han producido daños a mi poderdante, consistentes, entre otros, en la desmejora de las vías de penetración a la Hacienda Los Guayacanes, pérdida a los potreros de dicha hacienda, y lucro cesante por la dificultad en las comunicaciones y los daños a los potreros, que sea de paso es bueno decir, constituyen las mejores zonas de la finca por ser vegas del río o terrenos planos.

"Esos perjuicios en la actualidad ascienden a más de un millón ($ 1.000.000.oo) de pesos y su cuantía se acrecentará no solo por la depreciación o desvalorización de la moneda sino por la extensión de los daños y la prolongación de las pérdidas.

"13.— Para que cesen los daños que se han irrogado a la Sociedad que represento con las omisiones de la Nación Colombiana (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) es necesario que se ordene la destrucción de los obstáculos colocados en el lecho del río Arma, kilómetro 164, y que se proceda a iniciar las obras de encauzamiento del citado río".

El concepto de la violación lo desarrolla la demanda en torno a los artículos 10 y 30 de la Constitución Nacional y dice:

"... mi poderdante y los causantes de su derecho solicitaron al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, es decir, a la Nación, que tomaran las medidas necesarias para destruir el gavión colocado en el lecho del río de propiedad del Estado Colombiano que estaba causando daño a los bienes nacionales como el puente y la carretera que de Aguadas conduce a Pintada y también, de cantera, a la hacienda "San Fernando", en el sector que hoy comprende la finca 'Los Guayacanes', y ¿qué hizo la Nación a través de las autoridades de Obras Públicas, bien el Ministerio del ramo ya el distrito de Conservación de la carretera? Nada, simplemente "toleraron la existencia de los obstáculos que se encontraban y se encuentran en bienes nacionales, y no tomaron ni medidas de hecho— como podían hacerlo pues a nadie se le puede impedir que se tome en su propiedad las medidas que crea conveniente, salvo que un tercero se posesione de ese bien— cosa que no ha sucedido en este caso, no podría suceder— ni medidas judiciales ni policivas. Simple y llanamente se ha guardado silencio durante muchísimo tiempo: primero por el señor Jefe del Distrito de Conservación de Carreteras número 5, doctor René López, quien desde el mes de diciembre de 1977 —por lo menos, tuvo noticia de la existencia del gavión y por ello consta en acta de inspección judicial para otro negocio también relacionado con daño en la hacienda 'San Fernando' pero por otros hechos también imputables a la Nación; desde mayo de 1978 por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

"Y cómo el silencio de la Administración, o mejor su desidia ha producido daños en los bienes de la Sociedad 'Villegas Jaramillo & Cia S. En C.' pues ya el gavión o los gaviones del kilómetro 164 han logrado su objetivo de desviar el curso del río Arma y destruir la banca de la carretera al desmejorar el valor de la hacienda por la peligrosidad de las vías que a ella conducen, de destruir los potreros de tierras planas de los 'Guayacanes' y dañar los restantes y por ende quebrantar totalmente el manejo económico de la finca citada.

"Y como con las omisiones imputables a la Nación se ha visto que se produjeron daños a los bienes de la Sociedad "Villegas Jaramillo & Cia S. En C." que las autoridades aún de las Obras Públicas y Transporte y el mismo Jefe de Distrito de Conservación número 5 —estaban y están en la obligación de proteger, tiene que concluirse que se incurrió con una falla del servicio que compromete la responsabilidad de la Nación, hace procedente la condena al pago de los perjuicios tal como se impetra en este escrito".

CONCEPTO FISCAL:

La señora Fiscal Segunda de la Corporación pide que se nieguen las pretensiones de la demanda. Dice en uno de los apartes de su estudio:

"... El origen del conflicto del daño radica en una actuación privada que posteriormente produjo consecuencias dañosas para otro particular o mejor, para terrenos de su propiedad. La única causalidad posible de esablecer aquí es la existencia entre el hecho de particulares (colocación del gavión que produjo desviación del río hasta formar un brazo) y los daños acusados (inutilización del terreno de la finca los Guayacanes). Es posible que la intervención pronta del M.OO.PP. o de otras autoridades o de particulares hubiera atenuado los efectos dañosos, pero esa intervención ya es secuendaria a efectos de establecer la responsabilidad. Entiéndase que no se habla de culpa del autor del daño sino de actuación y daños objetivos producidos".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sociedad Villegas Jaramillo & Cía Ltda., pretende que se declare la responsabilidad de la Nación —Ministerio de Obras Públicas— por su omisión ante la construcción de un gavión, hecho por un tercero en el río Arma, gavión que ocasionó el cambio del cauce del río y la inundación de una parte de la finca "Los Guayacanes", con graves perjuicios para sus propietarios.

En su concepto de fondo la señora Agente del Ministerio Público solicita absolución para la Nación por no ser ella la llamada a responder por las indemnizaciones pretendidas en la demanda, por cuanto en la forma como esta planteado el litigio, afirma que es un asunto entre particulares que no puede entrar al campo del derecho público. Independientemente de lo anterior, sostiene que de alguna de las pruebas se desprende un hecho que puede considerarse como una clase de responsabilidad diferente a la demanda mediante el actual proceso indemnizatorio y configuraría, sin lugar a duda, el derecho a una indemnización, pero por trabajos públicos, por los hechos relativos a la toma de terreno de la Finca Los Guayacanes para ensanche de la carretera que de Aguadas conduce a la Pintada, materia de un proceso diferente al incoado con esta demanda.

Para la Sala le asiste razón al Ministerio Público en cuanto a la solicitud de declaratoria de absolución que deberá hacerse al Ministerio de Obras Públicas, pero no por las razones allí expresadas, ya que no se trata de un asunto de carácter privado, sino público tal como está planteado en la demanda en la cual se afirma la responsabilidad de la Nación —Ministerio de Obras Públicas por su omisión ante el hecho de la no remoción o destrucción del gavión que, introducido en el lecho del río por un particular, causó la inundación y los perjuicios referidos.

De acuerdo con lo previsto en el Decreto 2811 de 1974, Código Nacional de Recursos Naturales, corresponde al Estado la regulación, preservación y manejo de todo lo concerniente a los recursos naturales renovables por ser estos de utilidad pública o interés social. En cuanto a las aguas, el Código las dividio en dos categorías: aguas marítimas y aguas no marítimas; dentro de las primeras señala en forma enunciativa, a las corrientes superficiales que vayan por cauces naturales o artificiales (artículo 27). Ahora bien, para el uso, conservación y preservación, el artículo 132 ibídem prevé la obligatoriedad de obtener permiso o autorización para alterar los cauces y el régimen y calidad de las aguas para interferir su uso legítimo.

Por otra parte, el artículo 305 de la Codificación mencionada dispuso: "Corresponde a los funcionarios competentes velar por el cumplimiento de las disposiciones de este Código y las demás legales sobre la materia, e impartir las órdenes necesarias para la vigilancia y defensa de los recursos naturales renovables y del ambiente. Para el cumplimiento de estas funciones el mismo Código previó la colaboración permanente de la Policía Nacional con el fin de contener o reprimir los atentados contra la defensa, conservación, preservación y utilización de los recursos naturales renovables y del ambiente.

Si bien es cierto que el Código no se refiere en particular a la entidad encargada de hacer cumplir lo previsto en cuanto a la defensa de los recursos naturales renovables, sino en general a la Administración, tal función estaba ya asignada en el artículo 22 del Decreto 2420 de 1968 que estableció:

"Créase el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA) como establecimiento público, o sea como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. El Instituto tendrá a

su cargo la reglamentación, administración, conservación y fomento de los recursos naturales del país, en los aspectos de pesca marítima y fluvial, aguas superficiales y subterráneas, suelos, bosques, fauna y flora silvestre; parques nacionales, hoyas hidrográficas, reservas naturales, sabanas comunales y praderas nacionales".

Resulta, pues, evidente que la naturaleza sustancial de la cuestión objeto de debate está relacionada con asuntos relativos a las aguas no marítimas, aguas superficiales, de un río no navegable, materia que en su integridad regula el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables para cuyo conocimiento, en foma exclusiva, fue creado el INDERENA, conforme lo contemplado en el artículo 22 del Decreto 2420 de 1968.

Los hechos de que da cuenta el actor en su demanda, o sea la introducción de un gavión en el lecho del río Arma, como la serie de consecuencias dañosas que se produjeron por tal causa, tuvieron ocurrencia a mediados de 1977. Para esta época existía la legislación especial que regulaba lo relativo a las aguas (Decreto 2811 de 1974), así como norma expresa (Decreto 2420 de 1968) que asignaba la competencia al INDERENA, que debía como función propia, intervenir, incluso con el concurso de la fuerza pública, para evitar la producción de los hechos dañosos relatados.

Determinada en forma clara que la competencia *ratione materia* correspondía al INDERENA, se tiene que la presente demanda no ha debido dirigirse contra el Ministerio de Obras Públicas, ya que, los actos omisivos a él atribuidos se encontraban por fuera de la órbita de sus atribuciones legales. No podía exigírsele a dicho Ministerio que reemplazara a ninguna otra entidad sin incurrir en extralimitación de funciones, lo cual está prohibido por mandato constitucional.

En ese orden de ideas, tendrá la Sala que proferir sentencia absolutoria para la Nación —Ministerio de Obras Públicas, por no ser éste la persona jurídica llamada a responder por las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda. Como se ha visto el servicio de la vigilancia y control de las aguas correspondía prestarla directamente a otro establecimiento público del orden nacional, el cual no fue demandado en el presente proceso.

Por las anteriores consideraciones, 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.

Notifíquese, comuníquese y cópiese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— ELEMENTOS.— Reiteración Jurisdiprudencial.— RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO EN LA POLICIA DE TRANSITO.— POLICIA NACIONAL: INSTITUCION. FUNCIONES. ESTATIZACION PRESTACION DEL SERVICIO EN ENTIDADES TERRITORIALES.— RESPONSABILIDAD COMPARTIDA.— (Decreto 3187 de 1968. artículo 1o. Código Nacional de Policía artículo 2o. Ley 193 de 1959. Decreto 1217 de 1962. Decreto 1667 de 1966, artículos 7o. y 8o.).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., septiembre trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.**
Proyecto: **Doctora Inés Hurtado Cubides.**
Referencia: Radicación No. 3641.
Actor: **Alberto Estefan Estefan.**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 29 de marzo de 1982 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

I

Las pretensiones formuladas en contra de la Nación Colombiana y el Municipio de Manizales, son las siguientes:

"Primera.— Que la Nación Colombiana y el Municipio de Manizales son solidariamente responsables, por falla en el servicio, de los daños que sufrió el vehículo identificado en el hecho primero de esta demanda, en el accidente acaecido el 10 de enero de 1976, dentro del área urbana de Manizales, accidente que ocurrió por acción directa del Agente (Moto) de la Policía Nacional, señor Antonio Ocampo Osorio.

"Segunda.— Que, en consecuencia, la Nación Colombiana y el Municipio de Manizales, deben pagarle solidariamente al demandante, o a quien sus derechos represente, dentro del término que fije la sentencia y por concepto de daño emergente, el valor comercial que, a juicio de peritos, tenía dicho vehículo el día del accidente y antes de verificarse éste: o, en subsidio, el valor en que los mismos peritos estimen su completa reparación; valor comercial o valor de reparación, que estimo en doscientos noventa y nueve mil pesos ($ 299.000.oo).

"*Petición subsidiaria.*— Para el caso de que el Honorable Tribunal considere que las dos declaratorias anteriores, solamente deban pronunciarse contra una de las dos entidades mencionadas, pido que tales declaratorias se pronuncien contra la Nación Colombiana o contra el Municipio de Manizales.

"Tercera.— Que el Municipio de Manizales es responsable de los perjuicios que, por concepto de lucro cesante, ha venido sufriendo el Doctor Alberto Estefan Estefan, propietario del vehículo en referencia.

"Cuarta.— Que, como consecuencia de la declaratoria inmediatamente anterior, se condene al Municipio de Manizales a pagarle al demandante, o a quien sus derechos represente, dentro del término que fije la sentencia, el lucro cesante consistente en no haber podido aquél hacer uso del vehículo cuestionado, desde el 11 de enero de 1976, perjuicios que estimo a razón de quinientos pesos ($ 500.oo) por cada día transcurrido desde la fecha indicada, hasta cuando se pague al demandante la indemnización por daño emergente de que trata la petición Segunda de esta demanda.

"*Petición subsidiaria.*— Subsidiariamente a la petición inmediatamente anterior, solicito que la condena por lucro cesante se haga sobre la suma diaria que señalen peritos dentro del proceso". (Folios 24 y 24 vto. C. 1).

II

Los hechos constitutivos de la causa *petendi* se presentaron así:

"1.— Desde hace más de seis (6) años mi poderdante es dueño de una camioneta marca Toyota, modelo 1964, color verde, con placas JK—O 425, número de serie FJ45—20882, motor-chasís número F—201441, con capacidad para una tonelada.

"2.— Dicho vehículo está matriculado en la Dirección Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima, con sede en Ibagué, bajo registro de inscripción Número 426 de octubre 26 de 1972.

"3.— El dueño del vehículo está al día en el pago de impuestos correspondientes al mismo, pues en enero 11 de 1978 pagó en la Tesorería Municipal de Ibagué, los impuestos de circulación y tránsito y el de matrícula por todo el año de 1978, así como el impuesto de timbre nacional por el mismo año.

"4.— El diez (10) de enero de mil novecientos setenta y seis (1976) el vehículo mencionado se encontraba en Manizales, a disposición del señor Carlos Alberto Estefan Upegui, hijo del demandante.

"5.— Hacia las cinco y media de la tarde (17:30) horas del día mencionado, el vehículo de que se trata se encontraba estacionado sobre la carrera veintitrés (23) entre las calles veinticuatro (24) y veinticinco (25) del área urbana de Manizales, mientras su conductor Carlos Alberto Estefan Upegui cumplía una diligencia en inmediaciones del sitio del estacionamiento.

"6.— Fue entonces cuando el Agente (Moto) de la Policía Nacional señor Antonio Ocampo Osorio, abrió la puerta del vehículo, se subió a él y lo desplazó de donde se hallaba estacionado, con tan mala fortuna que 'al voltear por la calle 25, la caja de velocidades no recibió el cambio, quedando neutralizada, por consiguiente el vehículo se impulsó por toda la calle 25, recorriendo cuatro cuadras sin control, hasta que se estrelló contra la residencia ubicada en la calle 25 con carrera 19 esquina y distinguida con el número 25-07, de propiedad del señor Luis Mario Posada Posada, residente en esta misma habitación', según relato del accidente, dirigido al Comandante del Distrito Manizales, por el Comandante de la Sección de Tránsito y Transportes, en comunicación de enero 12 de 1976.

"7.— El accidente se causó, porque el Agente Nacional ya mencionado, trató de darle cumplimiento —en forma equivocada, desde luego—, a normas dictadas por autoridades del Municipio de Manizales, sobre despeje de la carretera veintitrés (23), con base en la Resolución Número 006 de 1975 (diciembre 16), proferida por el Director del Departamento de Transportes y Tránsito de dicho Municipio, y aprobada por el Alcalde y el Secretario de Gobierno del mismo.

"8.— El causante del accidente, señor Antonio Ocampo Osorio, había sido incorporado a la Policía Nacional —Departamento de Policía Caldas, mediante Resolución Número 03229 de septiembre 18 de 1963, proferida por el Director General de la Policía Nacional, y tomó posesión de su cargo el 30 de septiembre del mismo año, ante el Comandante del Departamento de Policía Caldas.

"9.— La casa contra la cual se estrelló el vehículo, sufrió daños de consideración, que fueron reparados por orden y cuenta del Municipio de Manizales.

"10.— El día siguiente al accidente, o sea, en enero 11 de 1976, el señor Carlos Alberto Estefan Upegui, a cuyo cargo se encontraba el vehículo cuando fue accidentado por el Agente ya dicho, formuló queja o reclamo contra éste, ante la Comisaría Central, queja que fue remitida al Juzgado 61 de Intrucción Penal Militar, con sede en Manizales.

"11.— Así mismo, en la Personería Municipal de Manizales se inició un informativo sobre el accidente, informativo que está archivado en dicha oficina.

"12.— Varios días después del accidente, la Policía retiró el vehículo de la casa en donde había quedado incrustado, y lo condujo a los patios de la Circulación, en Manizales.

"13.— Recién pasado el accidente, el dueño del Vehículo Doctor Alberto Estefan Estefan, empezó a gestionar con el Municipio de Manizales, en forma amistosa, la reparación completa de aquél, pues lo necesitaba para sus labores profesionales y para sus negocios.

"14.— Fue así como a petición del Personero Municipal de Manizales, el propio Doctor Estfan Estefan solicitó en varios talleres de Manizales, cotizaciones para la reparación.

"15.— El asunto de la reparación fue tratado por la Junta de Gobierno del Municipio de Manizales, en sus reuniones de marzo 2 de 1976 (Acta 56), abril 1o. de 1976 (Acta 58), abril 13 de 1976 (Acta 59) y abril 26 de 1976 (Acta 60), con el resultado de que dicha Junta conceptuó favorablemente en cuanto a que el Municipio asumiera la reparación completa del vehículo mencionado.

"16.— En razón de ello, el Alcalde y el Personero del Municipio de Manizales, Doctores Alberto Mendoza Hoyos y Jaime Echeverri González, respectivamente, suscribieron en junio de 1976, en nombre de dicho Municipio, un contrato con el señor Mario Vallejo Valencia para reparar el vehículo de que se trata.

"17.— El contratista Vallejo Valencia, no sólo consiguió los paz y salvos municipales necesarios para celebrar el contrato, sino que prestó, por conducto de la Compañía de Seguros Atlas S.A. las dos garantías o fianzas previstas en el contrato: Una de cumplimiento, por $ 3.000.oo (Póliza 18800 de julio 21 de 1976), y otra sobre manejo del anticipo, por $ 10.000.oo (Póliza 19076 de igual fecha).

"18.— Una vez celebrado el contrato sobre reparación, el Municipio hizo trasladar el vehículo del taller del contratista Vallejo Valencia.

"19.— A pesar de que el contratista dicho estuvo dispuesto a cumplir el contrato, la reparación no se llevó a cabo porque el Municipio de Manizales no entregó el anticipo que se había fijado en el contrato, y es así como aún el vehículo permanece sin reparar, en el taller del contratista Vallejo Valencia, en donde está por cuenta del Municipio citado.

"20.— En repetidas ocasiones, el propietario del vehículo, no sólo se dirigió por telegramas a las autoridades del Municipio de Manizales urgiendo por la reparación del mismo, sino que se trasladó muchas veces desde Ibagué hasta esta ciudad, con el mismo objeto, hasta cuando el actual Alcalde Municipal, Doctor Luis Guillermo

Giraldo Hurtado, le manifestó en noviembre del presente año (1976), que sólo ordenaría algún pago por el accidente del vehículo, cuando así lo ordene la autoridad jurisdiccional competente.

"21.— El vehículo de que se trata se hallaba en perfectas condiciones mecánicas y de funcionamiento, cuando fue accidentado, pues habia sido reparado integralmente en el mes de diciembre de 1975, en el 'Taller El Jeep' del señor José Montealegre Moreno, que funciona en la ciudad de Ibagué.

"22.— Dado el considerable lapso transcurrido desde la fecha del accidente (más de 22 meses), el vehículo de que se trata está hoy en peores condiciones de las en que se encontraba luego del accidente el 10 de enero de 1975, pues debido a las resultas del mismo, sus partes rotativas no han sido puestas en funcionamiento desde entonces, lo que ha ocasionado su destrucción. 'Su estado es pésimo', dice el jefe de Bienes e Inventarios del Municipio de Manizales, en informe de octubre 23 de 1978, dirigido al Personero del mismo.

"23.— Por lo anterior, el demandante estima en doscientos noventa y nueve mil pesos ($ 299.000.oo), el valor del daño emergente causado con el accidente, pues el precio actual de ese tipo de vehículo —nuevo— es de seiscientos veinte mil pesos ($ 620.000.oo), para pago de contado.

"24.— Antes del accidente, el vehículo estuvo siempre destinado al servicio particular del demandante, quien se servía de él para cumplir las visitas domiciliarias y asistenciales propias de su profesión de médico, que ha ejercido desde años atrás y ejerce aún en la ciudad de Ibagué.

"25.— Como es lógico, a raíz del accidente, el demandante se ha visto privado del uso del vehículo, lo cual le ha ocasionado perjuicios, en la modalidad de lucro cesante, perjuicios que aquel estima en suma no inferior a quinientos pesos ($ 500.oo) diarios, a contar desde el once (11) de enero de mil novecientos setenta y seis (1976).

"26.— De los perjuicios por lucro cesante debe responder el Municipio de Manizales, ya que éste se hizo cargo de la reparación del vehículo, habiendo incumplido dicha obligación.

"27.— El demandante obtuvo su grado de Doctor en Medicina y Cirugía en la Universidad Nacional de Colombia, según título expedido por ésta en septiembre 24 de 1978". (folios 22, 22 vto. 23, 23 vto. y 24 Cdno 1).

III

La sentencia de instancia declaró la responsabilidad de la Nación Colombiana en un noventa y cinco por ciento (95%) de los daños materiales causados al automotor de propiedad del demandante y a pagarle en igual proporción por concepto de daño emergente estimados en la suma de $ 493.280.oo.

Exoneró al Municipio de Manizales por concepto de daño emergente y lucro cesante ocasionados en el mismo vehículo y negó las demás peticiones de la demanda.

IV

El Ministerio Público en esta instancia, solicita la revocatoria del fallo apelado y en su lugar declararse inhibida la Sala para un pronunciamiento de mérito por considerar que la parte demandada no está precisada y en consecuencia la demanda no está en forma.

Dice así el concepto fiscal:

"El recurso fue interpuesto, por no compartir el apoderado del actor las argumentaciones y conclusiones del fallo. En el alegato presentado para sustentar el recurso se explica así: "Si el asunto se mira exclusivamente por la entidad nombradora del agente de Policía que vivió el episodio del accidente que causó el perjuicio, la dirección de imputar la responsabilidad no puede ser otra que hacer recaer sobre aquélla la carga de ésta. Pero ocurre que el enfoque fundamental debe mirar al servicio u origen de la actividad oficial que se cumplía, en la cual se presentó la falta.

"Descendiendo a la situación fáctica la regulación del tránsito de vehículos automotores en el área urbana, la dirección que deben tomar en las calles y carreras, los pares, los estacionamientos y demás vicisitudes que se derivan del tránsito, como la prestación misma de la vigilancia de este servicio es de clara estirpe municipal. Es el municipio quien expide las normas reguladoras y detalla los hechos y operaciones que permiten la guarda del orden en el tránsito y las autoridades a este nivel quienes tienen la dirección y orientación de sus directrices. Los funcionarios que colaboren en su tarea, independientemente del origen del nombramiento, les están adscritos y los actos que éstos cumplan obedecen a un ordenamiento jurídico inconfundible".

"La anterior explicación, que es refutable no fue planteada en la demanda, pues en ella no se consigna ningún argumento tendiente a sostener o a explicar la solidaridad.

"Su contenido resulta impreciso y difícil de comprender. Se observa que no obstante que planteó la solidaridad entre la Nación y el Municipio, no explica la razón de ser de esa solidaridad. La imprecisión hace pensar, que la vinculación del Municipio nace del contrato, pues no hay ninguna otra explicación sobre la razón de su responsabilidad.

"Más aún en la misma demanda existe contradicción, pues mientras se dice que se demanda solidariamente, en las peticiones se solicita la condena de uno de los entes demandados.

"La falta de argumentos y explicaciones de la demanda impide saber con certeza la vinculación del Municipio de Manizales como ente pasivo. A esto se suman los hechos que se mencionan y que sirven de base para formular las peticiones. En la narración de los hechos el demandante refiere que el municipio celebró un contrato con un mecánico para que reparara los daños del vehículo y que finalmente el Municipio no cumplió con ese contrato. Este hecho y la ausencia del razonamientos que explicaran la razón de ser de la responsabilidad del Municipio, permitió al Tribunal pensar que la vinculación del Municipio en el presente caso era el contrato a que se ha hecho alusión.

"Leyendo la demanda e interpretando su contenido, el enfoque inicial del Tribunal tiene su explicación y su justificación. Pero no se insiste sobre el tema, pues este punto ya quedó resuelto por la Sala.

"Este despacho encuentra que la demanda sigue no estando en forma: Teniendo en cuenta las peticiones que en ella se formulan se observa, que el actor no se limita a solicitar *peticiones* subsidiarias, sino que subsidiariamente cambia la parte a ente demandado. Es decir cambia la acción y no simplemente la petición que sería lo permitido y deja al arbitrio del Juez de la escogencia del ente pasivo".

Luego de transcribir las pretensiones, continúa:

"En la petición Tercera y la Cuarta, se cambia la parte pasiva y se destruye la solidaridad planteada al solicitar que se condene solamente al Municipio de Manizales.

"Si la acción se considera extracontractual y se solicita que solidariamente se condene a pagar perjuicios a la Nación y al Municipio, por unos hechos que constituyen falla del servicio, resulta absurdo que esos mismo hechos constitutivos de la falla generen caprichosamente una condena solamente para uno de los entes demandados, en este caso para el Municipio y no para la Nación" (folio 182 C. No. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o.— En primer término procede la Sala al análisis de la posición adoptada por la Colaboradora Fiscal que la indujo a solicitar un pronunciamiento inhibitorio por imprecisión en la demanda puesto que de su desarrollo se ha de precisar si se acoge o no.

El libelo se dirige contra la Nación y el Municipio de Manizales, en procura de una declaratoria de responsabilidad solidaria contra ambas entidades, pretensión que encuentra a su apoyo legal en el artículo 2344 del Código Civil.

Precisamente sobre la anterior pretensión radica fundamentalmente la sentencia apelada. Si bien es cierto que a la petición subsidiaria se le puede formular el reparo de haberse culminado indebidamente aun cuando se señalan declaratorias contra la Nación o el Municipio de Manizales, lo cierto es que si todo se ubica alrededor de la pretensión primera y segunda, el reproche no tiene asidero en los términos que impidan un pronunciamiento de fondo.

La petición tercera escogida por el demandante para solicitar la responsabilidad del Municipio de Manizales por concepto de lucro cesante no puede ser interpretada de manera distinta al desarrollo de la solidaridad predicada a lo largo del libelo incoativo. Es decir, si se demanda a la Nación Colombiana y al Municipio de Manizales solidariamente al pago del daño emergente, no se quiso ejercer el mismo derecho frente a ambos entes sino de manera exclusiva sobre uno de ellos. La voluntad del actor le llevó a exigir a uno solo de los deudores el total de la obligación por ese concepto a su arbitrio, en la forma autorizada por el artículo 157 del mismo Código.

Cualquier duda en el aspecto que se analiza, se absuelve con el auto del 3 de agosto de 1979 (folio 62 C. No. 1), proferido por la Sala al desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto inadmisorio de la demanda.

2o.— La prosperidad de las pretensiones, así planteadas queda sujeta a la demostración de los presupuestos de la responsabilidad por falla en el servicio, como pasa a verse.

Los fundamentos de la responsabilidad de la administración por falta o falla del servicio, se encuentran en el artículo 16 de la Constitución Nacional que señala que las autoridades deben, obrando dentro de los límites del artículo 2o. *ibidem*, propender por la realización del bien común, para lo cual se organizan los servicios públicos que son atendidos y prestados a través de sus agentes.

Si en desarrollo de esas funciones incurre en falta o falla, causando la lesión de un bien jurídicamente protegido, surge la obligación de resarcir a la víctima del daño, con prescindencia de la culpa personal del agente administrativo.

En forma reiterada la jurisprudencia de la Corporación ha señalado los elementos axiológicos para la prosperidad de la pretensión resarcitoria, así:

"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 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, aun demostrada la falta o falla del servicio, no habría lugar a la indemnización".

3o.— Con base en lo anterior, procede la Sala al análisis de los elementos probatorios que obran en el plenario, a efectos de establecer las circunstancias en que ocurrió el hecho señalado como constitutivo de la falla, el daño causado al actor, y el nexo causal.

En cuanto al primer elemento, se tiene lo siguiente:

a) Prueba testimonial: Aparece demostrado con declaraciones de testigos, incluyendo la del autor del hecho, —y así lo consideró el *a-quo*— que el 10 de diciembre de 1976, en la ciudad de Manizales, se produjo un accidente al ser movilizado por el agente de tránsito Antonio Jesús Ocampo Osorio, un vehículo de propiedad del demandante, de características iguales a las señaladas en la demanda, al intentar retirarlo de la carrera 23, que había sido declarada zona peatonal con ocasión de la celebración de las festividades feriales, y al voltear por la calle 25, perdió el control del vehículo estrellándose en una casa situada en la mencionada calle, con carrera 19, cuatro cuadras más abajo. (Folios 121 vto. a 123 C. No. 2).

En forma concordante con la declaración de Ocampo Osorio deponen las señoras Mariela Botero Merino y Bertha Botero de Chávez, que vieron cuando un policía se subió al carro del demandante, que en ese momento se encontraba en poder del señor Carlos Alberto Estefan "estacionado" frente a su casa, lo movió, y "... lo hechó (sic) a rodar hacia la vuelta por la calle 25" (folios 125 y 126; 127 vto. y 128 C. No. 2)".

Guillermo Echeverri Mora, Comisario de Policía en Manizales en la época en que ocurrieron los hechos, razón por la cual atendió las primeras diligencias del caso, da cuenta de hechos ocurridos en similares circunstancias de modo a las narradas por las anteriores declarantes (folio 112 C. No. 2).

Ricardo Sáenz Rivas, Comandante de la Policía de Tránsito de Manizales en enero de 1976, recibió el parte del Agente Antonio Jesús Ocampo Osorio, dándole cuenta del accidente y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió. Posteriormente, al trasladarse al lugar, encontró el vehículo incrustado sobre una residencia o depósito de frascos (folio 28 C. No. 2).

Hernán Pineda Cardona, mecánico automotriz, fue la persona encargada de retirar el vehículo que se encontraba "incrustado" en la casa situada en la calle 25 entre carrera 20 y 21 (folios 114 y ss. C. No. 2).

b) Prueba documental auténtica, al tenor del artículo 254 ordinal 1o. del D. P. C., consistente en el informe del Comandante de la Sección de Tránsito y Transporte de Manizales, el día 12 de enero de 1976 (folio 4 C. No. 1).

Las anteriores pruebas son demostrativas de un evidente error de conducta en el agente Antonio Jesús Ocampo Osorio, autor del hecho causante del perjuicio al pretender, por medios ajenos a los legales, el cumplimiento de su deber.

El daño cierto y real causado al referido automotor encuentra pleno respaldo probatorio en el Informe del Accidente, de fecha enero 12 de 1976, suscrito por el Comandante Sección Tránsito y Transporte de Manizales, (folio 4 C. 1). Lo que dice en lo pertinente: "... el vehículo sufrió daños de consideración el capot, persiana, bomper, radiador, parabrisas destrozado, averiaduras en los vidrios de las ventanillas, cabina desperfecta y puerta izquierda doblada".

Confirma lo anterior el informe del Jefe de Bienes e Inventarios, del 23 de octubre de 1978, documento que da cuenta del estado de deterioro en que se encontraba para la fecha el vehículo accidentado.

La diligencia de inspección judicial practicada por el *a-quo* el 10 de abril de 1981, demuestra el "notorio estado de deterioro" del carro, aunque para la anotada fecha circunstancias sobrevinientes como el transcurso del tiempo, el haber quedado a la intemperie en el taller a donde fue conducido y un fuerte golpe a causa de la caída de un muro producida por un temblor de tierra (declaración de Mario Vallejo folio 116 vto. C. 2), habían agravado la situación causada con el accidente. De todos modos, esta prueba confirma la documental reseñada precedentemente, para crear la convicción del estado en que quedó el vehículo con motivo de la colisión ocurrida el 10 de enero de 1976, situación fácilmente determinable con la prueba documental (fotografía) que se observa a folio 5 del cuaderno principal.

Sobre el perfecto estado del vehículo antes de la tragedia, informan los declarantes MARIO GOMEZ GARCIA, AMPARO GOMEZ UPEGUI (folios 124 vto. y 127 fte. Cuaderno Número 2), así como JOSE MONTEALEGRE MORENO, mecánico automotriz que hizo una reparación general de pintura, motor y rodamiento.

El actor acreditó la titularidad sobre el automotor accidentado con prueba documental auténtica, acompañada al libelo y visible a folio 6 y 19 C. 1.

El nexo causal entre el hecho y el daño surge de las mismas probanzas analizadas precedentemente.

4.— Debe establecerse ahora cuál de las entidades demandadas solidariamente debe asumir la responsabilidad por los hechos expuestos en la demanda y probados en la forma vista.

El hecho séptimo del libelo expone, en forma por demás ambigua, que el agente nacional causante del daño "... trató de dar cumplimiento en forma equivocada —desde luego— a normas dictadas por autoridades del Municipio de Manizales sobre despeje de la carrera veintitrés (23), con base en la Resolución 006 de 1975 (diciembre 16) proferida por el Director del Departamento de Transportes y Tránsito en dicho Municipio y aprobada por el Alcalde y el Secretario de Gobierno del mismo". (folio 22 vto. C. 1).

En el alegato de conclusión en la primera instancia, el apoderado sustituto del demandante, amplía la argumentación apoyado en disposiciones legales que señalan quiénes son autoridades de tránsito, sus funciones, así como los procedimientos indicados para la organización y control del tránsito departamental y municipal. Transcribe los artículos 8o. y 9o. del Decreto 2170 de 1970 que otorga al Director General de la Policía Nacional la facultad de destinar a órdenes de las autoridades municipales,

entre otras, las secciones o unidades de Policía de Circulación y Tránsito necesarias para la vigilancia y cumplimiento de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito y sus reglamentos, normas que no se invocan en la demanda.

Con base en los textos legales citados y en la Resolución 006 de 16 de diciembre de 1975, proferida por el Departamento de Transportes y Tránsito Municipal de Manizales, creado por el Concejo Municipal mediante Acuerdo Número 94 de 1975, se endilga responsabilidad al Municipio de Manizales, entidad bajo cuyas órdenes, a juicio del actor, estaba el agente Antonio Jesús Ocampo Osorio cuando el accidente, argumentos que en el alegato ante esta instancia se reiteran sobre la base de considerar que el enfoque fundamental del asunto "debe mirar al servicio u origen de la actividad oficial que se cumplía en la cual se presentó la falla, correspondiente a la administración municipal la regulación del tránsito de vehículos automotores en el área urbana para lo cual expide las normas reguladoras y detalla los hechos y operaciones que permiten la guarda del orden en el tránsito ... Los funcionarios que colaboren en su tarea, independientemente del origen del nombramiento, les están adscritos y los actos que éstos cumplan obeceden a un ordenamiento jurídico inconfundible". (Folio 175 C. 1).

El fallo de instancia al denegar la pretensión resarcitoria contra el Municipio de Manizales, dijo:

"Y ha de afirmarse que el hecho del agente causante del daño, no podía comprometer al Municipio, porque aun cuando estuviese al servicio del mismo, adscrito a la Policía Seccional de Caldas, no tenía la calidad de funcionario, empleado o servidor municipal. Su vinculación al servicio público es de carácter nacional. Así ha de entenderse de acuerdo con la copia de la Resolución Número 03329 de septiembre 18 de 1963, por la cual el Director de la Policía Nacional hubo de nombrar "Para el cargo de agentes alumnos al siguiente personal de aspirantes para la Escuela Alejandro Gutiérrez, novedad fiscal con fecha 15 de agosto del año en curso ... OCAMPO OSORIO ANTONIO ... Fdo. Brigadier General Saulo Gil Ramírez Sendoya, Director General de la Policía Nacional. Fdo. Guillermo Ribera Angel, Secretario General". (Folio 2 del proceso). Igualmente a folios 3 ibídem, aparece el acta de posesión del prementado agente ante el Comandante del Departamento Policaldas.

"Por ministerio del artículo 167 de la Constitución Nacional: 'La ley podrá establecer una milicia nacional y organizará en cuerpo de Policía Nacional'. Hállase definida la institución por el artículo 1o. del Decreto-Ley 3187 de 1968 como 'Un cuerpo armado de personal jerarquizado que hace parte de la fuerza pública con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Defensa Nacional y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos'.

"En desarrollo de estos principios, y enmarcados en un ámbito nacional, el artículo segundo del llamado Código Nacional de Policía, establece: 'A la Policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y de la moralidad pública'.

"Significa por modo que, aunque el agente Jesús Antonio Ocampo Osorio, hallábase, por la época del insuceso, al servicio de Circulación y Tránsito en el Municipio de Manizales, esa adscripción física y local de su función, no lo despojaba del carácter de servidor nacional y hacer parte, como autoridad de tránsito de la Policía Nacional en su cuerpo especializado de Policía Urbana de Tránsito, tal como lo califica así, el artículo 3o. del Decreto 1344 de 1970, modificado por el 2169 del mismo año, artículo 2o.

"Es necesario recordar por último que, a partir del 1o. de junio de 1962 y como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 193 de 1959 y en el Decreto 1217 de 1962, se nacionalizaron la totalidad de los Cuerpos de Policía que existían en el territorio nacional. Igualmente al reorganizarse el entonces Ministerio de Guerra, y adscribirse a éste la Policía, todo ello fue premisa considerativa para la expedición del Estatuto Orgánico de la Policía Nacional, concretado en el Decreto 1667 de 1966, en cuyos artículos 7o. y 8o. se patentiza la calidad de servidores nacionales del personal policivo. Disponen las normas en comento: Artículo 7o.: 'El Ministerio de Defensa Nacional ejerce, por intermedio del Director General de la Institución, las funciones de dirección, organización, administración, inspección y vigilancia de todos los Cuerpos de Policía existentes en el territorio de la República, ya sea que presten servicios a la Nación, a los Departamentos, a las Intendencias, a las Comisarías o a los Municipios'. Artículo 8o.: 'El Gobierno Nacional dispone los nombramientos, selección ascensos, promociones, remociones, traslados y retiros del personal de Oficiales de la Policía Nacional'.

'Corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, por conducto del Director de la Policía Nacional, hacer los nombramientos, ascensos, promociones y retiro del personal de Suboficiales de la Institución. El Director de ésta queda facultado para llevar a efecto las mismas disposiciones en lo que respecta al personal de Agentes'.

"Como hubo oportunidad de anotarlo, la Policía de Circulación y Tránsito, de la cual hacía parte el agente causante materia del daño al automotor, Sr. Jesús Antonio Ocampo Osorio, es una rama especializada de este Cuerpo que, por ministerio del estatuto que se examina y, según las voces del artículo 32: '... estará encargada de resolver los problemas que, como consecuencia del incremento de la circulación humana y mecánica, se producen en los sectores urbanos de las ciudades. La labor de los Agentes de Tránsito tiende a disminuir los accidentes, a evitar los entorpecimientos continuos de la circulación, a lograr un ordenamiento adecuado en el desplazamiento de peatones y vehículos, y a exigir el cumplimiento de las normas impuestas por los reglamentos respectivos'."

La Sala comparte los anteriores planteamientos del *a-quo* por considerar que no existe base legal para dar por establecida una falla del servicio, como consecuencia de actuaciones positivas o negativas imputables al Municipio. De conformidad con el artículo 7o. del Decreto 1667 de 1966 corresponde al Ministerio de Defensa por conducto de la Dirección General de la Policía, dirigir, organizar, administrar, inspeccionar y vigilar todos los Cuerpos de Policía existentes en el Territorio, así presten sus servicios a las entidades territoriales entre las cuales se señalan los Municipios. La Resolución Número 006 de 1975, de clara estirpe municipal, es una medida eminentemente policiva de prevención, que no tiene la fuerza de vincularse necesaria para deducir responsabilidad en su contra, no obstante haya dispuesto, para el cumplimiento de sus disposiciones, a los agentes de la Policía de Tránsito, que por ese hecho no pierden su calidad de servidores nacionales, carácter que derivan de la Constitución Nacional y de la ley que los adscribe al Ministerio de Defensa Nacional, que por conducto de la Dirección General de la Institución puede destinarlos a órdenes de cualquier autoridad para el cumplimiento de las funciones asignadas, conservando estas autoridades las facultades determinadas en la norma precitada, así los agentes presten sus servicios a una entidad municipal, como en el presente caso.

No comparte en cambio la Sala los aspectos del fallo que encuentran como única vinculación del ente municipal al proceso, la celebración de un contrato para la reparación del vehículo dañado, fruto de un "gesto de buena voluntad" del alcalde "y en ningún caso, aceptación de responsabilidad" (Acta de Gobierno No. 59 del 13 de abril de 1976) (folio 77 C. 2). Y no la acoge, en primer lugar porque la voluntad de efectuar un

pago o de resarcir un perjuicio, así se haya comenzado a materializar con la celebración de un contrato, como en el *sub-lite*, no puede comprometer de plano la responsabilidad del ente. Y no puede deducirse responsabilidad contractual, consecuencia de la "buena voluntad" de la administración, porque la causa de la falla demandada es un hecho, lesivo de un derecho jurídicamente protegido, que está al margen de una relación negocial. De haberse dado el convenio, podría hablarse de una transacción, para precaver o evitar un litigio, en cuyo caso no sería de carácter administrativo.

La calidad del funcionario causante del hecho, demostrada plenamente con la prueba documental que se observa a folios 2 y 3 C. No. 1, así como su conducta ostensiblemente ilegal, son la causa de la responsabilidad de la Nación, al encontrarse fehacientemente demostrado los elementos constitutivos de la falla del servicio con el acervo probatorio que se analizó antes.

5o.— La sentencia recurrida, con base en el artículo 2357 del Código Civil y en pronunciamientos jurisprudenciales, determina la aplicabilidad de la responsabilidad compartida por la conducta imputable al señor Carlos Alberto Estefan Upegui, al incumplir los reglamentos de tránsito municipal, aceptada tácitamente en la demanda y consagrados en la Resolución Número 006 de 1975. Esa actitud contravencional, como dice el fallo de instancia, si bien no ha sido controvertida, en ningún momento fue desconocida y aunque considerada aisladamente no habría ocasionado ningún daño, sí motivó el irregular proceder del agente que fue la causa inmediata del insuceso, la causa eficiente del resultado dañoso, razón por la cual se exonerará a la Nación en un porcentaje del 5%, reducción compartida por la Sala en el monto de la indemnización por considerar que el mencionado señor Estefan con su conducta, ha incidido en el resultado final.

Los perjuicios:

La indemnización por los daños ocasionados al automotor de propiedad del demandante se reclaman, por concepto de daño emergente, equivalente "... al valor comercial que a juicio de peritos tenía dicho vehículo el día del accidente y antes de verificarse éste; o en subsidio, el valor en que los mismos peritos estimen su completa reparación; valor comercial o valor de la reparación que estimo en $ 299.000", según los términos del petitum.

Conforme a la prueba testimonial vista atrás, el automotor antes del accidente estaba en buenas condiciones exteriores y de funcionamiento. Los peritos en su dictamen consideran que su valor actual, es de $ 60.000.oo; el valor comercial al 10 de enero de 1976, habida cuenta de su perfecto funcionamiento según la declaración del señor José Montealegre Moreno, era de $ 280.000.oo (folios 135, 136 C. 2), dictamen que acoge la Sala por cuanto llena los requisitos de validez en su ordenación y práctica, encontrándose respaldado por razonada y explicada motivación. Puesto en conocimiento de las partes, ninguna objeción recibió, ni siquiera fue objeto de adiciones o declaraciones, luego se trata de prueba contradicha. Acepta la Sala la determinación que por el concepto que se estudia hizo el Tribunal de instancia, que arrojó un resultado de $ 493.280, al totalizar el valor comercial al 10 de enero de 1976 con el que resultó de la actualización monetaria, descontando de la suma anterior un 5% por concepto de exoneración ordenada y los $ 60.000 señalados por los expertos como el valor actual.

Para la Sala esta decisión no excede de la pretensión señalada por el propio demandante cuando dijo en el escrito incoactivo estimar el valor comercial o valor de reparación en $ 299.000, puesto que la condena que se impuso es, en suma inferior a la pretendida, tan sólo que por las razones que se anotan a continuación supera ese monto.

Si bien es cierto que en la demanda no fue deprecada la actualización de los perjuicios no obstante que el Tribunal la ordenó, esta Sala Comparte la cuantificación que trae el fallo que se revisa, teniendo en cuenta que el vehículo, su reparación, la diferencia del valor en ese entonces y ahora, justifican ese incremento. No se trata en el fondo, de una actualización, sino de un reconocimiento del valor de la cosa para el momento en que ha de verificarse el pago. Razones de equidad permiten llegar a la anterior conclusión.

Finalmente, y en relación con el lucro cesante, se atiene la Sala a las pretensiones del demandante que se limitan a demandar perjuicios por este concepto únicamente contra el Municipio de Manizales, como se infiere del claro texto de las peticiones contenidas en los ordinales 3o., 4o. y subsidiario. Más adelante, al señalar la competencia, la demanda es reiterativa al decir: "En el presente caso es evidente, por lo menos, que una misma causa (accidente de tránsito) ha dado lugar a las acciones por daño emergente (contra la Nación y el Municipio) y por lucro cesante (contra el Municipio)".

Descartada la responsabilidad del ente municipal por los razonamientos expuestos, deviene una denegación de las súplicas encaminadas a la indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante.

Para la Sala el *a-quo*, en la sentencia impugnada, anduvo acertado, pues su decisión se ajusta a derecho, y las motivaciones en que la apoyó merecen el respaldo de esta Corporación, con excepción de la vinculación contractual del ente municipal, al proceso como resultado de un gesto de "buena voluntad", motivación que finalmente no incide en la decisión tomada, la que deberá acogerse en su totalidad en este segundo grado de jurisdicción.

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 la sentencia apelada del 29 de marzo de 1982 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

Cópiese y notifíquese.

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, ausente.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

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

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— ALMACENAJE DE MERCANCIAS.— DEPOSITO NECESARIO.— **No hay exoneración de responsabilidad.**

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR PERDIDA DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y ALMACENAJE.— **1. Cumplimiento de la providencia que ordenó la entrega de la mercancía o de los medios de transporte (artículo 14 de la Ley 21 de 1977). 2. Requerimiento judicial de cumplimiento de la sentencia. 3. La revocatoria de un auto ejecutivo no implica la revocatoria automática del requerimiento. 4. Responsabilidad por almacenaje. Jurisprudencia.** RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— APLICACION EXCEPCIONAL DEL CODIGO CIVIL.— **El artículo 73 del Decreto-Ley 955 de 1970, modificado por la Ley 21 de 1977 preceptúa que el "FONDO ROTATORIO DE ADUANAS" tiene el deber de custodia de la mercancía que le haya sido entregada en depósito de conformidad con las disposiciones del Código Civil.**

EXCEPCIONES.— **En la Ley 167 de 1941 (artículo 169) y en el Decreto 01 de 1984 (artículos 163 y 164). La "FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA" no tenía legalmente el carácter de excepción en lo contencioso administrativo, sino impeditivo procesal. En el Decreto 01 de 1984 (artículos 163 y 164) se dispuso que los hechos constitutivos de excepcioness previas en el proceso civil podrán alegarse como motivos de nulidad y aun como razón para recurrir.**

ORDENES JUDICIALES.— **Desconocimiento. Sanciones. Omisión de su cumplimiento.**

VIA GUBERNATIVA.— AGOTAMIENTO.— **La jurisdicción contencioso administrativa sólo adquiere competencia para decidir cuando previamente se ha agotado la vía gubernativa (Ley 167 de 1941, artículo 82 y Decreto 01 de 1984, artículo 135).** OMISION DE LA ADMINISTRACION.— **No hay agotamiento.**

JURISDICCION ROGADA.— **En el sistema contencioso administrativo, la oficiosidad no protege a la acción, pero sí a la excepción.**

DEVALUACION MONETARIA.— CONCEPTO.— PRUEBA.— **Fenómeno económico que no requiere demostración como tal, por ser un hecho notorio, pero la cualificación del mismo sí debe ser acreditada dentro del proceso.**

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

Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Proyecto Magistrado Auxiliar: **Doctor Ramiro Borja Avila.**
Referencia: 3551.
Actor: **Juan Benildo Riascos Caicedo.**

El señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO, mayor y vecino de la ciudad de López (Cauca), por conducto de apoderado judicial, demandó al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS para que, previos los trámites de un proceso ordinario contencioso administrativo, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que se declare que el Fondo Rotatorio de Aduanas, es administrativamente responsable de los perjuicios a JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO por la omisión de la entrega de la moto-nave MANUEL JOTA, ordenada por el juzgado Distrital Penal Aduanero de Buenaventura, mediante oficio Número 088 de marzo 2 de 1979.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Fondo Rotatorio de Aduanas, en favor de JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO, a devolver la moto-nave a que se refiere el oficio Número 088 de marzo 2 de 1979, en las mismas condiciones que la recibió en calidad de depositario legal, o en defecto a pagar el valor actual de la moto-nave MANUEL JOTA, conforme a lo que resulte probado en el juicio, o en su regulación posterior.

"TERCERA: Que se condene al Fondo Rotatorio de Aduanas, a pagar al señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO a título de indemnización material, las sumas que resulten probadas, en el juicio, o se den las bases para su posterior liquidación en el incidente especial que se tramite para el efecto de la regulación que para dicha condena se tenga en cuenta lo siguiente:

"PRIMERO.— Valor actual de la moto-nave MANUEL JOTA.

"SEGUNDO.— Producción mensual de la moto-nave.

"TERCERO.— Incremento del capital producido por la moto-nave.

"CUARTO.— Intereses de capital.

"QUINTO.— Devaluación monetaria.

"Todo esto desde la fecha en que el Fondo Rotatorio de Aduana debió efectuar la entrega de la moto-nave en mención y hasta la fecha en que se cumpla el fallo.

"CUARTA: Que se ordene al Fondo Rotatorio de Aduana, el cumplimiento del fallo dentro del término que para el efecto señalan los artículos 121 y 122 del C.A., y que en caso de que no la cumpla en dicho término, se determine el porcentaje de los intereses moratorios mensuales que debe pagar".

Como hechos fundamentales expuso los siguientes:

"1. El día 29 de mayo de 1978, los agentes del resguardo de Aduana de Buenaventura, comandados por el sargento IV-12 RAFAEL MENDEZ DUSSAN, el motorista III-7 ELIAS GONZALEZ, guarda V-7 JOSE LEON RUIZ BUITRAGO Y LIBARDO PEÑA GONZALEZ, aprehendieron por presunción de contrabando la moto nave MANUEL JOTA, la cual se encontraba en las desembocaduras del Río Tagua, jurisdicción del municipio de Buenaventura, moto-nave de las siguientes características:

— Eslora máxima	17.5. mts.n	— No. de cubiertas	una (1)
— Eslora E.P.	16.35. mts.	— No. de bodega	una (1)
— Manga de diseño	4.33 mts.	— No. de mástiles	uno (1)
— Puntual de diseño	1.61 mts.	— material del casco	madera
— Calado máximo proa	0.99 mts.	— clase de propulsión	mot. ford
— Calado máximo popa	0.66	— potencia maq. prop. 1.4	(R.P)
— Desplazamiento lastre	51.50 mts.	— tipo proa *lanzada popa espejo.*	
— Fondo muerto total	91.50. mts.		

Clasificación de cabotaje, grupo dos (2) clase X, de propiedad del señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO, según certificado de clasificación definitiva, de la dirección general marítima y portuaria de Buenaventura.

2. La moto nave ya descrita anteriormente se encontraba equipada con un motor marca FORD, modelo 2704 ET equipado con turbo, bomba de inyección, alternador motor de arranque, tablero de instrumento de seguridad, reductor 3; 1, hélice de bronce de tres aspas de 29 por 22, bocín de salida de tres pulgadas. Prensa de estopa de tres pulgadas, con transmisión Wonse, tres baterías de doce voltios, bomba de achique de gasolina, tres canecas de 55 galones y una estufa de petróleo.

3. El barco o moto-nave a que nos venimos refiriendo le fue entregada en depósito junto con la mercancía que en él se encontraba al Fondo Rotatorio de Aduana, según actas de ingreso Números 080 y 081 respectivamente.

4. Los agentes del resguardo expidieron los recibos de retención Número 00221 y 00222 y 00223 serie D. a nombre de N.N. cuyo original y copia se adjuntaron al informativo correspondiente.

5. Tramitado que hubo el proceso penal aduanero mediante el cual se vinculó la moto-nave MANUEL JOTA por presumir que ésta se encontraba dedicada a las actividades del contrabando y demostrado en dicho proceso la no existencia del delito que se investigó, el Juzgado Distrital Penal Aduanero de Buenaventura, mediante providencia de fecha agosto 5 de 1978 ordenó la devolución de la moto-nave MANUEL JOTA al señor BENILDO RIASCOS CAICEDO, junto con sus accesorios, e igualmente ordenó oficiar al señor almacenista del Fondo Rotatorio de Aduana de la Ciudad de Cali, a fin de que procediera a hacer la devolución. La anterior sentencia se ordenó fuera consultada ante el juez superior de la ciudad de Cali.

6. El juzgado segundo superior de la ciudad de Cali, mediante providencia fechada el 13 de septiembre de 1978, confirmó en todas sus partes la providencia del juzgado distrital penal aduanero de Buenaventura, a que nos referimos en el hecho anterior. Para dar cumplimiento a la providencia que nos venimos refiriendo, el juzgado Distrital Penal Aduanero de Buenaventura, libró el oficio Número 304 de fecha septiembre 27 de mil novecientos setenta y ocho (1978) dirigido al señor Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduana, en la ciudad de Cali, y con el mismo le acompañó copias de las providencias proferidas por el Juzgado Distrital Penal Aduanero y el Juzgado 2o. Superior de Aduana de la ciudad de Cali, con el objeto de que procediera de conformidad haciendo la devolución de la moto-nave MANUEL JOTA ya descrita, al señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO, como propietario de la misma y quien se identifica con cédula de ciudadanía Número 2.441.490 de la ciudad de Cali-Valle.

7. Igualmente se libró el oficio 305 fechado septiembre 27 de 1978 dirigido al señor Almacenista del Fondo Rotatorio de la ciudad de Cali, mediante el cual confirmaba el oficio 304 a que nos referimos en el hecho sexto. Como el Fondo Rotatorio se negara sistemáticamente a devolver la moto-nave argullendo (sic) en forma verbal de que la cédula anotada en los oficios anteriores no coincidía su número con el que presentaba mi poderdante para reclamar la moto-nave, fue así como el 2 de marzo de 1979 el Juzgado Distrital Penal Aduanero libró el oficio Número 088 dirigido al señor Almacenista del Fondo de Aduana en la ciudad de Cali, en el cual se hacía la aclaración sobre las características del vehículo y de la cédula de mi poderdante y en el mismo se le anunciaba que las copias de las providencias tanto de la primera como de la segunda instancia ya se encontraban en poder del Fondo Rotatorio de Aduana en la ciudad de Cali, a fin de que procediera de conformidad haciendo la entrega o devolución de la moto-nave al señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO. A partir de ese momento

(2 de marzo de 1979), quedó completo el acto emanado del juzgado distrital penal aduanero de Buenaventura, mediante el cual ordenó al Fondo Rotatorio de Aduanero, la devolución de la moto-nave MANUEL JOTA.

8. Como el Fondo Rotatorio de Aduana se negara sistemáticamente a cumplir con su obligación de devolver la moto-nave MANUEL JOTA a que nos hemos venido refiriendo, mi poderdante procedió a demandarlo ante un juzgado de la ciudad de Bogotá, mediante un proceso ejecutivo por obligación de dar una cosa mueble distinta a dinero, y previamente solicitó fuera requerido el Fondo para constituirlo en mora.

9. Mediante providencia fechada 13 de febrero de 1981, proferida por el Juzgado Décimo Civil de la ciudad de Bogotá, se ordenó requerir al Fondo Rotatorio de Aduanas y este requerimiento se cumplió el 13 de marzo del mismo año, sin que hasta la fecha se haya dado cumplimiento a dicho requerimiento.

10. Al notificarse el requerimiento al representante legal del Fondo Rotatorio de Aduana, manifestó que estaban en condiciones de devolver la moto-nave pero que no lo habían hecho porque mi mandante no se había presentado a reclamarla, la manifestación de que mi poderdante no se había presentado a reclamarla, no se ajusta a la verdad, ya que mi poderdante en múltiples ocasiones se había presentado ante las oficinas del Fondo Rotatorio de Aduana, para que se le hiciera entrega de su moto-nave tal como lo había ordenado el Juzgado Distrital Penal Aduanero, y más concretamente ante el almacenista en Cali, prueba de esta situación fue el hecho de que el Juzgado Distrital Penal Aduanero, tuvo que completar su orden, conforme a lo que el almacenista había manifestado a mi poderdante, lo cual hizo el juzgado mediante oficio Número 088 de marzo 2 de 1979; pero lo que sí se ajusta a la verdad, vale decir que quedó claro, es que el Fondo Rotatorio de Aduana, hasta el momento de notificársele el requerimiento, tenía en su poder la moto-nave MANUEL JOTA, al afirmar categóricamente "que estaban en condiciones de devolverla". El requerimiento se notificó el 13 de marzo de 1981.

11. Como el Fondo Rotatorio de Aduana, a pesar de afirmar tener en su poder la moto-nave, no cumplió el requerimiento, el juzgado libró orden ejecutiva a favor de JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO y en contra del Fondo Rotatorio de Aduana, para que el segundo entregue al primero la Moto-Nave MANUEL-JOTA dentro del término que fijan los artículos 499 y 500 del estatuto procesal civil, el que empezará a contarse a partir de la notificación personal de este acto al demandado. Así mismo se libró orden ejecutiva contra el Fondo Rotatorio de Aduana a favor de JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO por la suma de diez millones de pesos (10.000.000.oo) M/cte., fijado como valor de la moto-nave o barco MANUEL JOTA y la suma de quinientos mil pesos (500.000.oo) M/cte. mensuales, valor este fijado como perjuicio o daños emergentes al que se contara desde cuando se ordenó la entrega del bien, hasta cuando se verifique o se cumpla la acción, igualmente por los intereses del 3% mensual de estas sumas desde que se hicieron exigibles hasta cuando se verifique su pago total.

12. Al notificarse el mandamiento ejecutivo al Fondo Rotatorio de Aduana, éste por intermedio de apoderado apeló y el Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia de noviembre 30 de 1981, revocó el mandamiento ejecutivo.

13. Como lo anoté en el hecho 10o. hasta el día 13 de marzo de 1981, en que fue notificado el requerimiento, la moto-nave se encontraba en poder del Fondo Rotatorio de Aduana y en condiciones para ser devuelta, pero no lo habían hecho, no porque mi poderdante como lo manifestara el Fondo Rotatorio de Aduana no se hubiera presentado a reclamarla; sino porque no era la voluntad de la entidad (Fondo Rotatorio de Aduana) el hacerlo (me refiero a la voluntad de la entidad, porque conforme a la Teoría

del Organo, el funcionario expresa la voluntad de la misma). Vale decir, que el Fondo Rotatorio de Aduana estaba y está, incurriendo en la omisión de devolver la moto-nave, estando legalmente obligada a hacerlo, lo que tipifica una clara falla en el servicio, con lo cual causó y está causando a mi poderdante perjuicios de todo orden.

14. Por la omisión del Fondo Rotatorio de Aduana mi mandante ha sido desposeído del vehículo o moto-nave, o barco y de los productos de su explotación económica cantidad fija que deberá establecerse mediante peritos nombrados por esa Corporación, y que con vista en las pruebas aportadas y que fueron practicadas por autoridad competente, tales como dictámenes periciales, declaraciones y comunicaciones establecerán el valor actual de la moto-nave MANUEL JOTA, dadas sus características ya descritas y el lucro cesante o daño emergente que éste ha dejado de percibir (su propietario) desde la fecha en que se ordenó su devolución dada la seriedad y el buen cuidado de su propietario y lo que en la actualidad produce un barco de las mismas características.

15. Además del valor del vehículo que será estimado mediante peritos como ya se dijo y del lucro cesante, mi poderdante ha venido sufriendo perjuicios adicionales por conceptos de viajes desde Buenaventura a la ciudad de Bogotá, consultas, reclamaciones, honorarios profesionales, todo lo cual deberá ser tasado por los mismos peritos.

En derecho se apoyó el demandante en los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; 73 del Decreto-Ley 955 de 1970; 14 de la Ley 21 de 1977; 25 y 26 del Decreto-Ley 520 de 1971; 30 (literal 8) del Decreto-Ley 528 de 1964; 32 y 33 del Decreto-Ley 2886 de 1968; 68 del Código Contencioso Administrativo, el Decreto 1116 de 1963.

El proceso se ha tramitado conforme a la ley y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

I. EL CONCEPTO FISCAL

"Mediante apoderado demandó el señor Juan Benildo Riascos Caicedo, al Fondo Rotatorio de Aduanas por no haberle entregado oportunamente la motonave "Manuel J".

En la demanda se afirma, que la motonave Manuel Jota fue decomisada por funcionarios de la aduana por el presunto delito de contrabando, en mayo 29 de 1978; surtido el correspondiente proceso y una vez esclarecidos los hechos, el Juzgado Distrital Penal Aduanero de Buenaventura mediante providencia de agosto 5 de 1978 ordenó la devolución de la mencionada motonave. La anterior providencia fue confirmada por el Tribunal, en sentencia de septiembre 13 de 1978. En septiembre 27 de 1978 el juzgado ofició al Fondo Rotatorio para que la nave fuera devuelta a su propietario señor Riascos Caicedo. Hubo error en el número de la cédula del interesado, que fue aclarado por el juzgado. Afirma el actor que no obstante lo anterior, el Fondo Rotatorio se negó sistemáticamente a cumplir con su obligación de devolver la motonave a su propietario, el cual procedió a demandar mediante juicio ejecutivo al Fondo Rotatorio por la obligación de dar. En el curso de ese proceso se pudo establecer que la motonave Manuel Jota se encontraba hundida en el muelle Santintín.

Como consecuencia de lo anterior el actor solicita se le paguen los perjuicios que sufrió por la pérdida de la nave.

CONSIDERACIONES:

Revisado el material probatorio allegado al proceso, este despacho encuentra lo siguiente:

Efectivamente la motonave Manuel Jota, fue encontrada en el mes de mayo de 1978 cargada de mercancía extranjera y fue retenida y puesta a órdenes del juzgado. En el curso de la investigación se logró establecer que la mencionada motonave había sido robada y posiblemente la destinaron al comercio de mercancías de contrabando. Su propietario señor Riascos Caicedo en declaración rendida ante el funcionario que conocía del caso, manifestó las condiciones o mal estado en que se encontraba la nave, que debía ser reparada pues de lo contrario estaba "próxima a irse a pique". (folio 24).

El actor en la demanda insiste en afirmar, que el Fondo Rotatorio se negó sistemáticamente a cumplir con su obligación de devolver la motonave. Lo anterior fuera de carecer de lógica, está infirmando con la constancia expresa que hizo el Gerente del Fondo Rotatorio de Aduana, al momento de notificársele la demanda en el juicio ejecutivo que entabló el propietario de la nave. Manifestó en esa oportunidad el Gerente del Fondo:

"Al notificarme de su auto del 13 de febrero de 1981, quiero manifestarle al señor Juez Décimo Civil del Circuito de Bogotá que en ningún momento el interesado se ha acercado a estas dependencias a obtener la devolución de la Motonave. Quiero además informarle al señor Juez Civil del Circuito, que el Fondo Rotatorio de Aduana no es parte dentro del proceso penal Aduanero y que por tanto el titular de la devolución ordenada por esta Jurisdicción debe hacerle conocer a la entidad que represento las determinaciones de la Jurisdicción Penal Aduanera y acercarse a esta dependencia a hacer efectivo su derecho. Hasta el momento esto no ha ocurrido, encontrándose el Fondo Rotatorio de Aduanas en disposición de hacerlo cuando el beneficiario así lo demuestre".

Dentro de una línea de conducta lógica, este despacho no logra entender la actitud del actor, quien optó por iniciar un juicio ejecutivo, cuando lo indicado era presentarse a reclamar la nave ante el Fondo Rotatorio. Debe destacarse que no existe prueba alguna de que lo haya hecho. Por el contrario después de iniciado el juicio ejecutivo y conociendo la manifestación del Gerente del Fondo, se continuó con el proceso haciendo caso omiso a lo expresado por la Administración. El Juez Civil y el demandante insisten en continuar con el proceso. Después de un tiempo al no ser posible la entrega de la nave, extrañamente el Juez ordenó el pago por diez millones de pesos como valor de la motonave. Todo lo anterior indica que en verdad lo que le interesaba al actor era obtener el valor de su nave, muy probablemente porque de antemano sabía el mal estado de la misma.

Debe destacarse también, aunque el hecho no fue narrado en la demanda, que estando aún en el puerto, pero después de ser ordenada su entrega, la nave Manuel Jota sufrió averías causadas por otra nave que atracó en el puerto (ver informe al folio 24 C.2). En este documento se dice que el día 23 de noviembre de 1978 un buque de bandera inglesa causó daños a la embarcación Manuel Jota. Nótese pues que para el día en que ocurrió el daño ya habían transcurrido varios meses desde cuando fue ordenada la entrega a su propietario, sin que éste haya demostrado que estuvo realmente interesado en que el Fondo Rotatorio se la entregara, antes por el contrario el proceder que utilizó el propietario indica un cierto rodeo para demorar la diligencia de entrega que muy probablemente convenía más a sus intenciones. No existe ninguna explicación que justifique su renuencia a presentarse ante los funcionarios para que le fuera devuelta la motonave. En la demanda afirma que el Fondo Rotatorio no le quiso entregar la nave, cuando los hechos demuestran todo lo contrario.

En realidad se puede pensar sin riesgo a equivocarse que el propietario de la nave estaba más interesado en recuperar su valor que la propia nave, pues debía saber el mal estado en que ésta se encontraba cuando fue retenida en 1978. Estado que debió empeorar si se tiene en cuenta que había permanecido anclada durante mucho tiempo, primeramente durante el trámite de juicio penal aduanero y después durante el tiempo que duró el ejecutivo que terminó en noviembre de 1981.

Podemos pues afirmar que la conducta del interesado, la intervención de un tercero, como fue la avería que sufrió la nave causada por un barco inglés y el mal estado de la misma, fueron factores determinantes en su hundimiento.

Lo anterior permite afirmar, que no existió responsabilidad del ente demandado y en consecuencia, esta agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Honorable Sala se nieguen las súplicas de la demanda.

SE CONSIDERA

A. El demandante JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO, por conducto de apoderado judicial idóneo, formula sus pretensiones frente al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, creado por el Decreto número 1166 de 1963 y organizado como establecimiento público de carácter nacional, con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica conforme a los Decretos 1050, 2886 y 3130 de 1968. Este organismo fue reestructurado mediante el Decreto Número 80 de 1976, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 28 de 1974, conservándole el carácter que tenía inicialmente, aunque varió su denominación original por la que hoy tiene. Conforme a las normas citadas, el Director General es su Representante legal.

B. Las pretensiones se fundamentan en la "omisión en la entrega de la motonave "MANUEL J." que fue ordenada por el Juzgado Distrital Penal Aduanero de Buenaventura, según providencia de 5 de agosto de 1978, confirmada por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Cali, por proveído del 13 de septiembre de 1978. En cumplimiento de tales decisiones se ofició el Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana de Cali, según comunicaciones emanadas del Juez de primera instancia, fechadas el 27 de septiembre subsiguiente y distinguidas con los números 304 y 305. Por error en el número de la cédula de la persona que debía recibir el vehículo, hubo necesidad de hacer una aclaración como en efecto ocurrió por medio del oficio número 88 del 2 de marzo de 1979. Desde las primeras comunicaciones se envió al Fondo Rotatorio de Aduana copia de las providencias que ordenaban la devolución de la motonave.

C. Los documentos mencionados en el acápite anterior fueron recibidos por el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS según se deduce del contenido del oficio Número 1606 del 16 de febrero de 1982 (folios 253 y 254 cuaderno principal) firmado por el doctor FULGENCIO BURGOS PAREJA, quien como Director General del Fondo Rotatorio de Aduana, le dice al apoderado del demandante: "... me permito informarle que los oficios a que usted se refiere números 304 y 305 y 088 suscritos por el Juzgado Distrital Penal Aduanero (sic) de Buenaventura y enviados al Jefe del Almacén de Cali, no han sido remitidos a la División de Bienes en Depósitos de esta Entidad, oficina esta que cuenta con una Sección de Devoluciones y Participaciones encargada de tramitar estos procesos como su nombre lo indica". (folio 253 C.1). Además le expresa en la misma nota: "en la fecha estamos oficiando al Jefe de Almacén de Depósito de Cali a fin de que nos sea remitida toda la documentación que repose en este almacén relacionada con el proceso aludido para proceder a la apertura del expediente y su correspondiente trámite administrativo".

Con el oficio 1606 ya citado, aparece claro el hecho de que el FONDO recibió las comunicaciones que ordenan entregar la motonave, pero de su contenido no se puede precisar el día en que ello ocurrió, aunque sí lógicamente, que fue antes del 16 de febrero de 1982, fecha de la citada comunicación.

A folio 42 del cuaderno Número 1, obra una certificación suscrita por el Juez Distrital Penal Aduanero de Buenaventura y su Secretario, en donde se lee: "Que aparece dentro del mismo cuaderno el oficio Número 088 de fecha marzo 2 de 1979, *(en original)* por medio del cual se hace una aclaración sobre las características del vehículo, (sic) pero enunciando que ya las copias de las providencias de primera y segunda instancias se encontraban en poder del señor Almacenista para que procediera de conformidad". (Subraya la Sala). Este documento fue expedido el 30 de septiembre de 1981. En consecuencia, la nota aclaratoria sobre la identificación de la persona (mas no del vehículo) a quien debería hacerse la entrega, no había llegado aún a su destinatario cuando se expidió la certificación que se acaba de transcribir parcialmente. En conclusión: Los tres oficios a que se ha hecho referencia estuvieron en poder de la entidad demandada después del 30 de septiembre de 1981 y antes del 16 de febrero de 1982. Sin esta última comunicación el FONDO ROTATORIO no podía poner a disposición del demandante la motonave, porque los oficios 304 y 305 que lo informaban sobre la orden de entrega tenían un número de cédula que no correspondía a él, error que se corrigió mediante el oficio Número 088 ya mencionado.

D. El Fondo Rotatorio de Aduana fue requerido por el Juzgado 10o. Civil del Circuito de Bogotá (folio 5, C. 1) el día 13 de marzo de 1981 "para que dentro del término de diez días, contados a partir de la notificación personal, cumpla con la obligación (de entregar la motonave 'Manuel J.') en el mismo (auto) estipulado y que es materia del presente proceso".

El requerimiento se hizo como diligencia previa dentro del proceso ejecutivo promovido por JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO contra el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS para buscar por ese medio la ejecución forzada de la obligación de entregar la motonave. El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, a quien correspondió el asunto, le dio aplicación al artículo 489, en concordancia con el 326, del Código de Procedimiento Civil. Este último establece que "los requerimientos y otros actos análogos ordenados por el Juez, se entenderán surtidos con la notificación del respectivo auto y la exhibición de los documentos que en cada caso exija la ley".

El acta de la diligencia de requerimiento no dice cuáles documentos se exhibieron en ella al requerido, pero en el texto de la misma se dejó constancia de que el requerimiento se hizo "con las prevenciones de la ley" lo cual hace suponer el cumplimiento de todas las formalidades legales. El Fondo Rotatorio de Aduanas no ha cuestionado este punto.

De otro lado el correcto entendimiento del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil es que los documentos exigidos por la ley son los que ella expresamente señale en determinados casos y, en ausencia de norma expresa, aquellos que den certeza sobre cuál es la obligación que el requerido debe cumplir.

En el presente caso se tiene, además, lo expresado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en providencia de 30 de noviembre de 1981 (folios 36 a 39, C. 1) de la que se extrae: "Como pruebas de las obligaciones presentadas como título de recaudo ejecutivo, se enuncian los siguientes: 1o. Oficio Número 088 de 1979, en el cual se le ordena al Almacenista del Fondo Rotatorio de Cali la devolución o entrega del Barco "Manuel Jota" a mi (sic) poderdante señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO. 2o. Xeroscopia (sic) de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior de

Aduanas de Cali. 3o. Xeroscopia (sic) de la sentencia proferida por el Juzgado Distrital Penal de Aduanas de Buenaventura. 4o. Diligencia de rectificación hecha por el Sargento RAFAEL MELENDEZ DUSAN, en la cual da conocimiento sobre los recibos de retención Número 00221 y 0022 y las actas de introducción al Fondo Rotatorio de Aduanas Números 080 — 081. 5o. Recibo de retención de mercancías serie D-0223. 6o. Informe sobre la retención de la mercancía. 7o. Factura sobre la compra del Motor expedida por Almacenes Angel. 8o. Certificación de la dirección general Marítima y Portuaria, sobre las características del Barco y sobre las anteriores Xeroscopias (sic) se encuentran debidamente autenticadas por el Secretario del Juzgado Distrital Penal de aduanas de Buenaventura, en consecuencia (sic) son plenas pruebas".

De la lectura del acta levantada en la diligencia de requerimiento y de la providencia que se acaba de transcribir parcialmente, resulta acreditado que al Director General del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS se le requirió en debida forma y con la exhibición de los documentos que le daban la certeza sobre cuál era la orden impartida por el Juez. Para el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, esa orden constituía una obligación de entregar. Aunque debe señalarse que ese requerimiento no se surtió con el original del oficio Número 88 ya citado, porque aún estaba en el juzgado de origen, sino con una copia.

E. El Director General del organismo demandado expresó lo que sigue (folio 5, C. 1):

"Al notificárseme de su auto del 13 de febrero de 1981, quiero manifestarle al señor Juez Décimo Civil del Circuito de Bogotá que en ningún momento el interesado se ha acercado a estas dependencias a obtener al (sic) devolución de la motonave. Quiero además informarle al señor Juez Civil del Circuito, que el Fondo Rotatorio de Aduanas no es parte dentro del proceso penal Aduanero y que por lo tanto el titular de la devolución ordenada por esta jurisdicción debe hacerle conocer a la entidad que represento las determinaciones de la jurisdicción penal aduanera y acercarse a esta dependencia a hacer efectivo su derecho. Hasta el momento esto no ha ocurrido, encontrándose el Fondo Rotatorio de Aduanas en disposición de hacerlo cuando el beneficiario así lo demuestre".

En la réplica de la demanda (folio 34, C. 2) al referirse a los hechos noveno y décimo, ya transcritos, dijo la apoderada del demandado que el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS "no dio cumplimiento al requerimiento por considerar que el título aportado por el ejecutante como base de recaudo o sean las providencias emanadas de la jurisdicción penal aduanera no prestaba mérito ejecutivo tal como lo decidió posteriormente el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en providencia de fecha noviembre 30 de 1981".

Sobre este último aspecto, dijo la mencionada Corporación Jurisdiccional (folios 38 y 39, C. 1):

"Bien claro dispone el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil que "pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles (sic) que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia". Para el caso al parecer se ha invocado una de dos posibilidades: la existencia de una sentencia proferida por juez de otra jurisdicción o de una providencia diferente con mérito ejecutivo, conforme a la ley.

"Se observa en primer lugar que la dictada por los funcionarios de aduana no fue una sentencia de condena; fue una providencia a través de la cual se exoneró de responsabilidad penal a una persona inculpada y como consecuencia de ello se dispuso que se le restituyeran los bienes decomisados. Y cabe observar, como bien lo anotó la parte ejecutada que en tal proceso no fue parte ni siquiera incidental el Fondo Rotatorio de Aduana; su actuación se limitó a cumplir como auxiliar obligatorio de la justicia un encargo y nada más. Así, si él debía reintegrar los bienes a la persona a quien se le ordenó hacerlo, en primer lugar debió aplicarse por analogía el artículo 688 inciso final del Código de Procedimiento Civil, acudirse en caso de imposibilidad de cumplimiento de la entrega por este medio al artículo 414 numeral 12 ibídem o en caso dado, aun si se pretendía establecer en forma todavía más clara el depósito o si existía duda sobre su vigencia u operancia, acudirse al trámite de un proceso ordinario, para conseguir su declaración y luego sí, ya vinculado procesalmente el Fondo, ya impartida una orden en su contra, sí era factible acogerse a la previsión del artículo 488 que se comenta, porque entonces sí se habría pronunciado una sentencia en su contra. Pero en las condiciones actuales no es posible aceptar que tal providencia constituya sentencia de condena contra el Fondo: se condena a quien ha sido citado como parte y consigue resultado adverso en una sentencia; nunca a quien ni siquiera es parte incidental en un proceso".

"Tampoco puede decirse que la providencia presentada como título ejecutivo tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley. Cierto es, que en determinados casos el propio Legislador ha estimado procedente decir en forma cierta pese a no ser sentencia el contenido de un auto de una decisión de cualquier índole o de una resolución, pueda llegar a constituir título ejecutivo. Pero en tales casos, es la propia ley la que brinda este carácter y entonces, es el propio Legislador el encargado de indicar en forma cierta esta circunstancia. El intérprete se limita a cumplir el mandato legal; no necesita elucurar (sic) ni hacer deducción alguna, pues el creador de la ley marca el camino al respecto'.

"Para el caso *sub-júdice*, no aparece dentro de texto alguno legal que la providencia que dicte un funcionario adscrito a la justicia aduanera en el sentido en que se profirió la que aquí ha sido presentada como base de ejecución constituya por sí misma título de ejecución contra el depositario judicial encargado de custodiar la mercancía decomisada. En tales condiciones no previó el legislador la posibilidad de que esta providencia vinculara, así no hubiera sido parte en el proceso, al Fondo Rotatorio de Aduanas como depositario obligatorio del objeto de decomiso. Y si ello no fue previsto, no puede hacerse interpretación que no encuentra asidero alguno legal.

"Conclusión necesaria de las apreciaciones anteriores es que no se reúnen los elementos esenciales que se indican por la ley procesal para el título ejecutivo, y por tanto no fue aceptado el criterio del a-quo cuando pronunció la providencia que ahora es materia de revisión a través de apelación. Por ello, el auto en comento habrá de ser revocado y como consecuencia de ello habrán de hacerse los pronunciamientos necesarios a tal determinación".

F. No entra esta Sala al estudio de las razones que expresó el Tribunal Superior de Bogotá en la providencia mencionada por la apoderada del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, parcialmente transcrita, en cuanto ellas hayan servido para revocar el mandamiento de pago. Empero, esta Corporación sí estima necesario hacer algunas precisiones en cuanto al carácter de las órdenes impartidas por los jueces de Aduanas al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, cuando se dispone la devolución de mercancías que se le han entregado en depósito mientras cursa el proceso penal en que ellas estén involucradas. Esto es necesario porque el litigio que se decide en este fallo se originó justamente en la conducta del Fondo al no cumplir la orden judicial, después del requerimiento, "por considerar que el título aportado por el ejecutante como base de recaudo no prestaba mérito ejecutivo" tal como lo decidió el Tribunal mencionado.

Al respecto se observa:

1. En principio, las órdenes impartidas por los jueces de la República, cualquiera que sea el destinatario de ellas, son de ineludible cumplimiento, porque son actos de soberanía de la Nación y expresión de su organización como Estado de Derecho. Por eso, el desconocimiento de esas decisiones está sancionado de diversos modos, según que el renuente sea un particular o un servidor oficial y según la gravedad del asunto; y las penas van desde la simple amonestación hasta el encarcelamiento, pasando por multas y destituciones.

2. Por vía de excepción, los destinatarios de las órdenes judiciales pueden omitir su cumplimiento, cuando existe norma expresa que los autorice para invocar como excusa de su omisión algún motivo de ilegalidad o de inconstitucionalidad, para cuyo efecto se establecieron los recursos, los incidentes, las oposiciones, las excepciones, etcétera. Pero por ser esta omisión una situación excepcional, que requiere disposición expresa, no resulta lícito dejar de cumplir la orden judicial sin invocar la norma que autoriza ese desconocimiento.

El inciso primero del artículo 14 de la Ley 21 de 1977 manda que: "La providencia que ordena la entrega de la mercancía o de los medios de transporte, o de sus precios se cumplirá una vez esté ejecutoriada".

En el caso que se estudia no existe ninguna justificación legal para que el Fondo Rotatorio de Aduanas haya dejado de cumplir la orden judicial de entregar la motonave "Manuel J.", después del requerimiento, invocando como disculpa que esa orden no prestaba mérito ejecutivo.

Antes y después del requerimiento la orden judicial de entrega lleva implícita la misma obligatoriedad; la diligencia de apremio no cualifica para mejorar, ni demeritar el título, y su valor sigue siendo el mismo; el requerimiento cualifica el incumplimiento para hacerle producir determinados efectos; y facilita su prueba.

La revocatoria de un auto ejecutivo no implica la revocatoria automática del requerimiento que le sirvió de antecedente, pues aquella es una *decisión judicial*, mientras que éste es una amonestación, un apremio, un hecho; y sólo las decisiones pueden revocarse, pero los hechos no, por su propia naturaleza.

Así las cosas, la Sala tendrá en cuenta, en la decisión, que el Fondo Rotatorio de Aduanas incumplió la orden de entrega de la motonave "Manuel J." a partir del 27 de marzo de 1981, o sea desde el vencimiento de los 10 días siguientes al requerimiento practicado el 13 de marzo del mismo año; y no desde antes del requerimiento, porque no aparece prueba de fecha cierta anterior en que el demandado hubiera recibido la orden respectiva del juzgado de Aduanas.

G. La conducta a que se ha hecho referencia anteriormente, hace responsable al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS de los perjuicios que con su omisión haya causado al demandante JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO.

H. Aspira el demandante a que se ordene "devolver la motonave a que se refiere el oficio Número 088 de 2 de marzo de 1979, en las mismas condiciones en que (EL FONDO) la recibió en calidad de depositario legal, o en su defecto pagar el valor actual de la motonave MANUEL JOTA, conforme a lo que resulte probado en el juicio (sic), o en su regulación posterior".

Dentro del plenario aparece probado que el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS recibió la motonave "Manuel J.", conforme lo acredita el acta de ingreso Número 80 del 30 de mayo de 1978, a la cual se hace referencia en diversas pruebas, aunque tal documento no obra en el expediente; corroboran la mencionada entrega el Acta de Traspaso y Entrega Número 30 de 15 de noviembre de 1978 (folio 275 C. 1); el Acta de Ingreso Número 210 de 16 de noviembre de 1978 (folio 276 C. 1) y otros documentos que no es necesario mencionar ahora.

De otro lado obra en los autos (folios 283 y 284 C. 1) el proyecto de resolución del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, preparado por Myriam U. de Benavides, elaborado por Ana Lucia de Martín y revisado bajo una firma que parece ser de Piedad Flórez de Ortiz, Jefe de Sección de Devoluciones y Participaciones, en donde se reconoce que existe "imposibilidad de enajenar o devolver la motonave objeto del presente proceso, (por su hundimiento según denuncio Juzgado Tercero Penal — Buenaventura)". Dice, además, el mismo proyecto, "es procedente dar aplicación al artículo 21 del Acuerdo 155 de 1976".

Se deduce de lo anterior que la obligación de entregar la motonave "Manuel J." es físicamente imposible de cumplir por desaparecimiento del objeto debido, luego no es necesario analizar más sobre este punto.

El demandado pidió "en defecto" de la entrega que se ordene "pagar el valor actual de la motonave MANUEL JOTA". Resulta necesario hacer otras consideraciones para decidir sobre esta petición.

I. "El almacenaje de mercancía no es una actividad comercial o lucrativa para el Estado, préstese por las Aduanas o por la Empresa Colombiana de Puertos, o por cualquier otro organismo oficial, sino una actividad constitutiva de un depósito necesario, tendiente a verificar la legalidad de la exportación o importación, la liquidación y pago de los derechos fiscales correspondientes" (Consejo de Estado, sentencia de octubre 6 de 1977, ponente Dr. Jorge Valencia Arango, expediente Número 1797, actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria Ltda. Anales del Consejo de Estados Números 455 y 456, segundo semestre de 1977).

"Conforme a los términos del artículo 2o. del Decreto-Ley 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la ley 79 de 1931, el Estado responde por mercancías almacenadas en bodegas oficiales desde la fecha de su recibo y hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima derivada del empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado, lo que implica un nuevo caso de responsabilidad objetiva, dada la naturaleza del almacenaje que constituye un caso de depósito necesario y que, según los términos de la ley, aparecen descontados como exonerativos de responsabilidad, el hecho de un tercero y el caso fortuito". (Consejo de Estado, sentencia de octubre 28 de 1976, ponente Dr. Jorge Valencia Arango, Actor: Banco Bananero del Magdalena, Anales del Consejo de Estado Números 451 y 452).

Sentado el principio de la responsabilidad oficial por el almacenamiento, se reitera la jurisprudencia de esta Corporación, contenida en las sentencias que se acaban de citar, en el sentido de que:

"La responsabilidad extracontractual del Estado 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 teoría encuentra su respaldo en las normas de la Constitución Política, especialmente, en las que conforman el Título Tercero de 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 personera del mismo, guardianes de su integridad y ejecutorias 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 poderes exhorbitantes.

"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, 39, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51, que aparecen hoy, por reiteradas decisiones de la Corporación, como soportes jurídicos principales de la responsabilidad extracontractual de la administración, lo mismo que sus desarrollos legislativos contenidos en el Código Contencioso Administrativo tales como los artículos 62 y SS., 67, 68 y 69 entre otros; y las normas del Decreto 528 de 1964, artículos 20, 28, 30, 32, entre otros, además de las leyes especiales sobre la materia".

No obstante lo expresado en la anterior doctrina, el presente caso se ha de resolver con aplicación de las normas del Código Civil, porque el artículo 73 del Decreto-Ley 955 de 1970, modificado por la Ley 21 de 1977 preceptúa que "El Fondo Rotatorio de Aduanas tiene el deber de custodia de la mercancía que le haya sido entregada en depósito, de conformidad con las disposiciones del Código Civil".

Este es, entonces, un caso en que excepcionalmente se aplica el Código Civil, porque así se cumple con la norma especial que ordena tal remisión. Además, se tiene en cuenta que al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS le corresponde "el deber de custodia de conformidad con las disposiciones del Código Civil" según el artículo 55 de la Ley 79 de 1931, a su vez modificado por el Decreto-Ley 630 de 1942 (artículo 2o.) en cuanto "aparecen descontados como exonerativos de responsabilidad, el hecho de un tercero y el caso fortuito". (Sentencia de 28 de octubre de 1976, ya citada).

Resulta, en consecuencia, que el FONDO debe responder por su omisión en la entrega de la "Motonave Manuel J.", pero como se vio que tal vehículo ya no existe físicamente, se debe pagar su valor, determinado parcialmente en $ 4'000.000.oo teniendo en cuenta un normal estado de conservación y funcionamiento al momento en que fue recibido por el ente oficial demandado (folios 301 a 304 C. 1).

Pero como en el dictamen rendido dentro de ese proceso no se consideró, para descontarlo, el valor de las reparaciones que necesitaba la motonave, se condenará en abstracto, para que el valor exacto se determine teniendo en cuenta la deducción referida, por los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

J. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

Fueron dos las excepciones invocadas por el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS: *fuerza mayor y falta de agotamiento de la vía gubernativa* (folios 37 y 38 C. 2). Al respecto se observa:

1. El antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) bajo cuya vigencia fueron formuladas las excepciones mencionadas, dispuso que ante lo contencioso administrativo "sólo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción" (artículo 109), esto es: al derecho pretendido. Por lo tanto, conforme a tal ordenamiento no eran de recibo, *como excepciones*, las que apuntaban a aspectos

diferentes al nacimiento, modificación y extinción del derecho reclamado. De donde resulta que la "falta de agotamiento de la vía gubernativa" no tenía legalmente el *carácter de excepción* en lo contencioso administrativo, sino impeditivo procesal".

2. La situación cambió en este sentido con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, pues en el Decreto 01 de 1984 (artículos 163 y 164) se dispuso que los hechos constitutivos de excepciones previas en el proceso civil podrán alegarse como motivos de nulidad y aun como razón para recurrir. La falta de agotamiento de la vía gubernativa debe proponerse, entonces, como causal de nulidad o como razón para recurrir. Es claro que no puede formularse como *excepción de fondo o de mérito*, porque este fenómeno nada tiene que ver con el nacimiento, la modificación o la extinción del derecho sustancial debatido, sino con la competencia, funcional de la autoridad a cuyo conocimiento se somete la controversia.

Por disposición de la Ley 167 de 1941 (artículo 82) y del Decreto 01 de 1984 (artículo 135), la jurisdicción contencioso administrativa sólo adquiere competencia para decidir sobre el asunto puesto a su conocimiento cuando previamente se ha agotado la vía gubernativa, en los casos para los cuales estableció ese procedimiento como obligatorio. De modo que este requisito que atañe a la competencia para decidir, más no a la pretensión sustancial en sí misma considerada.

3. En el presente caso, *la causa petendi* o fundamento de las pretensiones no es un acto administrativo, susceptible de impugnación mediante los recursos de reposición y apelación, razón por la cual no era procedente el agotamiento de la vía gubernativa. El Consejo de Estado ha reiterado que cuando se trata de una pretensión indemnizatoria directa, como el caso *sub-júdice* que es, por una omisión de la administración, no hay lugar a vía gubernativa, toda vez que la inoperancia de la administración es la conducta que se invoca como fuente generadora de la reparación reclamada. La administración no puede producir una providencia condenatoria contra sí misma, para resarcir el daño causado con su inactividad. Se caería en un contrasentido si se aceptase que la administración no actuante, cuya pasividad ha causado perjuicios, actúe —para castigarse así misma— profiriendo una condena al pago de los perjuicios fundada en su propia omisión.

4. La otra excepción propuesta es la de "fuerza mayor". Los hechos que le sirven de soporte a la causal invocada como exonerativa de la responsabilidad, se refieren a que el Buque Tanque "LUCERNA" de bandera inglesa, agenciado por la Flota Mercante Grancolombiana, atracó en el mismo puerto en donde estaba la motonave "Manuel J." y para asegurarse al muelle pasó un cable por encima de la cubierta de ésta, el que, al tensionarlo, causó unos destrozos en el techo que a la postre provocaron su hundimiento. No se sabe cuánto tiempo transcurrió entre la fecha del daño (22 de noviembre de 1978) y el hundimiento.

Los anteriores hechos se encuentran demostrados dentro del plenario por diversos medios, tales como:

a) El documento que obra a folio 249 del C. 2, consistente en la descripción hecha por el Guarda - II - Luis Gonzalo Albarracín Amaya, testigo presencial de lo sucedido, quien afirmó que con el cable del Buque Tanque "Lucerna" al que se hizo referencia "rompieron el techo del puente de mando".

b) La manifestación del "Tte - 19" Adolfo León González, que se observa en el mismo documento al que se hizo alusión en el literal anterior, quien corrobora la ocurrencia y naturaleza del daño, cuando expresa que en la "revista a las lanchas retenidas en San Quintín en función de oficial de Inspección" observó que la motonave Lucerna agen-

ciada por la Flota Mercante Grancolombiana, cuando se disponía a hacer atraque en el muelle petrolero y para lo cual había extendido unos cables, "dañó la estructura" en el momento en que se tensionó el cable.

5. De la descripción del daño sufrido por la motonave Manuel J. se concluye que sólo se destruyó total o parcialmente el techo del puente de mando, cuya función obviamente, se refiere a la protección del sol y la lluvia, pero no con respecto a la posibilidad de mantener a flote la motonave. Por tal razón, la Sala no reconoce la existencia de la fuerza mayor, fundada en los hechos que se dejan narrados. Por lo demás, tales hechos ocurrieron cuando la demandada se encontraba en mora de entregar la motonave.

Con el fin de darle precisión al estudio de la excepción, se observa que de lo ocurrido puede afirmarse que ese evento encajaría en el fenómeno denominado "hecho de un tercero" en cuanto a la destrucción del techo, aceptando desde luego que eso ocurrió a pesar de que la administración hubiera utilizado los medios de que dispone para evitar su ocurrencia, lo cual tampoco aparece acreditado en esta oportunidad. Pero en modo alguno encaja tal situación dentro del concepto de fuerza mayor, porque no tiene las características de *irresistibilidad* e *imprevisibilidad* que estructuran esa causal exonerativa de responsabilidad. Por esa razón la excepción tampoco estaba llamada a prosperar.

6. En el presente proceso, según se ha reseñado, se propusieron simultáneamente dos excepciones que ya fueron analizadas individualmente. Pero es pertinente hacer algunas reflexiones adicionales sobre los dos medios defensivos examinados conjuntamente.

Para demostrar la "falta de agotamiento de la vía gubernativa" la entidad demandada solicitó "una inspección judicial al expediente 8424 de 1982, en las oficinas de la Sección de Devoluciones y Participaciones". A instancia del demandante, el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, en respuesta al oficio Número 1367 emanado de esta Corporación, allegó copia auténtica del mencionado expediente (folios 220 a 284 C. 1). Allí se encuentra la copia del proyecto de resolución (folios 283 y 284) mediante el cual se disponía pagar al señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO el valor de la motonave "Manuel J." a cargo del FONDO "de conformidad con lo indicado en el artículo 73 del Decreto 955 de 1970" y en consideración, entre otras razones, a la imposibilidad de devolver la motonave objeto del presente proceso, por su hundimiento, lo cual hacía procedente dar aplicación al artículo 21 del Acuerdo 155 de 1976.

Tenía entonces el FONDO el propósito de reconocer el valor de la motonave, según ese principio de prueba por escrito que es el proyecto de resolución aportado por la misma entidad demandada. Así lo alegó también el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS en el documento que obra a folio 353 del C. 1, en donde como argumento de conclusión dijo que tal entidad tenía el buen ánimo de "atender la solicitud de devolución requerida por el señor Riascos" y que se venía dando trámite "al expediente administrativo Número 8424 de 1982 con el objeto de pagar en dinero el valor de la embarcación, toda vez que ésta se encontraba hundida y era físicamente imposible su devolución" (folio 354 C. 1) (Subraya la Sala).

Resulta cuando menos, un contrasentido alegar como defensa que no se pagó la motonave hundida porque no se alcanzó a culminar el expediente administrativo con el cual se autorizaba a pagarla (y de eso no deja duda el proyecto de resolución), y, simultáneamente, alegar que no se tenía obligación de realizar tal pago porque el hundimiento ocurrió por fuerza mayor.

7. Además de todo lo anterior, suficiente para desechar la argumentación de la defensa, tampoco aparece acreditado en el proceso que el FONDO hubiera tomado

ninguna medida para evitar el hundimiento, después de la ruptura del techo; ni que esta avería fuera imposible de reparar y, además, tuviera el carácter de suficiente para causar el naufragio inmediato. La Entidad depositaria se conformó con comunicar el daño a la Flota Mercante Grancolombiana, sin que hubiera adelantado ante ella ninguna gestión, como era su deber, para la reparación del daño. También avisó al juez y a la capitanía, pero ninguna de estas comunicaciones satisfacen la obligación de "conservación" de la cosa que tenía a su cargo el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, como depositario de la motonave. Esa actitud negligente, antes que acreditar una "fuerza mayor" en beneficio del FONDO lo que demuestra es una culpa grave del depositario.

El almacenaje de mercancías en bodegas oficiales es un depósito necesario por el cual el Estado responde hasta de culpa leve (artículo 2263 del Código Civil) y no le sirven de excusa, para exonerarse de responsabilidad ni el hecho de un tercero, ni el caso fortuito (artículo 2o. Decreto-Ley 630 de 1942), por lo que los organismos oficiales deben comportarse "como un buen padre de familia" en el cuidado y conservación de las cosas entregadas para su custodia.

8. Finalmente, la Fiscalía 2a. de esta Corporación expresa que:

"... su propietario señor Riascos Caicedo en declaración rendida ante el funcionario que conocía el caso, manifestó las condiciones o mal estado en que se encontraba la nave, que debía ser reparada pues de lo contrario estaba "próxima a irse a pique" (folio 24 C. 1).

Lo anterior debe tenerse en cuenta para cuantificar el daño en su magnitud real, pero es indiferente para determinar la responsabilidad derivada del no cumplimiento oportuno de la orden judicial de entrega, puesto que si el mismo Director General manifestó, al ser requerido, estar dispuesto a cumplir el mandato del juez y no lo hizo, nada tiene eso que ver con el estado de la mercancía que se le entregó, y como se dejó analizado el hundimiento no ocurrió como causa inmediata de ese estado del motor sino por el absoluto abandono en que permaneció el vehículo cuando estuvo en poder del FONDO.

K. El demandante aspira además, a que se le pague la "producción mensual de la motonave", lo mismo que "los intereses de capital". Para despachar estas súplicas, se tiene:

1. Todas las pretensiones de la demanda deben tener como fundamento el presupuesto fáctico que se ha invocado como *causa petendi* ya que al fallador no le es permitido tener en cuenta hechos u omisiones diferentes de los invocados en la demanda y de los que constituyen excepciones declarables de oficio. En este sentido, en el sistema contencioso administrativo, la oficiosidad no protege a la acción, pero sí a la excepción.

Al repasar la demanda se observa que sólo el hecho "14" precisa que el demandante fue privado "de los productos de su explotación económica, pero ello no es verdad porque la motonave había dejado de ser explotada por su dueño desde tiempo atrás, cuando se la robaron. Además, cuando se recuperó estaba dañada, a punto de "irse a pique" y por esa razón no era explotable en ese momento. Por tal motivo no podrá accederse a lucro cesante derivado de la explotación de la motonave. Tampoco se concederá el "incremento", porque ningún hecho habla de este fenómeno, ni se explica en qué consiste.

En cambio sí se puede acceder al pago de los intereses sobre el valor de la motonave, porque este rendimiento se encuentra comprendido dentro del concepto de lucro

cesante a que ya se hizo referencia y se liquidarán desde el 21 de marzo de 1981, día en que el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS debió haber entregado la motonave conforme al requerimiento, hasta el día de ejecutoria de este fallo, a la tasa moratoria vigente durante ese período.

3. El valor de la motonave se reconocerá, conforme al dictamen producido en este proceso, en $ 4'000.000.oo que valía ese vehículo en la época del hundimiento, pero descontando de esa cifra el costo de la reparación que necesitaba, determinado parcialmente, dentro del trámite de la liquidación de la condena conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

L. Finalmente, en la demanda se pidió que se reconociera el valor de la "devaluación monetaria", fenómeno económico que no requiere demostración como tal, por ser un hecho notorio, pero la cualificación del mismo sí debe ser acreditada dentro del proceso. Por lo anterior, se reconocerá en abstracto para que el *quantum* se determine por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Tomando en consideración que la actualización de valor se hará desde la fecha 27 de marzo de 1981 respecto del precio de la motonave; y desde el día 27 de abril de 1981, mes a mes, sobre el valor causado por intereses en cada período; y en ambos casos hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

BASES PARA LIQUIDAR LA CONDENA

1. De los $ 4'000.000.oo que valía la motonave en la época de su hundimiento se descontará el valor que necesitaba para ponerla en condiciones normales de funcionamiento, establecido pericialmente.

2. Sobre la cantidad así establecida se liquidarán intereses comerciales moratorios, a la tasa vigente en la correspondiente época, por el período comprendido entre el 27 de marzo de 1981 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

3. Las dos cantidades anteriores se actualizarán de valor tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, por el período comprendido desde el 2 de marzo de 1981 respecto del precio de la motonave y desde el 27 de abril de 1981 respecto de los intereses causados, mes por mes, en ambos casos hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia. Este es el valor final reconocido por daño emergente y lucro cesante.

N. Las cantidades líquidas reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria del auto que señale en concreto el monto de la condena y moratorios después de este término. (Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

PRIMERO: Se declara administrativamente responsable al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, de los perjuicios materiales causados al señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO, identificado con cédula de ciudadanía número 2'441.499 de Cali, por el Juzgado Distrital Penal Aduanero de Buenaventura.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS pagará al señor JUAN BENILDO RIASCOS CAICEDO, el

valor que se determine posteriormente, mediante el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte considerativa de esta sentencia. Este fallo se cumplirá dentro del término previsto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y devengará intereses el monto de la condena como lo dispone la norma que se acaba de citar.

TERCERO: Se deniegan las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su Sesión celebrada el día veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, CULPA DE LA VICTIMA.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., ocho (8) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Eduardo Suescún Monroy.**
Proyecto: **Inés Hurtado Cubides.**
Referencia: Radicado No. 3050.
Actora: **Ruth del Carmen Paz viuda de Torres.**

Cumplido el trámite de segunda instancia sin que se observe causal de nulidad, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra la sentencia del 11 de agosto de 1980 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño.

I

a) El apoderado de la señora RUTH DEL CARMEN PAZ VIUDA DE TORRES en demanda presentada el 23 de octubre de 1979 hizo las siguientes peticiones:

"1o. Que se condene al Departamento de Nariño, representado por su Gobernador Dr. LUIS EDUARDO CORDOBA BARRANCA, a pagar la INDEMNIZACION a que hubiera lugar, por la muerte de BAYARDO JAVIER TORRES HERRERA, ocasionada por el chofer al servicio del Departamento de Nariño, de nombre Carlos Palacios Caicedo, hechos que sucedieron en la ciudad de Pasto el día 24 de junio de 1979.

"2o. Solicito al Honorable Tribunal que para la indemnización, se establezca el promedio de vida en la forma ordenada por la ley, teniendo en cuenta la edad que tenía Bayardo Javier Torres Herrera, al momento de morir, según los procedimientos indicados para el caso.

"3o. Pido, además, que se notifique en forma reglamentaria, al señor Gobernador del Departamento y se ordene el traslado al Fiscal de la Corporación". (Folios 1 vto. y 2 C. 1)".

b) Los hechos que conforman la causa petendi se expusieron así:

"El 24 de junio del presente año, más o menos a las tres de la mañana en el sector comprendido entre las carreras 20 y 21 con calle 18 de esta ciudad, el señor Bayardo Javier Torres Herrera, esposo de mi poderdante, fue atropellado por el vehículo oficial al servicio de la Gobernación de placas GT- 0211, coducido por el empleado de esa dependencia, Sr. Carlos Palacios Caicedo, sufriendo graves lesiones que le ocasionaron la muerte.

"Toda la responsabilidad de este hecho recae en la persona del conductor ya que por hallarse en estado de embriaguez cometió actos de extrema imprudencia que dieron origen a esta tragedia.

"Según los hechos narrados, el Departamento de Nariño, debe ser condenado a pagar la indemnización respectiva tal como lo dicen los distintos tratadistas de la materia. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Cesación de octubre 22 de 1956, dijo: "Las Entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas, sino sus agentes o representantes legales, y por lo tanto son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometen".

Posteriormente la misma Corte en sentencia de Cesación, del 15 de julio de 1912, en relación con la responsabilidad civil extra contractual de las personas jurídicas, se expresó así:

"La responsabilidad civil por actos ilícitos, no sólo corresponde a la persona natural, sino a la jurídica, por el hecho de sus legítimos y plenarios representantes en el desempeño de sus cargos. Si la Entidad jurídica puede adquirir por medio de sus representantes deben también, por constituir una persona, ser capaz de obligarse. Así, cuando al moverse en el radio de sus atribuciones y funciones han ejecutado los representantes de la persona jurídica medidas perjudiciales a los intereses y sobre todo a la propiedad ajena, está obligada a reparar el daño causado. Las personas jurídicas son pues, civilmente responsables de los actos ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de su función o cargo. La responsabilidad civil de las personas jurídicas por estos ilícitos se desprende como una lógica consecuente de la real y amplia capacidad de obrar, reconocida por el derecho a estas personas o Entidades colectivas". (Folios 1 y 1 vto. C. No. 1).

c) En Derecho se invocaron los artículos 2341, 2346, 2352 y pertinentes del Código Civil en cuanto al procedimiento, el literal 3o. Capítulo XV del Código Administrativo.

II

El Tribunal competente clausuró la instancia con un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la actora y con una condena *IN GENERE* sin hacer señalamiento de las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación.

Luego de clasificar la prueba testimonial en dos grupos conformados el primero por los acompañantes del conductor del vehículo oficial que ocasionó la muerte a Torres Herrera, y el segundo por dos agentes de Policía que actuaron en los hechos que se

sucedieron a continuación del accidente y un testigo presencial, confiere eficacia probatorio a este último grupo para sustentar la decisión proferida. Dice al respecto:

"De acuerdo con lo anterior, una conclusión se hace evidente: el vehículo conducido por Palacios arrolló al motociclista, produciéndole la muerte; la forma imprudente de dar marcha hacia atrás, su embriaguez, su imprevisión causaron la tragedia. No se estableció ninguna culpa por parte de la víctima". (Folio 57 vto.).

Y en relación con la doble indemnización que plantea el apoderado del Departamento en el alegato de conclusión, la sentencia acoge el concepto fiscal para concluir accediendo a la pretensión resarcitoria.

III

El agente del Ministerio Público en esta instancia solicita la revocatoria del fallo impugnado y en su lugar negar las peticiones de la demanda con base en la existencia de una compensación de culpas o responsabilidad compartida por el conductor del vehículo de propiedad del Departamento de Nariño y la culpa de la víctima.

Dice así en lo pertinente luego de analizar la prueba practicada:

"Es evidente que el conductor del vehículo Toyota de propiedad del Departamento de Nariño tuvo que frenar intempestativamente para evitar atropellar a los transeuntes que se le atravesaron imprudentemente. Esta versión la confirman las declaraciones de quienes iban en el mismo vehículo y la constatación que al respecto se hizo en la diligencia de reconstrucción de los hechos.

"No resulta muy convincente la versión en la cual se afirma que una vez que el conductor del Toyota frenó bruscamente retrocedió 5 metros a una velocidad de 30 kilómetros por hora en razón que como se estableció en la diligencia de reconstrucción de los hechos, el cuerpo del herido quedó a una distancia de 0.60 centímetros de distancia con respecto al estribo trasero del Jeep. De haberse producido el choque en circunstancias en que el vehículo viniera retrocediendo a 30 kilómetros por hora y la moto en marcha, la magnitud del impacto hubiera sido tal que el cuerpo del conductor de la motocicleta hubiera caido a una mayor distancia. No se demostró la velocidad que desarrollaba la moto en el momento de la colisión, pero sí se estableció que estaba en marcha, lo cual hace suponer que corría a una velocidad muy superior a los 30 kilómetros por hora para poder mantener su equilibrio, o sea que dos vehículos que chocan en estas circunstancias y dada las características de los del presente caso, producen un impacto que hubiera hecho que el conductor de la moto hubiera quedado a bastante distancia de los vehículos.

"La anterior consideración permite concluir, como lo afirman los declarantes que se encontraban en el vehículo que el choque se produjo estando el Toyota detenido por efecto de la frenada.

"Otra circunstancia que es evidente es la de que tanto el conductor del vehículo Toyota como el de la motocicleta habían ingerido bebidas alcohólicas, esto se desprende de las declaraciones del agente de la policía que condujo el herido al hospital y las de los que capturaron al conductor del Toyota; este hecho explica por qué el conductor de la motocicleta no maniobró con la suficiente rapidez para esquivar al automotor, ya sea que éste hubiera estado detenido o en el improbable caso que estuviera dando reverso, ya que se demostró ampliamente que había suficiente espacio de lado y lado de la calzada para que la motocicleta hubiera pasado. Si el conductor de la moto hubiera estado en pleno uso de sus facultades sus reflejos hubieran respondido adecuadamente

y lo más natural hubiera sido que pasara por un lado del campero dada la gran facilidad que tiene esta clase de vehículos para desplazarse en cualquier dirección y el espacio que tenía para hacerlo.

"No hay pruebas en el expediente que demuestren que la víctima en el momento del accidente estuviera usando el casco de seguridad a que obligan las autoridades de tránsito para los motociclistas, por el contrario, se estableció que la causa de la muerte fue el fuerte golpe que recibió en la cabeza el cual le produjo una compresión cerebral. Si hubiera portado el casco protector el golpe se habría atenuado y muy seguramente el accidente no hubiera tenido las consecuencias funestas conocidas de autos. Por otra parte, el motociclista llevaba en la motocicleta a otras dos personas, circunstancia que le impidió obrar con la debida agilidad.

"Respecto al conductor del vehículo de propiedad del Departamento de Nariño, se puede afirmar que obró con imprudencia al frenar intempestivamente de acuerdo a lo demostrado en relación al sitio en que se produjo la frenada, la cual ocurrió en la mitad de la vía. Según lo establecido en la diligencia de reconstrucción de los hechos, el Toyota quedó a una distancia de 4.60 metros del sardinel del lado izquierdo y a 7.90 metros del sardinel del lado derecho, espacio por donde podía transitar cualquier clase de vehículo. La frenada fue imprudente por que con el espacio que existía y teniendo en cuenta además que la calle era de una sola vía y que a la hora en que ocurrió el accidente 3 A. M. transitaban muy pocos vehículos, el conductor del Toyota hubiera podido esquivar los transeúntes que se atravesaren sin necesidad de frenar violentamente previendo el peligro que esto representaba.

"Por otra parte debe descartarse también la conducta imprudente de la propia víctima, quien iba embriagado, no portaba el casco protector y llevaba en el vehículo a otras dos personas". (Folios 161 y 162 C. No. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. En relación con la sustentación legal de la demanda, considera la Sala importante puntualizar, en primer término, lo siguiente:

La inicial responsabilidad de las personas morales de derecho privado y público, fue la indirecta, emanada de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que regulan la responsabilidad por los hechos ajenos, fundamentada en la presunción de culpa consistente en la mala elección y falta de vigilancia de sus agentes o dependientes y la tesis organicista, que surgió como una modalidad de la responsabilidad directa, permitiendo deducir consecuencias por culpa de sus agentes, distinguiendo categorías, deberes y oficios, doctrinas éstas que fueron desplazándose paulatinamente, desde 1939, por las de responsabilidad directa y objetiva derivada de una falta o falla en la prestación del servicio, con fundamento en el primario deber del estado de suministrar los servicios al conglomerado asentado en un determinado territorio, como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación.

La demanda con que se inició el presente proceso anduvo descartada al apoyarse en jurisprudencias revaluadas y en normas civiles inaplicables a los casos de responsabilidad administrativa del Estado, pero, como lo dice el *a-quo*, esas deficiencias de técnica procesal, no alcanzan a constituir defecto que configure la falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

2. El artículo 68 del anterior Código Contencioso Administrativo consagraba la llamada acción contenciosa indemnizatoria mediante la cual se pretendía deducir la responsabilidad extracontractual del Estado. La actual codificación denomina esta acción como de reparación directa y cumplimiento, en su artículo 86.

La administración responde por los perjuicios causados siempre y cuando concurran los requisitos que en forma reiterada y constante ha señalado la jurisprudencia de la Corporación:

a) Una falla o falta 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 personal del agente, sino la del servicio o anónima de la administración.

b) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el Derecho, bien sea civil o administrativo, etc.

c) Un nexo causal entre la falta o falla de la administración y el daño, sin el cual, aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización.

3. En relación con el primero de los requisitos enumerados obran en el plenario los siguientes elementos de convicción:

a) Prueba testimonial que da cuenta del desarrollo de los hechos a consecuencia de los cuales perdió la vida el señor BAYARDO JAVIER TORRES HERRERA, relatados por testigos presenciales prueba que se analizará más adelante.

b) Prueba documental visible a folio 27 C, 1, con el pleno valor probatorio que le confiere el artículo 264, inciso 1o. del Código de Procedimiento Civil, consistente en la certificación emanada del Jefe de personal del Departamento de Nariño, relativa al cargo desempeñado por el señor Carlos Laureano Palacios Caicedo al servicio del Departamento, con anotaciones referidas a su ingreso a partir del 1o. de enero de 1978 y su traslado el día 17 de julio de 1979.

c) Oficio emanado del almacenista general del Departamento de Nariño, certificando que el vehículo de placas OT - 0211 es de propiedad del Departamento, acompañado de fotocopias del formulario de actualización, expedido por el Ministerio de Obras Públicas, Instituto Nacional del Transporte, manifiesto de aduanas y factura de compra a la sociedad Agromercantil Ltda. (Folios 31 a 34 C. No. 1).

d) Copia auténtica de la diligencia de levantamiento del cadáver del señor Javier Torres Herrera, así como la correspondiente acta de necropsia, enviadas por el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Pasto (folios 24 y 25 C. No. 1).

e) Registro civil de defunción de Bayardo Javier Torres Herrera, de la Notaria Primera del Circulo de Pasto (folio 3 C. no. 1).

f) Fotocopia auténtica del acta de reconstrucción de los hechos contenida en el proceso Número 1196, adelantado por el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Pasto, en que figura como denunciante el señor Leovigildo Ernesto Torres Arellano, como sindicado el señor Carlos Palacios Caicedo, parte civil la señora Ruth del Carmen Paz Viuda de Torres, por el delito de homicidio, prueba que se acercó al expediente en el curso de inspección judicial, con el mérito probatorio que le asigna el ordinal 2o. del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (folios 50 a 64 C. No. 1).

El segundo de los elementos, o sea el daño, aparece demostrado con la copia auténtica del registro civil de matrimonio que se acompañó con la demanda (folio 7) que da fe de la relación de parentesco que unía a la demandante con la víctima, única persona que además aparece otorgando poder.

La relación de causalidad entre la falta o falla de la administración, consistente en el hecho realizado por un agente al servicio del departamento, que en forma impru-

dente ocasionó la muerte del ciudadano Torres Herrera, y el daño que su temprana desaparición causó a su esposa, no tiene en el presente caso la virtualidad necesaria para deducir la responsabilidad que se endilga al ente demandado por las razones que a continuación se anotan:

El accidente ocurrió porque Carlos Palacios Caicedo conductor del vehículo oficial de marca Toyota (campero), distinguido con las placas OT 0211, cuando bajaba por la calle 13 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Pasto, el día 24 de junio de 1979, entre las dos o tres de la mañana, detuvo la marcha con el fin de no atropellar a unos individuos borrachos que se atravesaron, según informan los señores Segundo David Gecial, José Vicente Maya, Ramón Ramírez y Robert Wilson Ibarra, ocupantes del vehículo en mención. Uno de ellos, el señor José Vicente Maya llega al extremo de afirmar que al ocurrir el accidente "el carro estaba por su derecha, estaba con las luces intermitentes y estaba parado". (Folio 41 C. No. 1).

El señor Javier Delgado Castilla, taxista, coincide en su declaración con los anteriores en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, aclarando que el vehículo "frenó bruscamente". (Folio 45 Fte C. No. 1).

Una objetiva apreciación de los testimonios reseñados, permite deducir que ellos, con excepción del último, quieren hacer recaer toda la responsabilidad del accidente en el conductor de la moto, que a la postre resultó muerto, cuando en forma por demás contradictoria, dicen que en este vehículo iban tres personas, ebrias zigzagueando, a una velocidad "escandalosa". Para la Sala, en este punto concreto la prueba que se analiza no ofrece serios motivos de credibilidad por tratarse, de un lado de hechos que presenciaron los declarantes cuando se encontraban embriagados como ellos mismos aceptan y lo refiere el agente de policía Oscar Yenet Paz. De otro lado, merece desconfianza la prueba en comento, en cuanto esos mismos testigos hablan de la agresión de que fue objeto el conductor del jeep, que más parece un esfuerzo en procura de justificar un intento de fuga que refieren los testigos Oscar Yenet Paz, agente de policía como se dijo, que bajo apremio detuvo al conductor del campero inmediatamente después de ocurrido el accidente y Javier Delgado Castillo, el ocasional taxista que presenció los hechos. Llama la atención también que la referida agresión haya pasado desapercibida para el señor Segundo David Gecial, uno de los acompañantes de Caicedo, que nada informa al respecto a pesar de que en forma por demás minuciosa y detallada alcanza inclusive a calcular la distancia a que venía la moto del carro. Y no eran tres los ocupantes del vehículo conducido por Torres Herrera, ni el chofer del campero fue agredido, que Javier Delgado y Oscar Paz nada dicen al respecto. El primero sólo hace referencia a un cuerpo que yacía en el suelo y el segundo habla del atropello a un motociclista.

Tampoco tiene asidero la versión del testigo Delgado Castillo cuando afirma que, inmediatamente después de la frenada brusca, el conductor del campero dio reversa al carro (folio 45 C. No. 1), momento en el cual escuchó el impacto, por cuanto de acuerdo con lo constatado en la diligencia de reconstrucción de los hechos sobre la prueba allí recibida, el cuerpo de la víctima quedó a 0.50 metros del estribo trasero del jeep, según la propia versión constatada de Delgado y a 0.80 metros según la que dio el conductor. Si como dice la Fiscalía, la colisión se hubiera producido cuando los dos vehículos estaban en marcha, el impacto habría sido de tal magnitud que el cuerpo del conductor de la motocicleta tendría que haber caído a una mayor distancia.

El anterior análisis permite deducir con certeza la existencia de un hecho, en el cual coinciden los testigos: el campero conducido por Carlos Palacios Caicedo, paró intempestivamente, sin hacer ninguna señalización, para evitar atropellar a otras personas que se atravesaron. Con todo, esta conducta de un agente de la Administración, dada su causa inmediata, no constituye falla del servicio.

Además, existe en el plenario prueba trasladada del proceso penal adelantado en el Juzgado Once de Instrucción Criminal contra Carlos Palacios Caicedo, por los mismos hechos, donde aparece como parte civil la aquí demandante, consistente en fotocopia autenticada de la diligencia de reconstrucción de hechos a Inspección Judicial con perito, que da cuenta de la total visibilidad que tenía el conductor de la motocicleta, por cuanto la calzada donde ocurrió la colisión tiene 13.70 metros de ancho, se encuentra asfaltada y en buen estado de conservación, con suficiente iluminación (folio 99 C. No. 1) y el jeep, luego del choque, quedó parado a una distancia con respecto al sardinal del lado izquierdo bajando, de 9.70 metros y por el lado opuesto de 3.20 metros o sea que por cualquiera de los dos lados de la vía podían transitar motos. (Folio 59 C. No. 1).

Que la víctima daba muestras de esta alcoholizada, lo dice el mismo agente de policía que lo condujo al Hospital Departamental (folio 139 C. No. 1). Además no existe prueba de que portara el casco protector a que obligan las autoridades de tránsito para los motociclistas, habiéndose establecido que la causa de la muerte fue el fuerte golpe que recibió en la cabeza el cual le produjo una compresión cerebral, como lo anota la Colaboradora Fiscal, y marchaba a una velocidad superior a la permitida por los reglamentos, sin guardar la mínima distancia que el Código de Transporte tiene establecida para los vehículos que marchan en el mismo sentido (artículo 149).

De haber cumplido con los mínimos reglamentos de tránsito, el accidente no habría ocurrido, porque si bien es cierto que el campero tuvo que frenar intempestivamente, aún sin haber alcanzado a poner las señales intermitentes, debió haber encendido las luces rojas de stop que indican parada, como lo refiere el dictamen pericial visible a folios 63 y 64 C. No. 1 en un sitio con suficiente iluminación y espacio a ambos lados del vehículo estacionado, para que el eventual conductor de otro vehículo que viniese en la misma dirección, en normales condiciones de sobriedad, a una distancia reglamentaria y a una velocidad moderada, pudiera haber maniobrado para evitar el choque, más tratándose de un vehículo adecuado para este tipo de funciones como es una motocicleta. En la ocurrencia de autos, a juicio de la Sala, no se dio la falla del servicio, toda vez que la imprudente conducta de la víctima fue determinante de la tragedia.

En estas circunstancias, deviene un pronunciamiento desfavorable a las súplicas de la actora. Como el Tribunal de instancia llegó a la conclusión diferente, deberá revocarse la sentencia recurrida.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

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, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango. Con salvamento de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— CULPA DE LA VICTIMA.— Constitutiva de causa concurrente. Repartición de responsabilidades.

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero doctor Jorge Valencia Arango.

Expediente 3050.
Actor: **Ruth del Carmen Paz Viuda de Torres.**

Me separo de anterior sentencia por considerar que las pretensiones de la demanda han debido prosperar parcialmente, en un porcentaje proporcional a la repartición de responsabilidades.

a) Está demostrado que la víctima carecía de casco protector y conducía la moto en estado de embriaguez, lo que implica culpa constitutiva de causa concurrente en el fatal accidente, por lo que la indemnización no podía ser total.

b) La misma sentencia encuentra sospechosos, por parcialidad, y mentirosos los testimonios de Segundo David Getial, José Vicente Maya, Roberto Wilson Ibarra, pasajeros del jeep causante de la trajedia, por lo que ha debido negarles todo valor probatorio y no dividir la fe debida a sus dichos, como lo hizo el sentenciador contra todo principio de lógica probatoria.

c) El proceso ha debido decidirse con base en dicho juramentado de Javier Delgado Castilla, taxista que presenció el accidente y del agente de policía Oscar Yenet Pérez con base en ellos se impone la conclusión de que el jeep *"frenó bruscamente"* y *"echó reversa"* hasta atropellar la moto.

d) Si dos cuerpos de igual masa y a la misma velocidad en sentido contrario, chocan, enseña la fiscalía que las fuerzas se neutralizan y consecuentemente quedan estáticas en el sitio mismo del choque.

Pero, dada la diferencia de la masa, entre el jeep y la moto, se explica que esta última haya quedado a una distancia de 0.60 o 0.80 metros, como lo dicen los testigos y se apreció en la diligencia de reconstrucción.

Esta *"verdad física"*, aparece desconocida por la sentencia.

c) *Dada* la que diferencia de anchura entre el jeep y la moto, carece de relievancia la distancia, entre cada lado del jeep, y el respectivo anden, pues, la moto, viajando por su derecha, detrás del jeep, no podía aprovechar los espacios libres, sin encontrarse con la parte trasera del jeep, salvo distancias entre uno y otro vehículo, poco frecuentes en el tránsito urbano.

Bogotá, noviembre 14 de 1984.

Jorge Valencia Arango.

SENTENCIA.— ELEMENTOS.

a) Una Estructura dada a priori; esto es, la ley;

b) Un contenido contingente, que se concreta en las circunstancias del caso, y

c) Una valoración jurídica.

PRUEBA TRASLADADA.— Ha sido unánime la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional sobre la eficacia de las pruebas practicadas en un proceso y llevadas a otro, en la oportunidad legal sin más exigencias, pero siempre que en ambas se trate de hechos controvertidos por las mismas partes ... Pero si al primer proceso no concurrió una persona natural o jurídica y ella aparece como demandada en el segundo, las pruebas trasladadas a éste deben ser ratificadas para que adquieran pleno valor (Reiteración Jurisprudencial).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diciembre siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Julio César Uribe Acosta.**
Referencia: Proceso No. 3594.
Actor: **Gloria Lucia Cárdenas.**

Por conducto de apoderado la señora GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA demandó el veintinueve (29) de marzo de mil novecientos ochenta y dos (1982) a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), para que se la declarare responsable de los perjuicios materiales y morales que se le causaron por heridas producidas con arma de fuego por soldados dependientes del Grupo de Caballería Mecanizado No. 1 "Rincón Quiñonez" y se le condene al pago de los mismos. En la demanda se enlistan como peticiones las siguientes:

"PRIMERO: Que la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional) es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales que se le causaron a la señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA por heridas producidas con arma de fuego en hechos ocurridos entre las 12:30 de la noche del 6 de abril y la una de la madrugada del 7 de abril de 1979, en la denominada Autopista Norte, cerca del "Puente Común", en Jurisdicción del Municipio de Chia (Cund.) cuando los soldados del Ejercito Nacional, dependientes del Grupo Caballería Mecanizado No. 1 "Rincón Quiñones", Adscrito de la Brigada de Institutos Milirares (BIM) dispararon intencional y voluntariamente sobre la mencionada señorita CARDENAS MAHECHA, en momentos en que transitaba por la mencionada vía, en un vehículo automotor conducido por el señor JOSE ANORES LIZARRALDE ARGUELLO, causándole graves heridas y lesiones físicas de caracter permanente.

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración, la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional) debe reconocer y pagar el valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por la señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA con ocasión de dicho insuceso.

"TERCERO: Que la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional) pagará a la señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA, además de los

perjuicios morales, la indemnización de perjuicios materiales que se determinen posteriormente al fallo mediante el trámite señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil".

La causa petendi se concretó en los siguientes HECHOS:

"PRIMERO: En las horas de la medianoche del día 6 de abril de 1979 y las de la madrugada del día subsiguiente (12:30 a 1 a.m.), la señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA transitaba por la llamada Autopista del Norte en dirección de Bogotá D. E. hacia el Municipio de Cajicá (Cund.) donde tiene su residencia en el vehículo automotor marca Ford, camioneta Pick Up, Modelo 1960, con Placas IP 0040, conducido por el señor JOSE ANDRES LIZARRALDE ARGUELLO.

"SEGUNDO: Cuando el mencionado vehículo estaba próximo a llegar al cruce de la Autopista con la Carretera que conduce a Cajicá, muy cerca del sitio denominado "Puente Común" y al pasar unos camiones que estaban estacionados a la margen derecha de la mencionada vía, un disparo producido con arma de fuego y hecho por detrás del vehículo, hizo impacto en el mismo, rompiendo la parte trasera del vehículo, y luego atravesando el cuerpo de GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA por la región dorsal derecha, a nivel del segundo espacio intercostal a cinco (5) centímetros de la línea media, produciendo fracturas costales y otras lesiones graves.

"TERCERO: En las condiciones anotadas el conductor del vehículo señor LIZARRALDE ARGUELLO detuvo la marcha del mismo y al estar parado se acercaron dos soldados quienes manifestaron al conductor que estaba detenido, sin dar ninguna explicación. Cuando el señor LIZARRALDE les manifestó que su compañera de viaje, señorita CARDENAS MAHECHA, había sido herida por la bala disparada por ellos, al comprobar este hecho, y la apremiante petición del señor LIZARRALDE de que le permitieran llevarla de inmediato a un centro asistencial, los soldados le permitieron continuar la marcha.

"CUARTO: El señor LIZARRALDE ARGUELLO en forma rápida se desplazó al Hospital de Chía, lugar asistencial más cercano al lugar de los hechos, para que la señorita CARDENAS MAHECHA fuera atendida por los médicos; de donde fue remitida luego de prestarle los primeros auxilios al Hospital de la Samaritana en Bogotá.

"QUINTO: Se demostrará a través de la etapa probatoria que fue un soldado del Ejército Nacional quien hizo el disparo sobre una indefensa ciudadana, ocasionándole las graves lesiones a que antes se hizo referencia.

"SEXTO: Se demostrará igualmente dentro del proceso que en modo alguno la señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA, quien se encontraba desarmada y de regreso a su hogar, puso en peligro la vida de los soldados que estaban prestando los servicios de vigilancia en la zona de los hechos, ni menos que ellos hubieran sido atacados con armas de fuego por la señorita CARDENAS MAHECHA ni por el conductor del vehículo señor JOSE ANDRES LIZARRALDE ARGUELLO, y en cambio sí los soldados, o uno de ellos, dispararon irresponsablemente sobre el vehículo en marcha.

"SEPTIMO: El día lunes 9 de abril, el conductor del vehículo señor JOSE ANDRES LIZARRALDE presentó denuncia penal ante la Inspección de Policía y Tránsito del Municipio de Chía (Cund.) donde se practicaron las primeras diligencias investigativas. De esta Inspección el expediente fue remitido al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía.

"OCTAVO: El sumario, bajo el Número 6901 fue enviado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chía a la Brigada de Institutos Militares, con número de correo 631 de la Administración Postal, de fecha 23 de abril de 1979, y le correspondió conocer de este sumario al Juzgado Sexto de Instrucción Penal Militar.

"NOVENO: El día 16 de abril de 1979 el señor JOSE ANDRES LIZARRALDE ARGUELLO fue llamado por la Oficina de Ejecutivos del Grupo Caballería Mecanizado No. 1 "Rincón Quiñonez" a efecto de que rindiera declaración sobre lo ocurrido y relacionado en los Hechos Primero y Segundo de este escrito, declaración que fue rendida ante un Mayor de apellido Tamayo.

"En esta diligencia se practicó además una inspección ocular sobre el vehículo en que viajaban la víctima señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA y el señor JOSE ANDRES LIZARRALDE ARGUELLO.

"DECIMO: En el hospital de La Samaritana de Bogotá reposa la Historia Clínica Número 339-064, perteneciente a GLORIA CARDENAS, donde aparecen los exámenes médicos practicados a la mencionada señorita, como también las lesiones que se le causaron por el disparo hecho por un soldado del Ejército Nacional y los tratamientos a que hubo de ser sometida.

"DECIMO PRIMERO: Igualmente en el Instituto de Medicina Legal reposan los reconocimientos médicos legales que inicialmente se le practicaron a GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA, así como también un último reconocimiento médico legal que fue solicitado por el Teniente Coronel ALFONSO CASTILLO ESPITIA, Cadete del Grupo de Caballería Mecanizado "General Rincón Quiñonez", mediante oficio Número 649/ BIM-j6o IPM-789, fechado el 10 de octubre de 1979, en el cual se solicitaba que se determinaren las secuelas o consecuencias que se puedan derivar de la herida que recibiera por arma de fuego la señorita CARDENAS MAHECHA.

"DECIMO SEGUNDO: La señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA, como se demostrará durante la etapa probatoria, hasta el momento de ser herida con arma de fuego por un Miembro de la Fuerza Pública, gozaba de perfecta salud.

"DECIMO TERCERO: Como consecuencia de las heridas y lesiones sufridas por la señorita Cárdenas Mahecha, tuvo que permanecer recluida por muchos meses en hospitales y clínicas para recibir tratamientos médicos.

"DECIMO CUARTO: Transcurridos ya cerca de tres años de haber sido herida la señorita Cárdenas Mahecha, todavía tiene que estar permanentemente en tratamientos médicos por las secuelas que le quedaron de la bala que lesionó su cuerpo, disparada por un soldado de la Fuerza Pública.

"DECIMO QUINTO: La señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA trabajaba, en la fecha en que fue herida, en la Empresa "Alcalis de Colombia", con un sueldo promedio en el año 1979 de Diez mil pesos mensuales ($ 10.000.oo), más las primas y bonificaciones que de la misma empresa recibía.

"DECIMO SEXTO: Durante un término no inferior a un año, contado a partir del día en que recibió el balazo, la señorita Cárdenas Mahecha estuvo totalmente incapacitada para trabajar, y como consecuencia de las lesiones de carácter permanente que le quedaron, se le ha mermado notablemente su capacidad productiva, y en cambio sí su situación económica se le ha agravado grandemente con los gastos que ha tenido que atender en drogas, médicos, radiografías, exámenes de laboratorio, inherentes a las lesiones que sufrió y sufre aún.

"DECIMO SEPTIMO: El trauma síquico sufrido por la señorita GLORIA LUCIA CARDENAS MAHECHA, como consecuencia de las heridas que padeció y su reclusión forzada por muchos meses en hospitales y en su propia casa, y las deformaciones físicas permanentes que le quedaron, constituyen el perjuicio moral de que ha sido víctima. Su incapacidad total para trabajar durante muchos meses, su disminución permanente en su capacidad productiva, las drogas, médicos, hospitales, radiografías, exámenes de laboratorio y tratamientos que ha tenido que pagar, cuya cuantía se demostrará oportunamente dentro del proceso, constituyen el perjuicio material que ha sufrido".

El apoderado de la parte actora hace la respectiva fundamentación jurídica con apoyo en el artículo 16 de la Constitución Nacional, artículo 68 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941 y en lo estatuido en el Decreto 628 de 1964, artículo 30 que habla de los medios que debe emplear la Policía Nacional para preservar el orden público).

CONCEPTO DE LA FISCALIA

Para la Fiscal Segunda de la Corporación la demanda no esta llamada a prosperar, conclusión a la que llega a través de las siguientes CONSIDERACIONES:

"Para la prosperidad de esta clase de acciones, ha quedado establecido que se deben probar plenamente, la existencia de una falla del servicio, el daño o perjuicio recibido por el accionante y una relación de causalidad entre la mencionada falla y ese daño que se alega.

"En el caso que se estudia, este despacho observa, que la prueba allegada al proceso no es suficiente para considerar plenamente probada la forma en que sucedieron los hechos, de suerte que se puede afirmar que existió la mencionada falla del servicio.

"Al folio 22 y siguientes del cuaderno 3, aparece copia autenticada del proceso penal por lesiones personales: dentro de esa actuación penal aparecen algunas declaraciones que no fueron debidamente ratificadas en este proceso. Las declaraciones así allegadas no cumplen con los requisitos de la prueba trasladada. Así pues los hechos narrados en la demanda quedaron sin ningún respaldo probatorio. Lo anterior impide un pronunciamiento favorable".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Es indiscutible que con la sentencia definitiva culmina la combinación en serie de los supuestos jurídicos y se concreta el proceso de individuación, al cual se llega, ejercitando un conocimiento por comprensión. En ella, necesariamente, tenemos que encontrar los tres elementos de la experiencia jurídica, a saber a) Una estructura dada a priori, esto es, la ley; b) Un contenido contingente, que se concreta en las circunstancias del caso, y c) Una valoración jurídica. El primer aspecto no necesita ser probado, salvo en los casos contemplados en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil que manda: "El texto de las normas jurídicas colombianas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, deberá aducirse al proceso en copia auténtica, de oficio o a solicitud de parte"; el segundo, puede fluir de la misma normatividad y, necesariamente, debe ser probado, salvo en los casos en que se presenten circunstancias únicas y singulares que se relacionan más que todo con el problema de la equidad; la valoración jurídica es hecha por el Juez sobre la base de lo alegado y probado, escogiendo determinadas circunstancias, dándole valor a unas y negándoselo a otras, esto es, haciendo una imputación de ellas a posteriori. Para esa valoración necesariamente el Juez se basa en los sentidos de orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad, justicia, que son inmanentes al Derecho.

2. Dentro de la filosofía anterior que debe informar toda sentencia tenemos, para el caso en comento que la estructura *a priori* fue bien invocada por el actor que la encuadra. En las normas de la Constitución Política, Título Tercero, que trata de los "Derechos y Garantías Sociales" y en especial el artículo 16 de la misma se consagra que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Pero en lo que respecta a la prueba de las circunstancias del caso el actor nada hizo para acreditarlas dentro de las exigencias de la ley. Es verdad que a folios 22 y siguientes del cuaderno número tres obran copias auténticas de lo pertinente al proceso 595 que por Lesiones Personales se adelantó en el Comando del Grupo de Caballería No. 1 General Rincón Quiñones pero esa prueba trasladada no puede ser apreciada en el caso en comento porque no se dan las circunstancias exigidas por el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra reza: "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella". En esta materia es suficiente recordar la jurisprudencia reiterada de esta Corporación que, al resolver situaciones semejantes a la presente, ha dicho:

"Ha sido unánime la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional sobre la eficacia de las pruebas practicadas en un proceso y llevadas a otro en la oportunidad legal sin más exigencias, *pero siempre que en ambos se trate de hechos controvertidos por las mismas partes.* De manera que si por medio de testimonios, confesión, dictamen pericial u otro medio probatorio se ha demostrado en un proceso penal, por ejemplo, la existencia de determinados hechos y ellos vuelven a ser discutidos por las mismas partes en otro juicio sobre responsabilidad civil no hay duda de que pueden ser aducidos y apreciados en su valor los resultados procedentes, sin necesidad de repetir las respectivas diligencias judiciales. Pero si al primer proceso no concurrió una persona natural o jurídica y ella aparece como demandada en el segundo, *las pruebas trasladadas a éste deben ser ratificadas para que adquieran pleno valor.* Así lo dispone el artículo 185 del Código de Procedimiento Civi al expresar que las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden trasladarse a otro en copia auténtica y se deben apreciar sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella "y, en concordancia, el artículo 229 del mismo estatuto procesal dice: Para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él sin audiencia de la contraparte, es necesaria su ratificación, para la cual se repetirá el interrogatorio, en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso".

"Lo escrito por el jurista italiano Francisco Ricci en 1981 se puede repetir ahora, como se ha hecho en anteriores oportunidades al resolver casos similares.

'Lo que da valor a las pruebas practicadas en juicio es que lo hayan sido con la intervención de las partes y previa la observancia de las formalidades establecidas por la ley a modo de garantías de la verdad y de la justicia. Ahora bien, por qué ha de limitarse este valor tan sólo al juicio en el cual la prueba se hubiere practicado, se comprende que si sobre el mismo hecho, cuya existencia está demostrada en juicio por una prueba practicada en el mismo se vuelve a debatir entre otras personas, ésta no puede tener el valor como res inter elios siendo por tanto necesario que se proceda en el nuevo juicio, si por acaso se reprodujese en él la misma prueba, a practicarla con intervención de los interesados. Pero cuando las partes, entre las cuales se vuelve a debatir el hecho, son las mismas no se comprende por qué razón aquello que respecto de ellas constituye verdad en un juicio, no se ha de considerar como verdad también en el otro. Los resultados de las pruebas no tienen carácter de verdaderos porque se hayan

practicado en tal juicio y no en otro, sino en virtud del debate y oposición de las partes y de la observancia de las formalidades establecidas por la ley para practicarlas. Ahora bien: dado que los resultados de la prueba que se invoca en otro juicio entre las mismas partes contendientes han sido obtenidos observando al practicar las formalidades legales, es evidente que debe aprovecharse en el juicio aludido la verdad que tales resultados arrojen' (Tratados de las Pruebas, Madrid, Tomo I pág 52-53).

"Y también es pertinente transcribir lo que, de acuerdo con esa exposición doctrinaria expresó esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1969:

"Es equivocado pensar que por el hecho de que en desempeño de la función penal que asiste al Estado los componentes órganos o funcionarios de éste hayan determinado en un caso dado el delito y el delincuente la infracción y el infractor de las partes y las resultas de ese proceso sean identificables a las partes y a las resultas del proceso judicial administrativo. Esa identificación es imposible no sólo porque en el procedimiento penal no es propiamente la administración activa la que concurre, ni la concurrencia es como parte en controversia, y si en ejercicio del *jus imperii* encaminado a sancionar, sino también porque los objetivos de aquella actividad punitiva son completamente distintos al restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por la desigualdad ante las cargas públicas, que es el objeto de la acción indemnizatoria. Por otra parte, para la contradicción de la prueba es indispensable saber el fin a que se destina o sea que esté claramente definida la pretensión procesal. El demandado, debe saber "lo que se demanda, como lo exige el ordinal 2o. del artículo 84 de nuestro Código Contencioso Administrativo para utilizar los medios de defensa adecuados y poder dirigir su conducta ante los elementos de prueba que presente el actor. Pero en el proceso penal no hay, no puede haber ninguna pretensión contra las personas de derecho público".

3. No hay dentro del proceso ni una sola prueba que acredite la falla del servicio o de la Administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo, ni ninguna que permita a esta Corporación precisar la relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y del daño. El testimonio rendido por el doctor Elio Yezid Ortegón Rojas, que aparece al folio 103 del Cuaderno Número tres (3) se orienta simplemente a precisar que conoce a la demandante a la cual le ha prestado atención médica; pero respecto de los hechos investigados es muy claro y espontáneo al decir: "Sobre esos hechos supe que había sufrido un accidente de bala y yo fui quien recomendó el médico quien la trató en el Hospital de la Samaritana, para concluir agrega: "Quiero dejar constancia de que mi presencia acá es para certificar el estado de salud de ella porque la conocía de trato y personalmente y medicamente y *no con relación a los hechos del incidente.* Como es un principio de razón y de seguridad social que al actor le incumbe la carga de la prueba y no habiéndose demostrado los elementos que tipifican la falla del servicio, en el caso en comento, se impone una decisión de fondo denegatoria de las súplicas de la demanda pues no fueron aportados al proceso elementos de convicción necesarios para despachar favorablemente las súplicas de la misma.

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:

Por falta de pruebas, DENIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Cópiese y notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente. **Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.**

Arturo Mora Villate, Secretario.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE ARRENDAMIENTO.— 1.— La arrendadora queda obligada, según las normas reguladoras de la congelación de arriendos (Decretos 2770 de 1976, 063 de 1977, 2813 de 1978, 2913 de 1977, 3209 de 1979 y 3450 de 1980), a comprobar oportunamente que ha ocupado el inmueble en actividades propias por lapso no inferior a seis meses sopena de que se haga efectiva la caución prestada. 2.— Dentro del juicio de terminación del contrato, acreditada la licencia administrativa correspondiente, no está obligada la arrendadora a acreditar la "necesidad" de ocupar el inmueble.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiséis (26) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Referencia: Expediente 4134.
Actor: **Parroquia de El Sagrario.**

Se decide el recurso de apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de mayo 4 de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso contencioso contractual adelantado por la Parroquia de El Sagrario contra el Instituto de los Seguros Sociales, Caja Social de Antioquia.

I.— SENTENCIA APELADA

La sentencia de primera instancia declaró terminado el contrato administrativo de arrendamiento celebrado entre las partes de este proceso y referido al local de la carrera 51A- Número 68-12 (antes 68-16), ordenó la restitución del inmueble a la arrendadora, comisionó para la entrega a los inspectores Civiles Municipales (reparto) y ordenó a la demandada dar cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la misma.

Son fundamentos de la decisión anterior:

"Como es visible a folios 14 y siguientes, el 25 de febrero de 1977 la Caja Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia y la parroquia de El Sagrario suscribieron un convenio sobre arrendamiento del primer piso, de un edificio situado en la ciudad de Medellín, esquina de la carrera 51D, con las calles 68 y 69 destinado a satisfacer necesidades del ente estatal, haciéndose allí referencia al Decreto 150 de 1976 y consignando que aunque no se constituía la cláusula de caducidad, la caja podría imponer una sanción pecuniaria a la arrendadora por incumplimiento de sus obligaciones".

Las pretensiones de la actora fueron llevadas inicialmente ante la justicia civil y allí en providencia de enero 21 de 1981, folios 34 y siguientes se dispuso con argumentos que la corporación coadyuva, que la competencia es de esta jurisdicción con fundamento en el artículo 32, numeral 2, literal c) del Decreto 528 de 1964.

Al efecto:

Se podría entender jurisprudencialmente que en Colombia el carácter administrativo de un contrato celebrado por organismos estatales resulta de la existencia de

alguno de estos factores: a) su origen o iniciativa que debe ser una autorización legal, general o específica háyase dado a ella antes de su celebración o en forma posterior; b) la naturaleza de las partes contratantes, esto es que por lo menos una sea un organismo estatal; c) que los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja su formalización o su solemnización; d) la inclusión concurrente de cláusulas forzosas como las referentes a garantía, condicionamiento de los pagos a la disponibilidad de apropiaciones presupuestales suficientes, etc. e) la contratación con licitación es decir con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos que contiene una serie de condiciones inmodificables que sean las futuras estipulaciones haciendo de este sistema una especie de adhesión en cuyas cláusulas consiente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan modificaciones o restricciones por parte de éste; f) la utilización de la administración de privilegios de poder rompiendo la igualdad formal de los contratantes con el empleo de disposiciones no usuales ni admisibles en los contratos privados, por razón del interés público envuelto, como cuando se conviene la caducidad g) la vinculación del contrato a un fin de servicio público, circunstancia no relievante puesto que todos los pactos tienen una definitiva finalidad de esta naturaleza y estas bases enunciadas pueden definir que es un contrato administrativo cuando autorizado por la ley, es celebrado por un organismo de la administración para la realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas de derecho público.

No será difícil afirmar y compartiéndose a la Procuraduría, que el contrato origen de la controversia es administrativo, suficiente para proceder a desatarlo, conforme a las normas que regulan la terminación de estos acuerdos de voluntades.

La demandante logró y como propietaria del inmueble obtener y dentro de los mecanismos que en un momento regían la materia, licencia administrativa que es la autorización que da el alcalde para poder gestionar la desocupación y entrega del local, obligandose el beneficiario a tomar el inmueble con actividades propias a la catequesis y su permanencia en dicho bien por el término de 6 meses, so pena que la garantía constituida a favor del tesorero municipal y por valor de $ 120.000.oo se hiciera efectiva (folios 18 y 19) y esta situación le otorgaba al arrendador una facultad al tenor de lo dispuesto por los Decretos 2770 de 1976, 063 de 1977, 2923 de 1977 y 2813 de 1978.

Aunque han existido dos vertientes jurisprudenciales sobre si amén de la licencia administrativa es de probarse o no la necesidad de ocuparse del inmueble, considerándose para unos que la simple caución exigida al otorgarse la respectiva licencia garantiza los posibles perjuicios que por el abuso del derecho puede acarrearse al ocupante y para otros que fuera de ello es dable demostrar la necesidad, lo cierto es que el caso a estudio todas estas inquietudes han sido superadas, por cuanto una prueba testimonial enseña con claridad meridiana que la catequesis y trabajos parroquiales justifican la terminación del contrato y para ello basta releer las versiones de los señores Andrés Alfonso Madrigal Londoño (folios 59), María Gabriela Lema P. (folio 61) y Alicia Zabala de Arango (folios 64), quienes al unísono y de consuno están acordes en formar la idea generalizada dentro de la comunidad que el local hace falta y esta acortando así la actividad pastoral.

Las anteriores apreciaciones servirán para que prosperen las pretensiones de la parte actora por haberse llenado los requisitos exigidos por la ley, pero es de hacerse además reflexiones sobre lo expuesto por el Ministerio Público.

Aunque no puede desconocerse que los documentos allegados por el ISS forman la idea inicial que entre las partes se consentía un nuevo canon de arrendamiento sobre el inmueble, auspiciándose una prórroga, lo cierto es que por principio general se puede afirmar que esta razón bien pudo haberse cambiado, por que si en un momento la

obsesión del propietario era el económico no se le podrá limitar que por circunstancias posteriores varíe de parecer y que en el caso, será el que se plasmó en la licencia administrativa donde se orientó su otorgamiento condicionándolo a una ocupación para catequesis.

Además las que la Procuraduría hace sobre el interés público y el interés privado no pueden de ninguna manera patrocinar que indefinidamente se prolongue la utilización del inmueble, por que de serlo así y como bien lo apunta el apoderado de la demandante, se traduciría simplemente en una expropiación del derecho de uso.

II — EL RECURSO

La parte demandante sustenta la apelación interpuesta, en los siguientes términos:

"En ejercicio del mandato que me confirió el ISS y con motivo de la APELACION interpuesta contra el FALLO, de manera respetuosa, solicitó a USTED *revocarlo* para no acceder a las pretensiones de la demanda, a tenor del lacónico alegato que sigue:

"Sin duda alguna comparto el lúcido concepto del señor FISCAL DE LA PRIMERA INSTANCIA, especialmente, en el sentido de que, dentro del caso *sub-júdice*, prima el interés social sobre el interés privado; el interés del Estado de que siga ocupando el ISS en arrendamiento el inmueble con el objeto de que pueda seguirse prestando a la comunidad el muy indispensable servicio de salud contraído al despacho de la farmacia de la Clínica León XIII, tratándose como se trata, de un contrato administrativo, en el que predominan las conveniencias de la administración, hasta el punto de celebrarse, más que todo, de acuerdo con la voluntad de ésta en procura del beneficio común.

"Incluso tan notoria característica la reconoce el mismo A-QUO cuando expresa que una de ellas es 'la utilización de la administración de *privilegios de poder* rompiendo de la igualdad formal de los contratantes con el empleo de disposiciones no usuales ni admisibles en los contratos privados, *por razón del interés público* envuelto, como cuando se conviene la caducidad'. (SUBRAYO). (Pág. 4, literal f de la sentencia).

"Y esa primacía no implica una expropiación del derecho de uso, sino el uso de un privilegio legítimo, que es distinto.

"Pero, además, nada absurdo ni antijurídico o, siquiera, insólito constituye hablar, en el campo de las ideas, de tal figura, si existe la expropiación del derecho de propiedad y si el uso forma parte de éste. Expropiación hasta sin indemnización, según textos constitucionales y legales.

"Ahora de considerarse la catequesis también un servicio público, resulta que, en el orden de las potestades frente a un idéntico interés, prevalece el estatal sobre el eclesiástico.

De lo contrario sería supeditar el poder civil al de la iglesia o al religioso, cosa sí inaceptable, porque el asunto se refiere a un contrato, a unas materias que regulan las normas civiles y el servicio de salud representa una función propia e ineludible del Estado".

III — EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Edné Cohen Daza, fiscal 2 de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Revisado el expediente, este despacho observa lo siguiente:

"En la demanda se solicita se declare terminado el contrato de arrendamiento celebrado entre la parroquia de EL SAGRARIO y el Instituto de los Seguros Sociales —Caja Seccional de Antioquia— relacionado con un inmueble situado en la carrera 51D Número 68-12 (antes distinguido con el Número 68-16).

"Nótese bien, que precisamente en este inmueble funcionaba un farmacia. Según la comunicación de la Arquidiócesis de Medellín, visible a folio 47, se pretendía aumentar el canon de arrendamiento a $ 50.000 mensuales.

"En relación con otro inmueble, también de la parroquia, situado en la Carrera 51 C distinguido con el Número 68-9, en el cual funcionaba un consultorio Psiquiátrico, la misma comunicación afirma que dicho local es requerido para las actividades de la parroquia.

"Existían pues dos locales, en uno de ellos sus propietarios exigían un reajuste en el canon de arrendamiento, el otro lo necesitaban para sus actividades y exigían su devolución.

"Se hace esta aclaración, porque en la sentencia no se tuvo en cuenta esta circunstancia.

"A folio 49 aparece una comunicación suscrita por el abogado asesor del Instituto de los Seguros Sociales y en ella se dice:

'a) El local destinado a la consulta externa de psiquiatría será entregado a la parroquia en pocos días una vez se acondicione el local recientemente adquirido.

'b) El nuevo canon de arrendamiento propuesto para el inmueble donde funcionaba la farmacia de la Clínica León XIII, actualmente en diez mil pesos ($ 10.000) solo podrá incrementarse en los porcentajes autorizados por las disposiciones legales sobre la materia. El precio que la parroquia fija, es la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000) escapada a la permisión legal y excede en mucho al rendimiento económico del inmueble según su avalúo catastral. No consulta el principio de equidad que debe inspirar el contrato de arrendamiento, por lo que la propuesta no es sanamente atendible'.

"Por otra parte las declaraciones visibles a folios 59 y SS. lo que hacen es confirmar lo que se viene afirmando. En ellas se dice que la Parroquia necesitaba el local donde funcionaba la 'farmacia' y como ya se aclaró ese era otro inmueble; el inmueble de que trata el contrato que aquí se estudiara era demarcado con el Número 68-12 en donde funcionaba un consultorio psiquiátrico. La razón que la parroquia manifestó desde un principio para terminar el contrato que sobre este inmueble existía, fue única y exclusivamente la no aceptación por parte de la administración del aumento del canón de arrendamiento.

"Las razones de orden legal que presentó el Instituto de Seguros Sociales para no aceptar el aumento en las proporciones que exigía la Parroquia están consignadas en la comunicación visible al folio 43 y son compartidas por este despacho.

"Tenemos pues que en el presente caso no existe razón valedera para terminar el contrato administrativo de arrendamiento. Como ya se vio, el Tribunal se basó para proferir sentencia, en las declaraciones antes citadas y en ellas como se aclaró, se están refiriendo a otro inmueble.

"Por lo expuesto, esta fiscalía se permite solicitar a la Honorable Sala, se revoque el fallo apelado y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda".

IV — CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) La parte demandante obtuvo la licencia administrativa de la Alcaldía Municipal de Medellín para obtener la restitución del inmueble con la obligación de ocuparlo en labores propias de "catequesis", para lo cual presentó caución por valor de $ 120.000.

b) La caución según reiterada jurisprudencia nacional, garantiza los posibles perjuicios que por el abuso del derecho puedan causarse al ocupante desalojado, conforme lo previene el artículo 10 del Decreto 063 de 1977.

c) La arrendadora queda obligada, según las normas reguladoras de la congelación de arriendos (Decretos 770 de 1976, 063 de 1977, 2813 de 1978, 2923 de 1977, 3209 de 1979 y 3450 de 1980) a comprobar oportunamente que ha ocupado el inmueble en actividades propias por lapso no inferior a seis meses, so pena de que se haga efectiva la caución prestada.

d) Lo anterior indica que dentro del juicio de terminación del contrato, acreditada la licencia administrativa correspondiente, no está obligada la arrendadora a acreditar la "necesidad" de ocupar el inmueble y de ahí que la Sala no encuentre necesario hacer mayores comentarios sobre este punto, sobre el cual no sobra decirlo, hubo varias declaraciones juramentadas que acreditan tal realidad, Andrés Alfonso Madrigal Londoño (folio 59), María Gabriela Luna (folio 61) y Alicia Zabala de Arango, (folio 64).

e) Si bien, como lo alega la Fiscalía, todo parece indicar —dada la correspondencia cruzada entre los contratantes— que el local inicialmente requerido por la Parroquia era ocupado con los consultorios de psiquiatría y que el ocupado con la farmacia era objeto de reajuste del canon como condición para la prórroga del contrato, ello no es óbice para que la arrendadora haya cambiado de criterio con un nuevo examen de sus necesidades o con un análisis sobre las ventajas o desventajas para sus actividades propias frente a la proyectada prórroga contractual.

f) No cree la Sala que pueda argüirse el interés social o de la comunidad frente al privado del arrendador, pues ni siquiera se ha intentado demostrar que la entidad arrendataria esté en imposibilidad de obtener otro local que le permita prestar sus servicios de farmacia en iguales condiciones, caso en el cual, probablemente habría lugar a estudiar la primacía del interés público sobre el privado.

g) Argumentos como el anterior ciertamente no favorecen a la Administración Pública, pues conllevaría a dejar al arrendador en manos de la entidad administrativa quien podría convertir el contrato temporal en eterno, alejando a los particulares de la posibilidad de arrendar sus inmuebles a las entidades oficiales.

h) Lo anterior es suficiente para confirmar la sentencia apelada, menos en cuando comisiona a los Inspectores Civiles de Policía para el cumplimiento forzado de la sentencia, cuya competencia conforme al Código de Procedimiento Civil, corresponde a los jueces ordinarios.

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 disposición de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los numerales primero, segundo y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

SEGUNDO: REVOCASE el numeral TERCERO de la parte resolutiva de la misma sentencia apelada.

TERCERO: DEVUELVASE el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Eduardo Suescún Monroy, José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su Sesión celebrada el día.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— REAJUSTES.— Reajuste de carácter compensatorio tendiente a garantizar el pago de la obligación con el valor de la obra a la fecha del pago. Se establece primero a la fecha de la ejecución de la obra y, para mantener su valor verdadero, se prolonga luego hasta cuando el pago efectivamente se produzca. INTERESES SOBRE REAJUSTES.

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

Consejero ponente: **Doctor Eduardo Suescún.**
Proyecto: **Doctora Inés Hurtado Cubides.**
Referencia: Expediente No. 2165.
Actor: **Construcciones Cardona Cía. Ltda. "CONCAR".**

En demanda presentada por la Sociedad Construcciones Cardona Cía. Ltda., se solicita las siguientes declaraciones y condenas:

1—1

"Que es nulo el acto administrativo contenido en el oficio DU— 1022 del 7 de junio del año en curso, emanado de la Jefatura del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, que administra el Fondo Aeronáutico Nacional, en cuanto negó a la firma que represento los reajustes e indemnizaciones de los contratos 0642 del 4 de diciembre de 1973 y 0959 del 9 de julio de 1974 celebrados entre dicha entidad y "Carlos F. Cardona & Compañía Limitada", hoy "Construcciones Cardona Cía. Ltda".

1—2

"Que para restablecer en el derecho a la firma que represento:

"1.2.1.— Se declare que el Fondo Aeronáutico Nacional y la Nación están obligados a efectuar el reajuste e indemnización de los contratos 0642 del 4 de diciembre de 1973 y 9 de julio de 1974, celebrados entre dicha entidad y "Carlos F. Cardona & Compañía Limitada", hoy "Construcciones Cardona Cía. Ltda", de conformidad a lo que resulta probado en el proceso.

"1.2.2.— En consecuencia:

"Que se condene al Fondo Aeronáutico Civil y a la Nación a pagar dentro del término que se señala las indemnizaciones que resulten demostradas en el curso del proceso, debidamente actualizadas con las indicadas de inflación certificadas por el Departamento Nacional de Estadística, DANE, para la fecha de solución de la obligación.

"1.2.2.1.— Sobre las sumas así establecidas los demandados pagarán intereses corrientes desde cuando debieron cumplir su obligación y hasta el día en que la solucionen". (Folio 4 y 4 vto).

Como fudamento de hecho, la demanda afirmó:

II—1

"La Firma 'Carlos F. Cardona & Compañía Limitada', hoy 'Construcciones Cardona Cía. Ltda. Concar', celebró un contrato de construcción de obra de cuatro estructuras para cuatro aeropuertos ubicados en la denominada 'zona central' del país, contrato inicial que lleva por número 0642 el 4 de diciembre de 1973, celebrado mediante licitación con el Fondo Aeronáutico Nacional, representado por el señor Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. (Prueba Número 1) Contrato inicial.

II—2

"Dicho contrato tenía por objeto construir los Terminales (cuatro) y Torres de Control (tres) para cuatro aeropuertos en la 'Zona Central' del país, así:

"a) San Vicente del Caguán. Plazo para la entrega: 30 de mayo de 1974 (Terminal y Torre de Control).

"b) Tame. Plazo para la entrega: 15 de junio de 1974. (Terminal y Torre de Control).

"c) Pitalito. Plazo para la entrega: 10 de mayo de 1974 (Terminal).

"d) Florencia: Plazo para la entrega: 20 de mayo de 1974 (Terminal y Torre de control).

"El valor de este contrato fue el de: Ocho millones seiscientos veintitres mil seiscientos treinta pesos con ochenta y siete centavos. ($ 8'623.630.87), según la cláusula cuarta del mencionado contrato 0642 del 4 de diciembre de 1973.

II—3

"El anterior contrato fue adicionado por el Contrato Número 0959 del 9 de julio de 1974, celebrado entre las mismas partes, es decir, entre la firma que represento judicialmente y el Fondo Aeronáutico Nacional, a través de sus representantes legales. Sustancialmente se adicionó con respecto a la cuantía, por un mayor valor del cincuenta por ciento: cuatro millones trescientos once mil ochocientos quince pesos con cuarenta y cuatro centavos. ($ 4'311.815.44), y en los plazos de entrega de la obra, así:

"a) San vicente del Caguán: Prorrogada la entrega hasta el 30 de julio de 1974.

"b) Tame. Prorrogada la entrega hasta el 20 de julio de 1974.

"c) Pitalito. Hasta el 15 de julio de 1974.

"d) Florencia. Prorrogada la entrega hasta el 30 de julio de 1974 (Prueba Número 2) Contrato Adicional.

II—4

"De conformidad con estos dos documentos, contratos celebrados válidamente entre las partes, Fondo y Contratista, este último cumplió con la entrega de las obras, las cuales fue entregando parcialmente en su oportunidad, tal como consta en las Actas de Recibo de Obra, Números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9. Actas todas que llevan la aceptación y firma de los interventores por parte del Fondo. Conjunto de documentos que calificará como la Prueba número 3) Actas de Recibo.

II—5

"Después de hacer la entrega parcial de la obra, una a una, y de acuerdo con el mismo contrato, se procedió a la entrega definitiva de la misma, lo que así ocurrió, con aceptación de los interventores en las siguientes fechas:

"a) San Vicente del Caguán. El seis de agosto de 1974.

"b) Tame. El 24 de julio de 1974.

"c) Pitalito. El 15 de julio de 1974.

"d) Florencia. El 7 de agosto de 1974.

"En todas y cada una de las actas de entrega consta el siguiente texto como prueba del cumplimiento estricto que el contratista dio a las especificaciones, pese al aumento de precios que por esa época, como es públicamente conocido, sufrieron los materiales de construcción y que dio lugar al reajuste de que se hablará adelante:

'Construcciones que fueren ejecutadas de acuerdo en un todo con las especificaciones y los planos dados por el Fondo Aeronáutico Nacional'. Prueba Número 4. Actas de entrega.

II—6

"Recibidas las obras individualmente, se procedió a la liquidación, con la presencia efectiva de los interventores, detalle por detalle, ítem por ítem del contrato, resultando la obra efectuada por un gran valor total de quince millones ciento tres mil diez y nueve pesos con treinta y un centavos ($ 15'103.019.31). Prueba Número 5. Acta de Liquidación.

II—7

"Dentro del valor total está incluido el valor del reajuste según los mayores precios que fueron minuciosamente identificados, con la aplicación de la fórmula autorizada por el Ministerio de Obras Públicas y aplicada por los interventores del Fondo que fue de dos millones quinientos veinte mil doscientos sesenta y dos pesos con noventa centavos ($ 2'520.262.90).

ACTA DE REAJUSTE DE PRECIOS A LAS ACTAS DE RECIBOS DE OBRA:

"Número 1, Número 4, Número 5, Número 6, Número 7, Número 8
Prueba Número 6.

II—8

"Es decir, el valor total del contrato se descompone así:

"a) Valor del Contrato inicial, ocho millones seiscientos veintitres mil seiscientos treinta pesos con ochenta y siete centavos ($ 8'623.630.087).

"b) El valor del contrato adicional, ($ 4'311.815.87).

"c) Quedaba por legalizar la diferencia, o sea la suma de dos millones ciento sesenta y seis mil trescientos treinta y dos pesos con cero siete centavos (2'166.332.07).

"Viene entonces la resolución que ordena el reconocimiento y pago de la suma de dos millones ciento sesenta y seis mil trescientos treinta y dos pesos con siete centavos ($ 2'166.332.07) con cargo al Fondo. Esa resolución es del 3 de septiembre de 1975, Número 2421, debidamente firmada por el Jefe del Departamento que representa el Fondo y por el Secretario General. Resolución de Reconocimiento, Prueba Número 7.

II—9

"Pero para proceder a la anterior resolución fue consultada la Contraloría General de la República y ésta conceptuó favorablemente sobre la viabilidad de cancelar las anteriores sumas, según se expresa en la citada resolución y comunicación del comité de Licitaciones y Contratos CLC de julio 17 de 1975. (Prueba número 8). Concepto de la Contraloría General de la República.

II—10

"Todavía más, para mayor idoneidad y encuadramiento a la ley, la anterior comunicación fue sometida a consideración del Comité de Licitaciones y Contratos del Departamento y éste lo aprobó según consta en el Acta Número 020 de julio de 1975, ordinal 42. (Prueba número 9). Acta del Comité de Licitaciones y Contratos.

II—11

"Entregada la obra, liquidada en su conjunto, reajustados los precios, efectuado el reconocimiento por ese mayor valor del precio de los materiales, debió procederse al pago o solución efectiva de la deuda, cosa que sólo se hizo en las condiciones que se describirán en seguida:

"a) El Acta Número 6 por valor de $ 417.010.79, que consta según la misma con una obra entregada el 27 de julio de 1974, sólo se pagó el 9 de octubre de ese año.

"b) El Acta Número 7 por valor de $ 385.210.71, que consta según la misma con una obra entregada el 28 de julio de 1974, sólo se pagó el 10 de junio de 1975.

"c) El Acta Número 8 por valor de $ 889.473.10, que consta según la misma con una obra entregada el 31 de julio de 1974, sólo se pagó un abono parcial el 28 de enero de 1975 y otro abono el 28 de abril de 1975.

"d) El Acta Número 9 por valor de $ 2'348.071.35, que consta según la misma con una obra entregada el 31 de julio de 1974, sólo se pagó un abono parcial el 27 de octubre de 1975 y un segundo abono el 16 de diciembre de 1975. (Prueba Número 3, de que ya hablé en el acápite II84). Y Prueba Número 10, que consistirá en acreditar las fechas en que el Fondo, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, puso a disposición del contratista los respectivos cheques para cancelación de dichas obras.

"El Contratista, como resulta evidente, se siente lesionado en sus intereses legítimos e inicia su reclamación para que se le pague el valor que corresponde a los perjuicios ocasionados en el retardo del pago de las sumas de dinero perfectamente reconocidas por el Fondo, puesto que una cosa es el reconocimiento de la deuda y otra es su solución efectiva. Por más de Perogrullo que para los juristas, Honorables Consejeros, resultó lo anterior, debo reiterarlo aquí pues el Fondo no ha hecho otra cosa que confundir el valor del capital que contiene el contrato inicial y el adicional y el valor del reajuste por Un Mayor Precio, con el valor que se viene reclamando desde atrás, que consiste: en la indemnización de los valores debidamente especificados giran en torno a la liquidación de este "reajuste", que no lo es por precio sino por indemnización, y la referencia normativa gira en torno a la Resolución Número 1094 de 1972, Ministerio de Obras Públicas, en su capítulo VII que trata de la remuneración del contratista, cuyo acápite 7-4 , en su último parágrafo dice: 'Un acta de pago se ajustará con los índices correspondientes al mes de ejecución de las obras. Cuando el pago se demora más de treinta días (30) contados a partir de la aprobación del Acta y presentación oportuna de la cuenta, el acta se reajusta con los índices correspondientes al mes en que se haga el pago (se entiende por pago la disposibilidad del cheque a favor del contratista). Este reajuste puede presentarse en el acta correspondiente al mes en que se cobra con la correspondiente certificación de la fecha de pago, y sólo se aplicarán para los actos de obra ejecutadas de acuerdo con el programa de trabajo: Texto de la Resolución 1094 del Ministerio de Obras Públicas, 1972; (Prueba Número 11).

II—13

"En noviembre 18 de 1975, el Gerente "Carlos F. Cardona & Cía. Ltda." insiste por escrito en la cancelación del valor que al contratista le corresponde por el retardo en los pagos de que hemos venido hablando y todavía la cancelación de un saldo, éste sí por capital correspondiente a la cuenta 2657. Al escrito anterior, el Director de infraestructura del Departamento Administrativo, Dr. Enrique Munevar Vargas, contesta con el Oficio Número OB-021 de marzo 9 de 1976 en el cual se expresa: "Nos permitimos solicitarles una relación en la cual se indique el costo total de los reajustes solicitados por ustedes en el mencionado oficio con el objeto de someter el caso a consideración del Comité de Licitaciones y Contratos del DAAC. (Punto aparte) La relación deberá acompañarse de copia de los índices del Ministerio de Obras Públicas que efectúe esta solicitud". (Carta del Contratista, noviembre 18 de 1975 y Oficio del Director de Infraestructura OB-021, Prueba número 12).

II—14

"Con la venia del señor Magistrado voy a hacer una pausa para insistir en el punto inmediatamente anterior pues es aquí donde se puede apreciar con toda nitidez la confusión que puede dar lugar a la creencia equivocada de que el contratista está cobrando dos veces una misma cosa. Al contratista se le pagó el capital de la obra incluyendo un reajuste por precio, reajuste que en la terminología del Ministerio de Obras Públicas indica, como lo comprobaron los interventores un mayor valor de los materiales empleados en la construcción y una mayor cantidad de obra. En este caso no tiene porque hablarse de una culpa civil ni del contratista, ni del Estado; simplemente, los materiales suben o debe hacerse mayor obra y el Ministerio autoriza el pago de ese mayor valor debidamente comprobado, como se estipula también en el contrato.

"Efectuado el anterior pago, pero en fechas extemporáneas, con lo que sí se ocasiona directamente y por culpa civil y violación contractual, un daño o perjuicio al contratista, éste exige su indemnización. Y el Ministerio, según Resolución 1094 ya citada (Parágrafo 7.4) de la resolución) y el Departamento Administrativo reitera, habla de un 'reajuste' pero que, obviamente, nada tiene que ver con un mayor precio de los

materiales, ni una mayor obra, que ya se canceló, sino con el valor del dinero que se debía extemporáneamente y no se pagó. En síntesis, se trata de dos conceptos de 'reajustes', pero no de dos reajustes por lo mismo: en un caso se trata de reajuste por mayor precio del material, o mayor obra; en otro, de reajuste por indemnización. Así queda tácitamente expresado en la respuesta contenida en el oficio del Director de Infraestructura que ha nominado como Prueba Número 12.

II—15

"Puesto que, como se ha visto, el Departamento Administrativo orienta su respuesta en el sentido de autorizar dando prueba de la aplicación de la fórmula del Ministerio sobre los valores cancelados extemporáneamente, el Contratista hace un estudio completo de la materia y con carta remisoria del Gerente envía el cuadro que describe el incumplimiento y el estudio de aplicación de la fórmula de reajuste del Ministerio de acuerdo a las fechas de pago de las cuentas, el 16 de marzo de 1976. Prueba número 13.

II—16

"Iniciada una serie de investigaciones sobre presuntas irregularidades en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, irregularidades de las cuales no son culpables todos los contratistas, en observación que hago puesto que en nuestro país, lamentablemente, somos dados a generalizar abusivamente a raíz de una experiencia, el nuevo Jefe del Departamento, Dr. Carlos Sanz de Santamaría, cierra inopinadamente las conversaciones a través del acto contenido en su oficio DU 1022, del 7 de junio de 1976, en el cual se expresa:

'El departamento se permite manifestarles que hechos los estudios correspondientes por la Oficina Jurídica se llegó a la conclusión de que, conforme a la aludida contratación, no existe obligación pendiente alguna del Fondo Aeronáutico Nacional para con ustedes (Punto aparte) En consecuencia, el Fondo no acepta reclamación alguna para el pago de los reajustes impetrados por ustedes en sus últimas solicitudes'.

"Este es el acto que acuso directamente, con las explicaciones dadas en el capítulo de peticiones y las que vienen enseguida. Prueba número 14.

II—17

"El suscrito en su calidad de abogado y ejerciendo el respetuoso derecho de petición, envió un escrito mediante el cual se solicitaba se diera a conocer el estudio de la Oficina Jurídica por medio del cual el Departamento se motiva para afirmar después de conversaciones, correspondencia y estudios realizados durante seis meses que: 'no acepta reclamación alguna'. Por toda respuesta, si eso es, se constate en Oficio suscrito por el mismo Dr. Sanz de Santamaría que: 'Dicho concepto es de orden interno y, por lo tanto, no podemos acceder a su petición', de fecha 26 de agosto de 1976. (Prueba No. 15).

"Voy a insistir desde ahora en este punto que me parece de importancia. La buena fe que se le debe a todo ciudadano no permite que después de conversaciones y correspondencia en la cual se orienta la discusión de un punto contractual, tratado a la luz pública, sin que haya nada que ocultar empezando por los cuatro aeropuertos que allí están siendo utilizados diariamente, después de realizar un estudio en sí mismo complejo, sugerido por el Fondo por la vía de arreglo, el mismo Departamento cierre las conversaciones mediante un acto cuyo laconismo no significa de modo alguno ni siquiera un escrito responsivo con respecto al derecho de petición. Los funcionarios cambian, pero las instituciones no, y el contratista debe asumir la idea de que se trata de la misma entidad con la cual contrata. Hago esta observación, entre otras razones,

porque el acto acusado puede ser aparentemente no completo por su escasa falta de motivación, sin que ello sea culpa del contratista y por ello, desde ahora, estoy respetuosamente pidiendo al Honorable Consejo de Estado, que ordene el envío del estudio realizado por la Oficina Jurídica que, según se alude, constituye la motivación.

"En lo anterior se puede apreciar la irregularidad desde el punto de vista técnico jurídico que constituye una respuesta de esta índole ya que si el funcionario no crea un acto jurídico completo desde el punto de vista de la administración, el particular, sin mediar culpa alguna de su parte, queda en condiciones precarias para iniciar su defensa.

"Esto, en estrategia, puede ser conveniente para la Administración, pero absolutamente inequitativo para el particular.

"Por lo demás, salvo mejor concepto del Honorable Magistrado, pienso que no es respuesta a una respetuosa petición, la que afirma que con respecto al contrato con un particular puesto en discusión, que existen documentos 'internos' que como una especie de documento secreto no puede ser dado a conocer al directamente interesado.

"Esa especie de reserva del sumario no la conocía, salvo los documentos de Estado que se ventilan en la sección especial del Senado que tiene que ver con documentos del Ministerio de Defensa. Aquí se trata simplemente de aeropuertos ubicados en los llanos orientales y no de aviones de guerra. De un contratista, como ciudadano colombiano, y no de una potencia extranjera. (Prueba número 15 que incluirá el oficio del Jefe del Departamento DD- 1127 del 26 de agosto de 1976 y el 'Concepto emitido por la Oficina Jurídica, en relación con los contratos 0642 de diciembre del 73 y 0959 de julio de 1974'.

II—18

"Para el caso de que no se debiera aplicar la fórmula de reajuste del Ministerio de Obras Públicas, según Resolución Número 1094 de 1972 anticipo un cuadro indicador de a): Primera columna, las actas que no se cancelaron en su oportunidad; b) El valor de cada una de esas actas; c) La fecha de entrega de las obras correspondientes; d) La fecha del pago efectivo; e) El tiempo de mora en cada uno de los casos, mora que va de 72 días en el menor hasta quinientos un día; f) El cálculo de los intereses de acuerdo con el tiempo de mora y una rata de interés corriente del 2 por ciento mensual. Lo que arroja un gran total, por este solo aspecto, de novecientos sesenta y dos mil ciento noventa y ocho pesos con treinta y dos centavos ($ 962.198.32).

AEROPUERTOS MODULARES

CALCULO DE INTERESES DE MORA POR SUMAS DEBIDAS ENTRE LA FECHA DE LA ENTREGA DE OBRA Y LA FECHA EFECTIVA DE RASGOS:

Acta No.	V/r. Acta	Fecha entrega obra	Fecha pago	Tiempo de mora en días	V/r. Intereses al 2% mensual
6	417.010.79	27-VII-74	9-X-74	72	19.742.32
7	385.210.71	28-VII-74	10-VI-75	312	79.026.24
			$ 499.500.oo		
8	889.473.10	31-VII-74	28-I-75	178	58.462.03
			$ 889.500.oo		
			28-IV-75	268	68.637.37
9	2'348.071.35	31-VII-74	$ 1'142.309.15		
			27-X-75	452	339.512.43
			$ 1'204.578.70		
			16-XII-75	501	396.817.93
Total					962.198.32.

(folios 4v — 9 C1).

Las disposiciones violadas y concepto de la violación las contempla la demanda en la siguiente forma:

"Cito como directamente violados los contratos 0642 y 0959 del 4 de diciembre de 1973 y de 9 de julio de 1974 respectivamente, en especial la cláusula cuarta del primero que contempla la forma de pago, según los hechos incumplido, y la sexta que trata de los ajustes de las actas correspondientes; el artículo 1608 del Código Civil que prescribe cuando el deudor está en mora en concordancia con el contrato suscrito; el 1615 del Código Civil que determina la indemnización; el 1617 ibídem; el 1614 sobre daño emergente y lucro cesante; el 1627 del Código Civil que determina la oportunidad del pago; el 6149 ibídem que define el pago total de la deuda comprendiendo los intereses e indemnizaciones que se deban. El artículo 45 de la Constitución Nacional que determina el derecho de petición".

El concepto fiscal puso de presente la existencia de una causal de nulidad por ausencia total del poder de la sociedad demandante, nulidad que, puesta en conocimiento de las partes, fue saneada en la forma autorizada por el inciso 2o. del artículo 56 del Código de Procedimiento Civil.

Se considera:

1. La parte actora pretende que, previa anulación del acto por el cual la Administración se negó a reconocer el reajuste y la indemnización correspondiente a los contratos celebrados, se ordene el pago de ese reajuste y de esa indemnización.

Conforme la demanda no se trata de reajustes por mayor obra o mayores precios sino reajustes o indemnizaciones por retardo en el pago de las actas de recibo de obra.

El actor advierte que todos los valores por la ejecución del contrato, incluidos los reajustes, le fueron reconocidos y pagados, pero que el pago de esos valores en lo relativo a las actas Números 6, 7, 8 y 9 no se hizo en la oportunidad debida sino tiempo después. Es en razón de ese retardo que reclama ahora un nuevo reajuste, consistente en la diferencia del valor de las actas entre la fecha en que ha debido producirse el pago y la fecha en que en realidad se produjo; y una indemnización, consistente en los intereses corrientes sobre esas sumas, desde cuando dejaron de pagarse hasta cuando se paguen.

2. El contrato 0642 de 4 de diciembre de 1973 y el adicional Número 0959 de julio 9 de 1974, celebrados entre las partes, se acompañaron con la demanda (prueba 1 y 2).

La entrega parcial de obras se acreditó con las correspondientes actas de recibo Números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, presentadas con el libelo (prueba 3).

Las actas de entrega definitiva aparecen relacionadas en la prueba Número 4.

El acta de liquidación de obra, también definitiva, se hizo el 20 de septiembre de 1974, (prueba Número 5).

La suma determinada como reajuste de precios aparece consignada en el acta correspondiente (prueba Número 6).

Estos documentos fueron acompañados con la demanda y luego autenticados en la forma prevista en el ordinal 20 del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

El reconocimiento hecho al contratista por concepto de mayor valor aparece en la Resolución Número 2421 del 3 de septiembre de 1975, allegada a los autos en el curso de la diligencia de inspección judicial, visible a folio 8 del C.2. Los antecedentes de la resolución también encuentran pleno respaldo probatorio en el plenario (folio 103 a 107 C.3.).

3. Las actas que según la demanda, no se cancelaron en su oportunidad (hecho 18) fueron las números 6, 7, 8 y 9.

Las obras correspondientes a estas actas aparecen recibidas en las siguientes fechas:

Acta Número 6	27 de julio de 1974
Acta Número 7	28 de julio de 1974
Acta Número 8	31 de julio de 1974
Acta Número 9	31 de julio de 1974

Las fechas de cancelación de estas actas se establecen de la prueba documental relacionada y del dictamen pericial (folios 73 y 74 C.2), atendible en razón de la concreta y fundamentada sustentación que lo respalda:

Acta Número 6	7 de octubre de 1974
Acta Número 7	5 de junio de 1975
Acta Número 8	24 de enero de 1975 (primer abono)
	10 de abril de 1975 (segundo abono)
Acta Número 9	20 de octubre de 1975 (primer abono)
	16 de diciembre de 1975 (segundo abono)

Como puede apreciarse hay una diferencia apreciable entre la fecha del recibo de las obras y la fecha de su cancelación. Con base en este hecho la actora pretende el nuevo reajuste y la indemnización en forma de intereses e invoca al efecto la mora del Fondo Aeronáutico en el pago de esas obligaciones.

El nuevo reajuste lo funda la parte actora en la cláusula sexta del contrato y en la Resolución 1094 del Ministerio de Obras Públicas.

La cláusula sexta dice: "El valor básico de cada acta se ajustará de acuerdo a las cantidades de obra realmente ejecutada y tomando como base la fórmula de reajuste del Ministerio de Obras Públicas, vigente en el momento de hacer los ajustes".

La resolución en su numeral 7.4 dice: "Un acta de pago se ajustará con los índices correspondientes al mes de ejecución de las obras. Cuando el pago se demore más de treinta (30) días contados a partir de la aprobación del acta y representación oportuna de la cuenta, el acta se ajustará con los índices correspondientes al mes en que se haga el pago (se entiende por pago la disponibilidad del cheque a favor del contratista). Este reajuste puede presentarse en el acta de ajuste correspondiente al mes en que se cobra con la certificación de la fecha de pago, y sólo se aplicarán para las actas de obra ejecutada de acuerdo con el programa de trabajo". (Folio 89 C3).

La cláusula sexta del contrato al remitir a la fórmula del Ministerio de Obras Públicas para liquidar las cuentas de las actas de obra ejecutada adoptó el sistema establecido al respecto por la citada resolución. Esta prevé que, cuando el pago de la cuenta se efectúe con demora mayor a treinta días, su valor se reajustará con los índices correspondientes al mes en que se verifique el pago, tal como aparece en el aparte transcrito de la resolución.

De los anteriores textos se desprende que las partes acordaron a través de la cláusula sexta del contrato adoptar el sistema, la fórmula de reajuste del Ministerio de Obras Públicas, el cual está establecido en el aparte 7.4 del artículo 1o. de la citada resolución. Este sistema, tal como aparece en el aparte transcrito, consagra dos ajustes: el correspondiente al mes de ejecución de las obras y el correspondiente al mes del pago de las cuentas, cuando éstas se cancelan con más de treinta días de retardo, teniendo en cuenta para el efecto los índices del mes en que se verifique el pago. En realidad se trata de un solo reajuste de carácter compensatorio tendiente a garantizar el pago de la obligación con el valor de la obra a la fecha del pago. Se establece primero a la fecha de la ejecución de la obra y, para mantener su valor verdadero, se prolonga luego hasta cuando el pago efectivamente se produzca.

En el presente caso se reconoció la primera parte del reajuste, pero no la segunda por mora en el pago.

Esta no puede prosperar con relación a las cuentas de cobro números 6, 7 y 8, por cuanto no se probó en el juicio la fecha de presentación de dichas cuentas, supuesto indispensable para establecer los verdaderos períodos de retardo.

De la cuenta número 9 sí hay constancia de su presentación, hecha el 15 de septiembre de 1974 (folio 52 C2). Y como se dijo antes, hay prueba también de que el pago de esa cuenta se hizo mediante dos abonos: uno, el 20 de octubre de 1975, por $ 1.142.349.15 y otro, el 10 de diciembre de 1975 por $ 1.203.374.10.

Hay constancia además de que la sociedad contratista reclamó el pago de este reajuste en carta del 18 de noviembre de 1975 (prueba 12), es decir, 28 días después de haber recibido el pago del primer abono y un mes antes de recibir el segundo.

Establecido el retardo en el pago de esta cuenta, debe ordenarse su reajuste conforme lo previsto en el artículo 1o. aparte 7.4 de la Resolución 10148 del Ministerio de Obras Públicas, aplicable al caso en virtud de la cláusula sexta del contrato.

Como no están demostrados dentro del juicio los índices aplicables al caso conforme las resoluciones del Ministerio de Obras, números 1094 de 1972 y 10148 de 1973 para liquidar estos reajustes, la condena debe hacerse en abstracto.

En el incidente respectivo se demostrarán por los medios probatorios pertinentes el valor de dichos índices y una vez establecidos se liquidarán los reajustes correspondientes al pago de la cuenta número 9, desde la fecha de su presentación el 15 de septiembre de 1974 hasta la fecha de pago de cada uno de los dos abonos.

Para el efecto se tendrá en cuenta que el primer abono por $ 1.142.349.15 se pagó el 20 de octubre de 1975. Y el segundo abono, por la suma de $ 1.203.374.10 se pagó el 10 de diciembre de 1975 (folios 58 y 60 C2).

Establecido el valor de estos dos reajustes, se liquidarán sobre cada uno de ellos los intereses corrientes que pide la demanda, desde la fecha en que debió hacerse el pago hasta la fecha del auto que ponga fin al incidente.

Finalmente, como en el oficio DU—1022 del 7 de junio de 1976 (prueba 14), el Fondo Aeronáutico Nacional negó los reajustes solicitados por la Sociedad contratista y que han sido el objeto central de esta controversia, debe anularse dicha decisión por cuanto, tal como se ha dicho en esta providencia, la Administración a través de la cláusula sexta del contrato había asumido la obligación de reconocérselos.

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

FALLA:

1o. Anular la decisión del Fondo Aeronáutico Nacional contenida en el oficio DU—1022 del 7 de junio de 1976, en cuanto se negó a reconocer los reajustes por no pago oportuno.

2o. Condenar en abstracto al Fondo Aeronáutico Nacional a pagar a la Sociedad Construcciones Cardona Cía. Ltda. "Concar", los reajustes contractuales correspondientes a la cuenta número 11, conforme lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

3o. Negar las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, Comuníquese, Notifíquese y Cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente. **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— LIQUIDACION.— Del contrato por vencimiento del plazo pactado. Imposición de multa porque al vencerse el plazo pactado no había terminado la totalidad de la obra contratada. REAJUSTES, reconocimiento de intereses legales del 6% anual. Actualización del valor.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., noviembre veinte y ocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Proyecto Magistrado Auxiliar: **Ramiro Borja Avila.**
Referencia: 3127.
Actor: **Sady Salazar Ruiz.**

El ciudadano Sady Salazar Ruiz, mayor y vecino de Cali, por medio de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, contra el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 1709 de 22 de julio de 1980 2308 de 23 de septiembre de 1980 e impetra igualmente el consecuencial restablecimiento del derecho lesionado.

Las pretensiones aparecen formuladas así:

"Primera: Declarar que son nulas: La Resolución número 1709 de 22 de julio de 1980: "Con la cual se ordena liquidar un contrato y se impone una multa"; Resolución número 2308 de 23 de septiembre de 1980: "Con la cual se resuelven unos recursos",

expedidas por la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial, entidad descentralizada del orden nacional, y mediante las cuales se ordenó y confirmó la liquidación del contrato número 589 de 1977, celebrado entre mi mandante, Arquitecto Sady Salazar Ruiz, la entidad aludida, igualmente se impuso y confirmó multa a mi mandante por la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS CON 49/100 ($ 636.550.49) MCTE., suma esta que aparece en el contrato ya referido como sanción penal pecuniaria, pretextando para toda esta actuación incumplimiento por parte de mi mandante del contrato número 589 de 1977, que éste celebró con el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL.

"Segunda: Declarar que el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL incumplió el contraro número 589 de 1977, que esta entidad celebró con el Arquitecto señor Sady Salazar Ruiz y las modificaciones del mismo, en especial la que se firmó entre las partes contratantes en Bogotá a los 28 días del mes de febrero de 1980.

"Tercera: Declarar que mi poderdante, Arquitecto señor Sady Salazar Ruiz, no se ha hecho acreedor a la sanción penal pecuniaria por la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS CON 49/100 ($ 636.550.49) MCTE. pactada en el contrato Número 589 de 1977.

"Como consecuencia de las declaraciones anteriores esa Honorable Corporación se servirá pronunciarse en forma igual o similar a las siguientes:

CONDENAS

"Primera: Condenar al Instituto de Crédito Territorial al cumplimiento del contrato número 589 de 1977, firmado inicialmente por la suma de DOCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL NUEVE PESOS CON 86/100 ($ 12.731.009.86) Mcte,; destinada a cumplir el valor de las obras contratadas y en la cual se consideran incluidos la totalidad de los costos directos de obra, tales como materiales, sueldos, jornales, acarreos y transportes, herramientas, alquiler de equipo, etc. y los costos indirectos que se refieren a los rubros de Gastos Generales (Costo de licitación, póliza de Garantía, Impuestos) Administración y Vigilancia, Honorarios del contratante e imprevistos, especificaciones todas estas contempladas en el ordinal A del artículo 2.01 del Contrato en la cantidad de DIEZ MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS CON 88/100 ($ 10.609.174.88) Mcte. y la cantidad de DOS MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 98/100 ($ 2.121.834.98) Mcte., adicional sobre la cifra anterior para cubrir posibles revisiones de precios. Sobre este valor inicial del contrato en el curso de la ejecución de la obras adicionales, lo cual incrementó los costos directos e indirectos del Contrato en la suma de CIENTO DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON 30/100 ($ 102.665.30) Mcte. para un nuevo valor del contrato de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO CON 16/100 ($ 12.833.675.16) Mcte., manifestándose igual la cantidad asignada para la variación de los precios en la ejecución de la obra.

"Segunda: Condenar al Instituto de Crédito Territorial a reconocer y pagar la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO CATORCE PESOS CON 94/100 ($ 1.899.114.94) Mcte. Por concepto de mayores costos causados y no pagados en la obra ejecutada durante el mayor tiempo transcurrido entre la fecha pactada originalmente para la terminación del contrato (julio 31 de 1978), y la fecha del vencimiento del mismo (31 de mayo de 1980).

"Tercera: Condenar al Instituto de Crédito Territorial a reconocer y pagar la suma de DOS MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL VEINTISEIS PESOS CON 43/100

($ 2.089.026.43) Mcte. por los conceptos de indemnización de perjuicios, daño emergente y lucro cesante de lo que se pruebe en el proceso por el indicado concepto. Los valores correspondientes a los conceptos anteriores serán debidamente actualizados al momento de la sentencia.

"Cuarta: Condenar al Instituto de Crédito Territorial al pago de las agencias en derecho y de las costas del proceso.

"A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941)".

Como hechos y omisiones fundamentales, expresa los siguientes:

"Primero: En desarrollo de la licitación pública número 131 de 1977 para la construcción de 48 apartamentos familiares en la Urbanización PUBENZA, III etapa, de la ciudad de Popayán y previa la participación de varias firmas constructoras, fue adjudicada al señor Arquitecto Sady Salazar Ruiz. El día 10 de noviembre de 1977 se suscribió entre el Instituto de Crédito Territorial representado por su Gerente General, Dr. Pedro Javier Soto Sierra, y mi mandante, Arquitecto Sady Salazar Ruiz, el contrato 589 de 1977, por un valor inicial de DOCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL NUEVE PESOS CON 86/100 ($ 12.731.009.86) Mcte. y a mayo de 1980, fecha de la última prórroga para la terminación del contrato ascendía a la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON 16/100 ($ 12.833.675.16) Mcte., cuyo objeto consistía en la construcción de 48 apartamentos multifamiliares en la III Etapa de la Urbanización PUBENZA de la ciudad de Popayán, construcción que de conformidad al contrato inicial se iniciaría el 31 de octubre de 1977 y terminaría el 31 de julio de 1978.

"Segundo: El valor inicial del contrato 589 de 1977 presupuestariamente fue de DOCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL NUEVE PESOS CON 86/100 ($ 12.731.009.86) Mcte., el cual se descrimina de la siguiente manera: la cantidad de DIEZ MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS CON 88/100 ($ 10.609.174.88) Mcte. destinada a cumplir el valor de las obras contratadas y en el cual se consideran incluidos la totalidad de los Costos Directos de obra, tales como materiales, sueldos, jornales, acarreo y transporte, herramientas alquiler de equipo, etc. y los llamados costos indirectos que se refieren a los rubros de Gastos Generales (Costos de licitación, póliza, Impuestos) Administración y vigilancia y honorarios de contratante e imprevistos, especificaciones todas estas contempladas en el Ordinal A del artículo 2.01 del contrato y la cantidad de DOS MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON 98/100 Mcte., adicional sobre la cifra anterior para cubrir posibles revisiones de precios, presupuesto anterior que se modificó en el curso de la ejecución de la obra por la contratación de obras adicionales y que incrementó el sub-total de la suma de los costos Directos e Indirectos en la suma de CIENTO DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON 30/100 ($ 102.665.30) Mcte. para un nuevo sub-total, por estos mismos conceptos, de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS CON 16/100 ($ 12.833.675.16) Mcte., manteniéndose igual la cantidad asignada para reajustes por variación de precios.

"Tercero: El capítulo X del contrato número 589 de 1977 cuantificó las garantías que debía otorgar mi mandante a favor del Instituto de Crédito Territorial por razón del contrato, las cuales fueron fijadas así: por manejo de anticipo la cantidad de DOS MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO

PESOS CON 98/100 ($ 2.121.834.98) Mcte., por concepto de cumplimiento del contrato DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL VEINTE PESOS CON 20/100 ($ 254.020.20) Mcte., por concepto de prestaciones sociales TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON 30/100 ($ 381.930.30) Mcte., las dos primeras con vigencia de quince meses (15) y la última con vigencia de tres (3) años a partir de la fecha de terminación y entrega de la obra.

"Igualmente se estipuló la garantía de estabilidad y buen funcionamiento de la obra por dos años a partir de la fecha de acta de recibo y liquidación final, por una suma equivalente al 5% del valor total que resulte en tal acta.

"Cuarto: Las fianzas que se da cuenta en el numeral precedente fueron prestadas por mi mandante mediante polizas de seguros de cumplimiento otorgadas por SEGUROS COLOMBIA S. A.

"Quinto: Una vez formalizadas todas las exigencias legales se dio comienzo a la obra levantando el Acta de Iniciación de obra con fecha de octubre 31 de 1977 y en ella se convino que a partir de esa fecha se empezaría a contar el término de realización de la obra contratada por mi mandante, la cual se entregaría una vez terminado el plazo de siete (7) meses, es decir, el 31 de julio de 1978.

"Sexto: Al iniciar mi mandante los trabajos de cimentación de los bloques P y Q, encontró que la resistencia del suelo era demasiada baja, debido a la existencia de bosa de arcilla en esa zona lo cual no estaba contemplado en los cálculos de cimentación suministrados por el Instituto de Crédito Territorial. Esta situación provocó un retraso de 60 días en la iniciación de la obra de esos dos bloques hasta entonces expertos del Instituto en Popayán autorizaron un cambio en la localización, orientación y mejoramiento del suelo, mediante rellenos de material seleccionado no contemplados en las especificaciones iniciales del contrato.

"Séptimo: En junio 23 de 1978 mi mandante dirigió solicitud a la Oficina Regional del Trabajo de la ciudad de Popayán, con el fin de que autorizara la suspensión de personal por parálisis de la obra, debido a dificultades en la consecución de las cantidades suficientes de ladrillo especial estipulado para las obras de la Urbanización PUBENZA. En julio 1 de 1978, la oficina Regional del Trabajo de la ciudad de Popayán, por medio de Resolución número 03, autorizó una suspensión parcial y laboral de contratos laborales hasta por 120 días.

"Octavo: En julio 4 de 1978, mi mandante solicitó al Instituto de Crédito Territorial una primera prórroga en la ejecución de la obra por dos meses y medio, hasta octubre 16 de 1978, debido a dificultades en conseguir cantidades suficientes del ladrillo especial señalado para ejecutar la obra. La prórroga fue concedida hasta el 16 de octubre de 1978 y se procedió hacer el primer documento modificatorio del contrato.

"Noveno: Habiendo mi mandante realizado las diligencias necesarias para obtener el ladrillo especial de LADRILLERA CAUCA, el suministro solicitado se retrasó, lo cual llevó a mi mandante a pedir una nueva prórroga que le fue concedida hasta enero 15 de 1979 y se procedió a hacer el correspondiente documento modificatorio del contrato.

"Décimo: En el transcurso de la obra los ladrillos de tipo especial no fueron suministrados en forma regular, ni en las cantidades requeridas, en los plazos necesarios que permitieran el desarrollo de la obra dentro del tiempo pactado inicialmente. La LADRILLERA DEL CAUCA estaba limitada para cumplir oportunamente la entrega de este tipo de ladrillo, entre otras causas por poseer compromisos anteriores

con el ladrillo común, que copaba su reducida capacidad de producción. Todo ésto fue puesto oportunamente en conocimiento de la Gerencia del Instituto, la cual siempre fue consciente de las dificultades originadas por la exclusividad de hecho que tuvo LADRILLERA DEL CAUCA en la fabricación del ladrillo de dos huecos que limitaba a los co-contratantes de PUBENZA al ritmo de producción de ladrillo especial de la mencionada empresa. A manera de resumen podemos presentar los distintos hechos y circunstancias que giran al rededor del ladrillo especial y que motivaron más de una solicitud de prórroga de mi mandante y su otorgamiento por parte del Instituto:

"a) En diciembre 5 de 1978, mi mandante solicitó al Instituto de Crédito Territorial una tercera prórroga en la ejecución de la obra, la cual le fue concedida por 5 meses y medio, hasta el 25 de junio de 1979, igualmente por dificultades para adquirir cantidades suficientes del ladrillo especial estipulado para ejecutar la obra.

"b) En diciembre 6 de 1978, la Gerencia Seccional del Instituto en Popayán envió a ladrillera del Cauca un programa en que especificaba las necesidades del ladrillo especial, como condición básica para la realización de la obra.

"c) En enero 25 de 1979 la Gerencia General del Instituto en Popayán dirigió carta a mi mandante, en que le anunciaba su petición de reprogramación de la obra estaba condicionada a que se lograra un contrato de suministro de ladrillo especial con ladrillera del Cauca.

"d) En febrero 6 de 1979 mi mandante contestó la carta anterior a la Gerencia del Instituto en Popayán, comunicándole que ladrillera del Cauca podía cumplir con el suministro de ladrillo en la forma que venía haciéndolo.

"Décimo Primero: El 24 de enero de 1979, mi mandante se dirigió al Instituto de Crédito Territorial Seccional del Cauca planteándole el problema que implicaba el hecho de que el Instituto no hubiera reajustado el precio de los materiales de construcción con base en los índices del DANE Cali (20%), ya que las alzas registradas en Popayán eran superiores al 87% y para solucionar tal inconveniente le proponía una modificación del Contrato en los artículos pertinentes al sistema de liquidación de reajustes. A continuación, mi mandante proponía varias alternativas, a saber: 1. que los reajustes se liquidaran, para todos los capítulos de la obra, sobre índices estudiados por el Instituto, Seccional Cauca sobre datos recogidos directamente de la plaza, 2. que se reajustasen, con base en estos nuevos índices, los capítulos de obra donde utilizasen los materiales de la plaza. 3. Que se utilizasen índices nacionales del DANE de una ciudad distinta de Cali, teniendo en cuenta que las variaciones de precios fuesen equiparables a las de Popayán.

"Décimo Segundo: En carta de marzo 23 de 1979, mi mandante solicitó a la Gerencia Seccional del Instituto en Popayán una nueva prórroga, por dificultades presentadas por el retardo en la cancelación de la obra ejecutada y reajustes, por parte de esa entidad, la cual le fue concedida hasta octubre 25 de 1979, o sea, cinco meses más con relación al plazo de cumplimiento del contrato. Se procedió a hacer el correspondiente documento modificatorio.

"Décimo Tercero: En mayo 9 de 1979 la Gerencia Seccional del Instituto en Popayán dirigió el oficio Número 1502 a los co-contratantes de la obra PUBENZA, tercera etapa, en la cual proponía una salida a la semiparalización en que se encontraban las obras debido a la crisis financiera que atravesaba el Instituto a nivel Nacional.

"Décimo cuarto: En oficio Número 2408 de julio 13 de 1979, suscrito por la Gerencia Seccional del Instituto en Popayán al subgerente de construcciones del Instituto en

Bogotá, se proponía la modificación de los Capítulos referentes a reajustes de precios, por la diferencia en el incremento del 85% de los precios en Popayán y el 38% registrado por el DANE Cali, motivo por el cual los co-contratantes se veían obligados a absorber el mayor valor de los materiales, estando abocados a trabajar a pérdida. Tal situación se refleja en la semiparalización de las obras.

"Décimo quinto: En el oficio 207, con fecha 18 de junio de 1979, el gerente de la Seccional del Instituto de Crédito Territorial en Popayán, Dr. Ernesto González, solicitó oficialmente al ingeniero Oscar Latorre, quien por encargo del Instituto había diseñado el ladrillo especial de dos huecos estipulado en las especificaciones de la obra de la Urbanización PUBENZA, una entrevista para buscar solución al problema, en comunicación que a continuación se transcribe: 'ICT— SCAU—D. T. Número 207, Popayán, junio 18 de 1979. Ingeniero Oscar Latorre M., avenida 2o. norte Número 2055, oficina 201, Cali. Como consecuencia del sistema de estructura por ustedes proyectados para los bloques de la Urbanización Pubenza, III etapa, dependemos en gran parte del ladrillo especial de 2 huecos. Por razones que no viene al caso mencionarles la producción de esta clase de ladrillo por la Ladrillera Cauca ha disminuido ostensiblemente hasta el punto de que nuestros contratistas en pormedio no reciben ladrillo desde el mes de marzo de 1979. Nuestro pensamiento ahora mismo, es que en lo posible debemos acabar con la dependencia de esta clase de ladrillo, por lo tanto estamos solicitando, muy comedidamente su presencia en las oficinas de esta seccional, para el día jueves 21 de los corrientes, con el fin de discutir qué solución se le puede dar a la sustitución de dicho material. Agradeciendo de ante mano la atención al presente y en espera de su confirmación. Atentamente, (Fdo.) Arq. Ernesto González S. Gerente seccional. cc. D.T.Interventor. Contratistas Pubenza'.

"Décimo Sexto: En septiembre 11 de 1979 los co-contratantes del plan Pubenza, entre los cuales se incluye mi mandante, proponen a la Gerencia Seccional del Cauca cambios de las especificaciones de algunos ítems de los contratos, principalmente el cambio del sistema estructural de muros importantes en ladrillo de dos huecos, producido por ladrillera del Cauca.

"Décimo séptimo: En octubre 9 de 1979 mi mandante solicitó al Instituto de Crédito Territorial una quinta prórroga sobre el plazo de entrega de la obra por dificultades ocasionadas por la crisis económica del Inscredial; dicha prórroga le fue concedida hasta febrero de 1980, o sea cuatro meses más con relación al plazo de entrega de la obra. Se elaboró el correspondiente documento modificatorio del contrato.

"Décimo Octavo: En octubre 18 y noviembre 15 de 1979, mi mandante hace saber a la gerencia seccional del Instituto en Popayán, las dificultades económicas que atraviesa por el incumplimiento en el pago, por parte del Instituto, de las cuentas por obra ejecutada y reajustes de precios.

"Décimo Noveno: En diciembre 5 de 1979, los co-contratantes, mi mandante Sady Salazar y Cía. constructora de Occidente se dirigen a la gerencia seccional del Instituto en Popayán solicitando modificaciones fundamentales a algunas cláusulas del contrato posteriormente, en un documento modificatorio al contrato original 589-77, se pactaron varias cláusulas, a favor de mi mandante, tales como: a) Reducción a la construcción de 40 apartamentos, que se encuentran ya iniciados en cinco (5) bloques en la III Etapa de la Urbanización Pubenza, es decir, se entregarían cuatro (4) bloques. b) Suministro, por parte del Instituto, de algunos materiales básicos para la terminación de la obra, que escaseaban en el mercado. c) Devolución por parte del INSTITUTO, a mi mandante, del 5% correspondiente a la Retención de Garantía del contrato acumulada hasta la fecha.

"Vigésimo: EL INSTITUTO no pudo efectuar las entregas prometidas del ladrillo especial de 2 huecos, debido a que la ladrillera del Cauca, productora exclusivamente de dicho material, suspendió definitivamente la producción del mencionado ladrillo el 5 de febrero de 1980.

"Vigésimo Primero: El 12 de febrero de 1980, mi mandante, SADY SALAZAR RUIZ, solicitó a la Gerencia Seccional del Instituto en Popayán una nueva prórroga sobre el plazo de entrega de la obra, por dificultades ocasionadas en el suministro del ladrillo. Dicha prórroga le fue concedida hasta mayo 31 de 1980, o sea tres meses más. Se elaboró el correspondiente documento modificatorio del contrato.

"Vigésimo Segundo: Pese a los compromisos mencionados y pactados en el documento modificatorio, el INSTITUTO no cumplió a) En la devolución del 5% necesario para la refinanciación de la obra y que era indispensable para tal fin puesto que el aumento en los costos de administración causados por demoras anteriores imputables al INSTITUTO habían agotado los dineros disponibles para el desarrollo del contrato y hacían necesaria la reinversión del 5% prometido, como capital de trabajo para la terminación de la obra. b) Con el suministro de los materiales básicos, debido a que la Seccional de Popayán no tenía registro de proveedores de materiales, como era su obligación. Como consecuencia, este incumplimiento del INSTITUTO siguió causando demora en la ejecución de la obra.

"Vigésimo Tercero: Tampoco pudo mi mandante conseguir el ladrillo especial de dos huecos necesario para proseguir la obra en ninguna de las ladrilleras del municipio de Popayán ni de Cali, puesto que este diseño especial únicamente era producido por la LADRILLERA DEL CAUCA. Por otra parte, el suministro de este material por parte de la indicada fábrica fue siempre deficitario hasta la suspensión de su elaboración, ocasionando demoras insubsanables derivadas de la aludida exclusividad. En consecuencia, al suspender esta empresa la producción en el ladrillo desapareció del mercado lógicamente las obras diseñadas por el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL con este tipo de ladrillo quedaron paralizadas, sin posibilidad alguna de continuación, mientras no fueren modificados los diseños estructurales elaborados por el INSTITUTO para estas obras.

"Vigésimo Cuarto: La propuesta del Gerente Seccional del INSTITUTO en Popayán, de sustituir el ladrillo de dos huecos por otro material que no presentara los inconvenientes de este ladrillo, fue acogida por el Doctor OSCAR LATORRE y los contratantes como consecuencia de ello se presentó a la consideración del INSTITUTO un nuevo diseño de muros portadores fundidos en concreto. Esta propuesta que fue enviada por el Gerente Seccional de Popayán a Bogotá, sin que hasta la fecha haya merecido la atención de una respuesta por parte de la Gerencia General del INSTITUTO.

"Vigésimo Quinto: En abril 30 de 1980 y de manera oportuna mi mandante, conjuntamente con COMPAÑIA CONSTRUCTORA DE OCCIDENTE LTDA., presentó a la Gerente Seccional del INSTITUTO en Popayán una propuesta distinta a la contenida en unos borradores de liquidación de los contratos 589-77 y 417-78 y la cual en esencia constituía una reclamación originada en toda la situación anterior de desequilibrio económico del contrato de los co-contratantes.

"Vigésimo Sexto: La Gerencia Seccional del INSTITUTO en Popayán o cualquiera otra entidad directiva del mismo no contestaron la reclamación de mi cliente.

"Vigésimo Séptimo: Días más tarde mi mandante, siempre dispuso allanarse a un acuerdo que pusiera fin a la construcción de los bloques multifamiliares de la Urbani-

zación PUBENZA, no tuvo impedimento alguno para asistir a una posible liquidación del contrato, con el Doctor LONDOÑO, funcionario delegado de la Gerencia General del Instituto de parte de este funcionario no existió ánimo de acuerdo y fue así como se negó a reconocer a mi mandante los mayores gastos y costos en los cuales había incurrido por la demora de 22 meses más en la ejecución de la obra, por causas imputables a la Administración.

"Vigésimo Octavo: En mayo 13 de 1980, 17 días antes del vencimiento del plazo para la terminación del contrato, mi mandante dirigió a la Gerencia General del INSTITUTO en Bogotá un memorial en el cual se hacía un recuento de los hechos que habían llevado a la demora en la ejecución del contrato y a la imposibilidad que tenía en ese momento, si no se atendían sus peticiones financieras, de continuar hasta terminar la obra. Le comunicaba además, el incumplimiento por parte del INSTITUTO del documento en el cual se modificaron algunas cláusulas del Contrato; le solicitaba se le reconocieran los gastos de administración por la demora de 22 meses más en la ejecución de la obra, todo esto dentro del convencimiento que cualquiera de las reclamaciones que pudiera hacer, así como los cálculos monetarios que resultaren de las mismas, podían ser discutidos en un ambiente de negociación y mutuo respeto para los intereses pecuniarios y profesionales de las partes comprendidas en esta reclamación. Igualmente mi cliente reafirmó en ese memorial que su ánimo era atenerse a las disposiciones de la ley vigentes, y en ese sentido le solicitaba a la Gerencia General y Junta Directiva del Instituto que subsidiariamente a la reclamación antes comentada y en caso que ésta fuera negada, se constituyese, de común acuerdo y basados en la cláusula compromisoria del contrato, un Tribunal de Arbitramiento, a fin de que éste dilucidara en derecho los aspectos de interpretación y violación del contrato que están a la base de los hechos que fundamentan la presente demanda.

"Vigésimo Noveno: En oficio Número 13210 de junio de 1980, la Gerencia General del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL contestó a mi mandante negando las reclamaciones contenidas en el memorial comentado en el punto anterior, controvirtiendo la mayoría de los argumentos que estaban a su base e ignorando la solicitud de constitución del Tribunal de Arbitramento.

"Trigésimo: El 22 de julio de 1980, 52 días después de haber terminado el contrato motivo de esta demanda por haber expirado el término de la última prórroga, la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial expidió la Resolución número 1709, mediante la cual se ordena en su parte resolutiva la liquidación del contrato e impone multa a mi mandante, pretextando incumplimiento del mismo.

"Trigésimo Primero: En agosto 13 de mil novecientos ochenta y estando dentro de los términos que establece el Decreto 150 de 1976, para este tipo de actos, mi mandante interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación de la Resolución 1709 de julio 22 de 1980.

"Trigésimo Segundo: Sin haber mediado por parte del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, por medio de la Resolución número 2308, resolvió los recursos interpuestos por mi mandante, negando la revocatoria de la Resolución número 1709 y el de apelación por no proceder.

"Trigésimo Cuarto: El 3 de noviembre de 1980 mi mandante entregó al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL el total de la obra ejecutada hasta esa fecha.

"Trigésimo Quinto: A la fecha de declararse la liquidación del contrato 589 de 1977 e imponerse la sanción penal pecuniaria, mi mandante había logrado ejecutar el 69.14% de la obra e invertido la cantidad de un millón ochocientos noventa y nueve mil

ciento catorce pesos con 94/100 ($ 1.899.114.94) MCTE. por concepto de mayores costos causados y no pagados durante el mayor tiempo transcurrido entre la fecha pactada originalmente para la terminación del contrato, octubre 31 de 1977 y julio 31 de 1978, fecha hasta la cual se ejecutaron trabajos en la obra. La suma anterior resulta de comparar lo recibido del INSTITUTO para ejecutar el 69.14% de la obra que fue de NUEVE MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON 54/100 ($ 9.730.839.54) MCTE. y la inversión, según libros de contabilidad que hizo mi cliente para igual porcentaje de obra que fue de ONCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON 48/100 ($ 11.629.954.48) MCTE. De conformidad con el hecho segundo de esta demanda, el valor inicial del Contrato número 589 de 1977 fue de DOCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL NUEVE PESOS CON 86/100 ($ 12.731.009.86) M/CTE, que a la postre ascendió a la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO CON 16/100 ($ 12.833.675.16) M/CTE., debido a la obra adicional contratada en el transcurso de la ejecución del contrato. Este valor era considerado para una ejecución del 100% de la obra. El caso es que mi cliente sólo ejecuto el 69.14% de la obra pactada. De esa manera, partiendo de las cifras anteriores, tenemos que el valor del presupuesto para el 69.14% de la obra ejecutada sería de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON 01/100 ($ 8.873.203.01) M/CTE. Se recibió del INSTITUTO, para ejecutar ese mismo porcentaje, NUEVE MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON 54/100 ($ 9.730.839.54) M/CTE., pero el cocontratante invirtió, por el mismo concepto, la suma de ONCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON 48/100 ($ 11.629.954.48) M/CTE. De lo que resulta que el 69.14% de la obra ejecutada consumió no sólo el total del reajuste para la variación de precios que fue de DOS MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON 98/100 ($ 2.121.834.98) M/CTE., sino que también se consumieron OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON 53/100 ($ 857.636.53) M/CTE. adicionales (diferencia entre los $ 8.873.203.01, presupuesto calculado para el 69.14% de la obra y $ 9.730.839.54 que entregó el INSTITUTO a mi cliente) y la cantidad de UN MILLON OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO CATORCE PESOS CON 94/100 ($ 1.899.114.94) M/CTE., que de su propio peculio tuvo que invertir mi cliente para dejar la obra en el 69.14% de ejecución. ¿Cuál fue la causa de todo esto? no fue otra que la demora de 22 meses más en la ejecución de la obra, demora que alteró, por alzas continuas de los materiales y de la mano de obra, los precios iniciales con los que se pactó el contrato. De no ocurrir las sucesivas prórrogas por causas todas ellas imputadas al INSTITUTO, mi mandante hubiera terminado la obra en su totalidad dentro de los plazos licitados y pactados inicialmente y no se hubiera presentado inicialmente un incremento en el costo real de DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON 47/100 ($ 2.756.751.47) para la ejecución de la obra.

RESUMEN DE LOS HECHOS

"De los hechos anteriormente narrados se llega con meridiana claridad a las siguientes conclusiones: EL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL expidió una resolución de liquidación del contrato número 589-77, pretextando incumplimiento de mi mandante en la ejecución de la totalidad de la obra y le impuso, además, la sanción penal pecuniaria pactada en el referido contrato. Al proferir estos actos, la Gerencia del INSTITUTO olvidó deliberadamente la serie de problemas suscitados en la ejecución de la obra, los cuales tuvieron como causa la falta de una programación racional que permitiera el desarrollo de la construcción, de conformidad con las especificacio-

nes que el INSTITUTO impuso al Arquitecto SADY SALAZAR RUIZ, situación que nos permite afirmar que el incumplimiento del contrato aludido no es imputable a mi cliente sino al INSTITUTO. Fuera de las dificultades comentadas ampliamente en los hechos en relación con el tipo de ladrillo especial de dos huecos, existió otro, cuya gravedad pone igualmente de relieve la imprevisión del INSTITUTO en la programación de las obras y demuestra que éstas fueron proyectadas sin existir estudios técnicos que permitieran asegurar el desarrollo normal de las construcciones en el plazo pactado inicialmente. Tampoco canceló el INSTITUTO en forma oportuna los precios por la obra ejecutada pactados en el contrato, lo cual ocasionó nuevos retrasos en las obras, sin que para ello se diera otra razón justificatoria que la de estar el INSTITUTO abocado por una crisis económica de carácter nacional. Las prórrogas por tal motivo fueron autorizadas por el INSTITUTO. Produjo también parálisis en las obras y fue causa de nuevas prórrogas la circunstancia comprobada y admitida por la dirección del INSTITUTO, que los índices de precios del DANE que rigen para la ciudad de Cali y los cuales se utilizaron como indicativos por el INSTITUTO en los reajustes de precios de obra ejecutada, no corresponden al incremento real de costos en la ciudad de Popayán, ya que entre esta ciudad y Cali, por motivo que no podemos analizar aquí existen diferencias en este renglón hasta de 17% a cargo de la ciudad de Popayán.

"Toda esta situación llevó a un replanteamiento del contrato entre las partes, lo cual quedó consignado en un contrato modificatorio, incumplido igualmente por el INSTITUTO. No obstante esta situación, en los hechos queda claro cómo mi mandante estuvo presto en todo momento y ocasión a allanarse a un acuerdo para la terminación de la obra, sin que existiera, por parte del INSTITUTO, un verdadero ánimo de solucionar el impase, como queda comprobado con las pruebas aportadas y como se demostrará en el curso del proceso, además de las consideraciones jurídicas y doctrinarias que a continuación se expresan".

Como disposiciones violadas cita los artículos 49, 51, 52, 60 y 61 del Decreto 150 de 1976, 16, 20, 30 y 51 de la Constitución Política, 1602, 1603 y 1609 del Código Civil y Ley 28 de 1974.

El proceso ha recibido el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a dictar sentencia.

I. EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2o. de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Los hechos que el actor considera determinantes del incumplimiento pueden resumirse así:

"1. Resistencia del suelo, debido a la existencia de arcilla en una zona del terreno, lo que no estaba contemplado en los cálculos de cimentación suministrados por el Instituto.

"2. Obtención del ladrillo especial estipulado para la realización de la obra.

"3. Reajustes de precios de los materiales de construcción con índices del DANE en la ciudad de Cali (20%) cuando en Popayán dicho índice era muy superior (87%).

"4. Retardo en la cancelación de obra ejecutada y reajustes.

"5. La crisis financiera del Instituto de Crédito Territorial a nivel nacional.

"Quedó demostrado, que efectivamente hubo el problema de suelo a que alude el actor, dicho problema estuvo circunscrito a la parte del terreno donde debían construirse los bloques P. y Q.

"La administración estudió el problema planteado a que en el contrato se estipuló expresamente en la cláusula 7.01: '... siendo entendido que el CONTRATISTA ha examinado tales planos y especificaciones, conoce las condiciones locales y el sitio en el cual se van a ejecutar los trabajos y está plenamente enterado de la localización y naturaleza de los mismos, conformación del terreno y demás circunstancias locales y generales que en cualquier forma puedan influir en el desarrollo, valor y ejecución de los trabajos contratados'.

"Con el ánimo de colaborar, la administración aceptó el anterior problema como causa para convenir una prórroga del plazo inicialmente pactado.

"Debe advertirse, que el hecho de haberse encontrado la bolsa de arcilla en una parte del terreno no es problema que deba considerarse como determinante del incumplimiento del contratista, pues mientras se solucionaba, bien se ha podido continuar trabajando en otro frente de la obra.

"En este mismo sentido fue la comunicación que el Director Técnico del Instituto, ingeniero Olmedo Zambrano, dirigió al ingeniero residente de la obra. En ella le dice: 'Lo anterior no obsta para que usted continúe adelantando la obra en los otros bloques que no tiene problemas y aprovechar este corto verano que se está presentando'.

"Respecto al problema de la obtención de los ladrillos especiales y que al parecer constituyó el peor de los inconvenientes para el avance de la obra se observa lo siguiente:

"En el contrato se estipuló que los materiales debían ser proporcionados por cuenta del contratista —ver Capítulo VII artículo 7.02 del contrato.

En la demanda se afirma, que continuamente se dificultó por culpa de la administración la adquisición de este tipo especial de ladrillos pero la anterior afirmación no fue probada. Por el contrario, llamado a declarar el propietario de la ladrillera del Cauca (folio 121 y ss. c.2), asegura haber tenido permanentemente dicho material disponible, siempre y cuando se le pagara su precio. Advierte también el declarante que no existiendo ningún contrato para el suministro del ladrillo, él lo vendía de contado. Así pues, al parecer la dificultad estribó en la falta de dinero suficiente por parte del contratista para adquirir el mencionado ladrillo, problema que se presentó más agudo ante la falta de crédito para adquirir dicho material.

"Se afirma también en la demanda, que se pactó una modificación al contrato original y en ella se convino, que la Administración continuaría suministrando el material de construcción. La anterior afirmación no es de todo cierta, pues si leemos la adición al contrato encontramos que en ella se estipuló fue lo siguiente: 'ARTICULO 7.02: A: EL INSTITUTO podrá suministrar al CONTRATISTA los materiales que estime convenientes; los cuales se descontarán de las cuentas a favor del CONTRATISTA a los precios establecidos en la propuesta. El valor de esos materiales no gozará de reajute alguno, por consiguiente debe descontarse de la obra ejecutada para el cálculo de los mismos'. (Documento modificatorio al Contrato Número 589/77 — folio 217 vto. C. Número 3).

"La fecha de la adición no aparece legible, pero la medida anterior fue tomada mucho tiempo después de haberse vencido el plazo pactado en el contrato para la

entrega de la obra. Como bien se lee en la adición transcrita, se dejaba al arbitrio del Instituto el suministro de materiales. Tampoco se dijo en esa adición qué clase de materiales serían los que podía suministrar el Instituto; no estando pues pactada la obligación como lo dice el demandante, no puede hablarse de incumplimiento del Instituto.

"Otro de los problemas que a juicio del actor incidieron en el incumplimiento fue el índice pactado para los reajustes de precio. Como bien lo afirma el Instituto, el índice convenido y conocido de las partes fue el que regía en la ciudad de Cali y a él se sometió el contratista cuando firmó el contrato. Resulta pues un tanto temerario pretender que ese hecho sea tenido como incumplimiento de la administración.

"Afirma también el contratista que hubo retardo en la cancelación de la obra realizada. El hecho así planteado sin especificar claramente *cuándo* y en qué monto operó ese retardo, es imposible de aceptar. Al expediente se anexaron muchas actas parciales de obra recibida pero de ellas no se puede decir si hubo pago de las mismas y menos si esos pagos fueron o no oportunos.

"También se dice que hubo crisis financiera en el Instituto. La anterior afirmación tampoco quedó demostrada y menos aún la incidencia directa de tal crisis en el desarrollo del presente contrato.

"Del análisis anterior, se desprende, que no puede declararse que hubo incumplimiento del Instituto de Crédito Territorial, por el contrario quedó demostrado el incumplimiento del contratista.

"Respecto a la imposición de la sanción decretada en la resolución acusada, este despacho encuentra que debe mantenerse.

"La interpretación que sobre este tema hace el apoderado del actor, no es compartida por este despacho por las siguientes razones:

"El artículo 61 del Decreto 150 de 1976 nos está indicando sin lugar a dudas, que la cláusula penal pecuniaria se debe pactar y hacer efectiva en caso de declaratoria de caducidad o cuando se incumpla el contrato. Lo anterior nos indica que la sanción es compatible con la caducidad y que se impone cada vez que haya incumplimiento del contrato. Muy seguramente en el artículo se hace alusión a la cláusula de caducidad, porque podría pensarse que cuando ésta opera, no se pueda sancionar además de las multas con la cláusula penal. Por eso se hace la salvedad, pero en realidad lo normal es que la cláusula penal se aplique cada vez que haya incumplimiento. La cláusula penal pecuniaria es independiente de la cláusula de caducidad. El hecho de que puedan aplicarse o hacerse efectivas al tiempo, no quiere decir que siempre haya que hacerlo así. En el presente caso la Administración no quiso hacer uso de la cláusula de caducidad ni quiso tampoco continuar con las prórrogas del plazo contractual como tantas veces lo hizo, sino que decidió y bien lo podía hacer, liquidar el contrato y sancionar al contratista imponiéndole como multa el valor de la cláusula penal pactada en el contrato en el artículo 15.01.

"Lo anotado lleva a esta Fiscalía a considerar, que las peticiones de la demanda no deben prosperar.

"Por todo lo anterior este despacho solicita a la Honorable Sala se nieguen todas las peticiones contenidas en la demanda".

II. ALEGATO DE LA PARTE DEMANDANTE

En su oportunidad legal, el demandante alega de conclusión, en los siguientes términos:

"Por las pruebas allegadas al proceso se impone la nulidad de las Resoluciones Números 1709 de 22 de julio de 1980 'Con la cual se ordena liquidar un contrato y se impone una multa', y 2308 de 23 de septiembre de 1980 'Con la cual se resuelven unos recursos', expedidas por la Gerencia General del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL. Además, por las consideraciones que expongo a continuación.

"1. En las mencionadas resoluciones se impone una multa al contratante, Ingeniero SADY SALAZAR RUIZ, invocando incumplimiento, y como consecuencia se ordena liquidar el contrato.

"2. La declaratoria de incumplimiento de un contrato sólo procede por las autoridades jurisdiccionales y no es poder exorbitante que tenga la Administración. Ella, en el evento que el co-contratante incumpla, debe incoar las acciones pertinentes ante la jurisdicción contenciosa. La excepción que la ley le señala para dar por terminado un contrato unilateralmente, además de las cláusulas de caducidad, es la contemplada en el artículo 11 del Decreto 150 de 1976.

"3. Habiendo vencido el plazo el día 31 de mayo de 1980 para entregar la obra del Plan Pubenza, III Etapa, en la ciudad de Popayán, contemplada en el contrato 589 de 1977 con las prórrogas sucesivas que se suscribieron, lo que procedía era la liquidación de la obra ejecutada.

"4. Si la Gerencia del INSTITUTO consideraba que el co-contratante, Ingeniero SADY SALAZAR RUIZ, no estaba cumpliendo con las obligaciones contempladas en el contrato, debió aplicar la cláusula de caducidad como poder exorbitante que tiene la Administración antes de vencer el plazo para la terminación del contrato y entrega de la obra.

"5. Si a la fecha de 31 de mayo de 1980 fijada para la entrega de la obra, el co-contratante, Ingeniero SADY SALAZAR RUIZ, solamente pudo entregar el 69.14% como obra ejecutada y no su totalidad, se debió a hechos y circunstancias provenientes de actuaciones llevadas a cabo por la Administración del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL.

"En la demanda alegué que el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL incumplió el contrato Número 589 de 1977.

"1o. Por cuanto en los terrenos suministrados por el INSTITUTO se encontró una gran falla: la resistencia del suelo era demasido baja debido a la existencia de una bolsa de arcilla en esa zona, lo cual no estaba contemplado en los cálculos de cimentación suministrados por el INSTITUTO. Esto provocó un retraso de 60 días en la iniciación de la obra, de los Bloques (P) y (Q), hasta tanto expertos del INSTITUTO lograran la adaptación del suelo.

"2o. Por no dar cumplimiento al documento modificatorio al contrato original Número 589/77, en el sentido de hacer la devolución a mi poderdante, del 5% correspondiente a la retención de garantía del contrato acumulada hasta la fecha, y suministrar algunos materiales básicos para la terminación de la obra, que escaseaban en el mercado.

"3o. Porque de las sucesivas prórrogas al plazo de entrega de la obra que el INSTITUTO concedió a mi poderdante, cuatro estuvieron motivadas por la insuficiencia del ladrillo especial diseñado para el Plan Pubenza, III Etapa, y las otras dos, por el retardo de los pagos parciales por parte del INSTITUTO al co-contratante. Alegué, además, que para la construcción del Plan Pubenza, III Etapa, se dependía de un solo fabricante y proveedor de ladrillo especial, la LADRILLERA DEL CAUCA, quien había recibido en exclusividad el diseño especial del ladrillo que se utilizaria en la obra, y que el INSTITUTO en ningún momento celebró contrato de suministro con este proveedor, con lo cual hubiera garantizado la provisión del ladrillo especial y, por consiguiente, la terminación de la obra en el plazo señalado.

"La suspensión intempestiva del suministro de ladrillo especial, por parte de la LADRILLERA DEL CAUCA, único productor de este material, el día 5 de febrero de 1980, impidió que el Ingeniero SADY SALAZAR RUIZ entregara la obra en el plazo fijado en la última prórroga, 31 de mayo de 1980. En otros términos, se suspendió definitivamente la entrega de ladrillo cuatro meses antes del vencimiento del plazo final.

"En el curso del proceso probé lo anterior: 1. Con los documentos allegados por mi poderdante, los cuales fueron cotejados en digencias judiciales practicadas en los archivos del INSTITUTO en Bogotá. 2. Se allegó al proceso el documento que contiene el diseño del ladrillo especial de dos huecos utilizado en la construcción de la Urbanización del Plan Pubenza, III Etapa, a que hace referencia el contrato Número 589/77 (Folio 63, cuaderno Número 2). 3. Se practicó diligencia de Inspección Judicial al sitio de las obras de la Urbanización Pubenza, III Etapa, de la ciudad de Popayán con la intervención de los peritos Ingenieros Civiles HERNAN SALDARRIAGA y OSCAR CALVACHE ROJAS, quienes en su experticio judicial dictaminaron (Folio 105, cuaderno Número 2):

'El lote terreno destinado por el INSTITUTO para la construcción de los bloques residenciales Pubenza, es conocido como de baja resistencia por los estudios de suelos que lo han demostrado, desde luego con zonas de mejores condiciones que otras, lo cual obligó a éste desde su comienzo a diseñar un tipo de cimentación especial.

"En el caso concreto del sector que le correspondió a la firma SADY SALAZAR para ejecutar los trabajos, apareció, según informe de los Ingenieros responsables del estudio de suelos una bolsa de arcilla donde debía construirse el Bloque (Q), que fue determinada por solicitud de los contratistas, al detectar un terreno de muy mala calidad, cuando se adelantaban las excavaciones lo cual motivó la autorización de la Interventoría para modificar la posición del citado bloque Q, con lo cual se lograba mejorar las condiciones del sub-suelo para su cimentación.

"En cuanto a la prueba testimonial recepcionada, se tiene:

"1. El Ingeniero OSCAR LATORRE en su declaración que corre al folio 42 del Cuaderno Número 2, dice: "Para esa etapa elaboré un diseño de muros reforzados en cerámica de acuerdo con normas de la National Clay Masomy Association — NCMA, y el ladrillo referido es un elemento normativo de esa Asociación, es decir, no es un diseño especial mío".

"2. A la pregunta 4o. del interrogatorio de parte, en el sentido que de común acuerdo con el INSTITUTO, suministró el diseño y especificaciones del ladrillo de dimensiones especiales a la Fábrica denominada 'LADRILLERA DEL CAUCA', contestó: 'Entiendo que el Instituto estudió las posibilidades de producción de ese ladrillo con varias ladrilleras, y aprobó un negocio con Ladrillera del Cauca. Yo dí mi visto bueno a la calidad y dimensiones del ladrillo resultante'. (Folio 42, Cuaderno Número 2).

"3. El Ingeniero mencionado, en su declaración que corre a Folio 42, Cuaderno Número 2, dice que 'En vista de la crisis del ladrillo que se había producido, propuse al Instituto la utilización de muros portantes de concreto reforzado con espesor de 7 y 1/2 cms. No presenté una alternativa con base en ladrillo común y columnas con bloques de concreto'. Al responder a la pregunta 8o. del cuestionario, el Ingeniero OSCAR LATORRE dice: 'Después de varias conversaciones al respecto, no se cristalizó nada con el Instituto'. (Folio 42, Cuaderno Número 2).

"Las anteriores declaraciones del Ingeniero OSCAR LATORRE prueban fehacientemente que la dependencia exclusiva del ladrillo especial estipulado en el diseño entregado para fabricación exclusiva a LADRILLERA DEL CAUCA, había producido una crisis en la construcción del Plan Pubenza, III Etapa, ocasionado por el irregular suministro de este material. Y que para buscar solución, a esa crisis, el mencionado Ingeniero propuso al Instituto la utilización de otro tipo de ladrillo, habiendo obtenido resultados negativos a su propuesta.

"4. El señor HERNAN MERIZALDE, propietario de la LADRILLERA DEL CAUCA, en declaración que corre a los Folios 121 y 122 del Cuaderno Número 2, afirma lo siguiente.

"a) Que el INSTITUTO le suministró al diseño del ladrillo especial y que 'como se trataba de un ladrillo especial diseñé a mi vez la boquilla necesaria para la fabricación que se había encomendado a mi establecimiento industrial denominado 'LADRILLERA DEL CAUCA'.

"b) Que no firmó contrato de suministro. Y agrega: 'suministro por compra directa de contado y sin mediar ningún contrato escrito, todo el ladrillo especialmente diseñado para el Inscredial con destino a la construcción de la Primera y Segunda Etapas de los bloques multifamiliares'.

"5. El señor HERNAN MERIZALDE, en declaración que corre al Folio 122, anverso, del Cuaderno Número 2, dice acerca de la suspensión de la producción de ladrillo especial lo siguiente: 'No solamente comuniqué a las firmas mencionadas en la pregunta, que me abstenía a seguir fabricando el ladrillo especialmente diseñado para ellos por haberme dejado de consumir en dos ocasiones anteriores cantidad especialmente fabricada para ellos, por falta de disponibilidad de dinero efectivo para comprarlo, sino que en télex dirigido por mí con fecha 26 de febrero de 1979 (corrijo 1980), le comuniqué a la Gerencia del Inscredial en Popayán la suspensión de la producción del mencionado ladrillo especial por información de los contratistas faltarles financiación del INSCREDIAL para sus compras, a lo cual apenas con fecha marzo 2 de 1980 recibí de la Gerencia del Inscredial el Popayán télex en el cual se me solicitaba no suspender producción del ladrillo diseñado para ellos mientras trataban de solucionar crisis financiera'.

"Por todo lo anterior, se tiene como evidencia que la imprevisión y la negligencia de los funcionarios del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, fueron los motivos determinantes para mi poderdante, Ingeniero SADY SALAZAR RUIZ, no hubiera entregado la totalidad de la obra convenida en el contrato 589/77, al vencimiento del último plazo fijado, 31 de mayo de 1980. Como se ve, circunstancias ajenas a su voluntad, que no podía superar por cuanto habían sido producto de la acción del INSTITUTO, concurrieron, en definitiva, para producirle daño en su patrimonio y en su buen nombre.

"Como quedó explícito en el concepto de violación consignado en la demanda, y por las pruebas aportadas al proceso, se impone la declaratoria de responsabilidad y el

consecuente pago de los daños y perjuicios sufridos por mi poderdante, Ingeniero SADY SALAZAR RUIZ. Dicha responsabilidad recae en el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A.— El arquitecto SADY SALAZAR RUIZ demandó en acción de plena jurisdicción al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, para obtener la anulación de las Resoluciones números 1709 del 22 de julio de 1980 y 2308 del 23 de septiembre del mismo año, para que se declarara que el demandado incumplió el contrato administrativo Número 589 de 1977 y sus modificaciones; que el demandante no se ha hecho acreedor a la sanción penal pecuniaria que se impuso en la primera de las resoluciones citadas; y, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene al INSTITUTO a pagarle la suma de $ 4'899.114,94 por concepto de mayores costos causados en la obra ejecutada y no pagados por el INSTITUTO, y a pagar $ 2'089.026,43 como indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, además de las agencias en derecho y las costas.

B.— El texto completo de los actos administrativos acusados es del siguiente tenor:

1. RESOLUCION NUMERO 1709 de 1980

CONSIDERANDO:

1o. Que con fecha dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos setenta y siete (1977) se firmó el Contrato Número 589/77 con el Arquitecto SADY SALAZAR con el objeto de construir cuarenta y ocho (48) apartamentos multifamiliares en la Urbanización PUBENZA III etapa situada en la ciudad de Popayán, todo en desarrollo de la licitación Número 131 de 1977;

2o. Que el término fijado para la ejecución completa de las obras acordadas fue el transcurrido entre el día 31 de octubre de 1977 (fecha de iniciación) y julio 31 de 1978;

3o. Que el plazo acordado fue objeto de varias prórrogas, y de ellas se fijó como fecha de entrega el día treinta y uno *(31) de mayo de mil novecientos ochenta* (1980).

4o. Que la Seccional Cauca informa sobre el estado de la obra ejecutada y afirma haberse cumplido en un 69.14%, o sea que el Contratista incumplió sus obligaciones pues el término se encuentra vencido;

5o. Que contractualmente se previó una sanción para el Contratista en caso de incumplimiento, por el valor previsto en el artículo 14.01;

6o. Que habiendo expirado el término para la ejecución de las obras; se impone la liquidación del Contrato y poder tomar las medidas conducentes en orden a que finalice la obra con el objeto de que no se causen mas perjuicios a la Institución y Adjudicatarios;

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: *Ordenar la Liquidación del Contrato Número 589* de 1977 celebrado con el Arquitecto SADY SALAZAR, delegando para su materialización a la Seccional Cauca.

ARTICULO SEGUNDO: Por razón de Incumplimiento, imponer como multa al Contratista, la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS CON 49/100 M/CTE/. ($ 636.550.49).

ARTICULO TERCERO: Para el pago de la multa, tómense los dineros que en momento de la liquidación resulten en favor del Contratista. De no ser suficientes, formúlase la reclamación a la Compañía Seguros que asumió el riesgo;

ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente esta decisión al Arquitecto SADY SALAZAR como Contratista, y a la Compañía Seguros Colombia S.A., como garante del primero, advirtiéndoles que contra ella procede el recurso de reposición en los términos del Decreto 150 de 1976, es decir, diez (10) días.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

2) RESOLUCION NUMERO 2308 de 1980

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la resolución proferida por esta gerencia el 22 de julio del año en curso y marcada con el número 1709 ordenó la liquidación final del contrato Número 589/77 celebrado con el arquitecto SADY SALAZAR RUIZ, invocando vencimiento del término para ejecutar la obra y sin que el contratista la hubiera cumplido;

SEGUNDO: Que, en tiempo, la mentada resolución ha sido impugnada con el recurso principal de reposición y subsidiariamente el de apelación, aduciendo como fundamento dos claras situaciones:

a) No estar contemplado el hecho invocado por el Instituto como causal de liquidación al tenor de precepto contenido en el artículo 191 del Decreto 150 de 1976;

b) Recuento cronológico de lo acaecido en desarrollo del contrato para concluir que la inejecución de la obra en la forma y tiempo debidos tiene como causas: exclusividad en el material (ladrillo); pago atrasado de las cuotas pactadas en el contrato; no soportar el terreno la construcción debido a fallas en los cálculos de cimentación presentados por el Instituto; no guardar concordancia los índices que presenta el DANE en la ciudad de Cali con los precios existentes en la ciudad de Popayán;

TERCERO: Que el recurso de reposición no indica su finalidad y por ello resulta improcedente, teniendo en cuenta que varias situaciones ha previsto la ley cuando de él se hace uso;

CUARTO: Que aunque el artículo 191 del Decreto 150 de 1976 contempla varias situaciones de liquidación de contratos no debe entenderse su texto como taxativo sino meramente enumerativo. Se infiere ello por cuanto el mismo estatuto establece causales de liquidación no citadas allí, en sus artículos 11, 45 y 56;

QUINTO: Que conforme a lo previsto en el artículo 45 citado decreto, toda prórroga o modificación debe constar por escrito. Y la administración podrá celebrar las mismas cuando los hechos y circunstancias así lo aconsejen, pero debe dejarse en claro que cuando ha concluido la inconveniencia en las prórrogas no se le puede costreñir a mantener tal situación, resultando lógica la liquidación del contrato por la obvia razón de que no podrá subsistir al vencimiento del término acordado;

SEXTO: Que varias de las circunstancias ahora expuestas resultaban vigentes para la época de la contratación pues debían conocer los licitantes el funcionamiento de

los índices del DANE. En cuanto al suministro de materiales, tampoco resulta convincente frente a lo declarado por la Ladrillera del Cauca cuando expresa con claridad la existencia del material con las especificaciones y poca o ninguna demanda (en tal sentido se pronunció esta gerencia sobre el recurso interpuesto por Constructora de Occidente Ltda);

SEPTIMO: Que la generalidad de los argumentos no son sobrevinientes ahora, y por el contrario tuvieron inicio y desarrollo durante toda la vigencia del contrato. Por ello, nada justifica la solicitud reiterada de prórrogas, si dada la gravedad de ellos, generaban en el contratista el íntimo convencimiento de no poder cumplir con la ejecución de las obras. Con todo, ello prueba inequívocamente que por parte del Instituto existió la buena voluntad para el desarrollo de las obras, es decir, que tales hechos fueron la causa de los contratos modificatorios;

OCTAVO: Que el recurso de apelación no es procedente por razón de la inexistencia de superior jerárquico que desate el mismo.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: NO REVOCAR la Resolución Número 1709 del 22 de julio del año en curso;

ARTICULO SEGUNDO: NO CONCEDER el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto;

ARTICULO TERCERO: Ordenar la notificación personal de esta resolución al recurrente.

En su defecto publíquese con sujeción a las normas que la regulan.

COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

C.— La Resolución Número 1709 expedida el 22 de julio de 1980, en cuanto ordenó liquidar el contrato administrativo Número 589 de 1977, tuvo como motivación que el plazo pactado (Folio 75 C. 3) y sus diversas prórrogas (folio 219 C. 3) habían vencido desde el 31 de mayo de 1980. De la simple confrontación de la fecha que se acaba de citar con la del día de expedición del acto acusado, se concluye que esa motivación es cierta. En cuanto el plazo del contrato había expirado. Además, el mismo demandante acepta que la Resolución Número 1709 se expidió con posterioridad al vencimiento de la última prórroga, luego no hay discusión en tal sentido. Resulta, entonces que la resolución mencionada está bien expedida por este aspecto y por lo tanto no prospera ésta súplica de la demanda.

D.— La Resolución Número 1709 (artículos 2o. y 3o.) también impuso una multa al contratista, invocando como razón que al vencerse el plazo pactado no había terminado la totalidad de la obra contratada (pues sólo se había cumplido en un 69.14%). Sobre este aspecto el demandante acepta que es cierto el hecho de la ejecución parcial del contrato, pero afirma que ello ocurrió por hechos ajenos a su voluntad, imputables al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, consistentes en:

1. Que la administración no le canceló oportunamente los precios de la obra ejecutada, como era su obligación (artículos 301 y 9.02 del Contrato 589/77, folios 71 y 80 C. 3).

2. Que el contratante tampoco le entregó al contratista "el 5% de reserva de garantía, constituido conforme al contrato original (folio 71 C. 3 artículo 3.02), valor que se

convino reintegrarle (folio 217 vto. C. 3) "una vez perfeccionado" el Documento Modificatorio al Contrato 589/77, que las partes suscribieron el 28 de febrero de 1980 (folio 83 C. 1).

3. Que el contratante le entregó al contratista unos estudios de suelos equivocados, como quiera que los cálculos de cimentación suministrados por el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL no tuvieron en cuenta la existencia de una bolsa de arcilla en esa zona, lo cual reducía la resistencia del suelo. Ese error de la entidad contratante retrasó 60 días la iniciación de la obra.

4. Que el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL está obligando al contratista a trabajar a pérdida porque los reajustes de precios se estaban haciendo con base en un incremento del 20% y el 38% según los índices vigentes para Cali, cuando la realidad era que los reajustes debían hacerse del 85% y 87% que eran los de Popayán, lugar de construcción de la obra. Esa situación generaba una situación de iliquidez progresiva que incidía, obviamente, en el retroceso de la obra. (Folio 118 C. 1 hechos Décimo Primero y Décimo Cuarto).

5. Que debido a los atrasos en los pagos por parte del contratante demandado, el contratista no podría cumplir con la exigencia de pagar de contado y en efectivo el ladrillo, como lo exigía la mencionada fábrica, lo cual determinó, primero la irregularidad en las entregas, y luego la decisión de no producirlo más, lo cual hacía imposible la terminación de la obra, contratada, con las especificaciones convenidas.

6. Que el ladrillo exigido en el contrato era un tipo especial y por decisión del mismo INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL había solo un fabricante, Ladrillera del Cauca, cuyas entregas fueron irregulares hasta el punto de que hubo que paralizar las obras durante 120 días, contados a partir del 1o. de julio de 1978, posteriormente hubo que suspenderlas en forma definitiva porque el mencionado proveedor dejó de producir esa clase de ladrillo, desde el 5 de febrero de 1980.

7. Que como consecuencia de los inconvenientes anteriormente mencionados, la ejecución de la obra llevaba un retraso de 22 meses, no imputables al contratista, lo cual había aumentado significativamente los gastos de administración, y

8. Que el costo de lo ejecutado, por las razones ya expresadas, había consumido no sólo los $ 9'730.839.54 suministrados por el contratante, sino que el contratista, en un esfuerzo por cumplir el contrato hasta donde le fuera posible, había invertido $ 11'629.954.48 es decir $ 1'899.114,94 más de lo que hasta entonces había recibido.

Dentro del proceso no obra ninguna manifestación del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL sobre las pretensiones de la demanda, no propuso excepciones y guardó silencio sobre los hechos afirmados por el demandante. Unicamente pidió la práctica de pruebas, las que fueron decretadas y aportadas dentro de la oportunidad correspondiente. No presentó tampoco alegato de conclusión.

E.— Para demostrar los hechos justificados de la inejecución parcial del contrato, el demandante aportó diversos documentos y testimonios cuyo análisis se avoca a continuación.

1. Sobre el no pago oportuno de los abonos que el INSTITUTO debía hacer durante la ejecución de la obra existe el documento que obra a folios 68 y 69 (C. 1 y C. 4) en el cual el Gerente Seccional del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL expresa:

"En vista de la semiparalización de los trabajos en la Urbanización PUBENZA III Etapa confiada a ustedes y *debido a problemas ocasionados por la crisis financiera que está atravesando el ICT a* nivel nacional, les solicito se sirvan intensificar a partir de la fecha dichos trabajos ...". (subraya la sala).

"3.— Se llegó a un acuerdo con el Banco Central en el sentido de que las cuentas pasadas por ustedes como contratistas serán pagadas con fondos recogidos por el Banco Central por concepto de cuotas iniciales y posteriormente por los aportes del Banco Central Hipotecario".

Y en los folios 70 y 71 (C. 1 y C. 4) se encuentra otro documento en el cual el Gerente Seccional del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL manifiesta, sobre la dilación en los pagos, el incremento de precios y lo siguiente:

"Por presupuestos actuales realizados hemos comprobado en la Seccional que mientras en el comercio desde octubre de 1977 a enero de 1979, se presenta un incremento del 85%, según DANE Cali hay 38%, lo que obliga a los contratistas a absorber el mayor valor de los materiales estando abocados (sic) de esta manera, a trabajar a pérdida".

"Si a lo anterior se suma el pago fraccionario y *dilatado de las cuentas que presentan los contratistas* desde diciembre de 1978 a mayo de 1979 por falta de fondos del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, creemos que se podría estudiar la posibilidad de variar los índices de reajuste como solicitan ellos ...". (Subraya la sala).

"Nuestra preocupación se basa en que de no encontrar una forma de arreglo se agravaría la situación; pues se tendría que rescindir los contratos, ...".

Si además se tiene en cuenta que el demandante solicitó diversas prórrogas alegando como causal el incumplimiento del INSTITUTO en el pago de sus obligaciones económicas con el contratista, (folios 64, 65, 74, 78, 79, 80 y 88 C. 1 y C. 4), las cuales le fueron concedidas sin reparo alguno de la administración, ha de inferirse que en efecto el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL no cumplió estrictamente con la más importante de sus obligaciones contractuales y que ello incidió en el retraso de las obras.

2. La obligación que contrajo el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL en el documento modificatorio, de reintegrarle al contratista "el 5% de reserva de garantía". (folio 217 vto. C. 3) no aparece cumplida.

Es evidente que el demandante no pudo ejecutar el contrato normalmente porque no disponía de los recursos provenientes del contrato en la forma como lo habían acordado las partes.

3. Con los mismos documentos que se transcribieron anteriormente, se acredita que en verdad el índice de precios vigente en el lugar de construcción de la obra contratada era del 85% o el 87%, cuando al contratista solo se le reconocían reajustes del 20% y el 38%, lo cual lo tenía colocado en situación de injusto desequilibrio económico del contrato porque su pérdida era cada vez mayor a medida que avanzaba el contrato. Lógicamente, la iliquidez era cada vez más grave, y no resulta de equidad pretender obligarlo a que se hiciera aún más onerosa esa inequidad, exigiéndole la construcción del total de la obra, sin variarle previamente las condiciones económicas que restablecieran ese equilibrio contractual.

Lo anteriormente analizado es suficiente para que la Sala acepte que la inejecución parcial del contrato por parte del demandante estaba suficientemente justificada y que por lo tanto no resultaba equitativo cobrarle la multa de $ 636.550.49 en favor del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, cuyo incumplimiento determinó el del contratista.

En consecuencia, la Resolución 1709 de 1980 será anulada en cuanto a sus artículos Segundo y Tercero, en los cuales se impuso la multa al demandante; y de igual manera será objeto de anulación el Artículo Primero de la Resolución 2308 de 1980, en cuanto no revocó los artículos que se anulan de la Resolución 1709, como se había solicitado en el escrito de reposición, en el cual se pidió la revocatoria total del acto inicial. En lo demás las mencionadas resoluciones mantienen su vigencia.

Para abundar en razones, se relieva la circunstancia adicional de que los problemas en el suministro se derivaron esencialmente de la decisión del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL de exigir un tipo de ladrillo que sólo podría producir un fabricante, a quien se le entregó los diseños especiales y que este proveedor, protegido por su exclusividad, exigía pago inmediato al contratista, (folios 84 C. 4, y folios 121 y 122 C. 2) al paso que el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL no pagaba al demandante del modo como se había convenido en el contrato.

F.— Respecto de los mayores costos causados y no pagados por el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, por la obra ejecutada entre el 31 de julio de 1978 y el 31 de mayo de 1980, cuyo monto el demandante estima en $ 1'899.114,94, observa la Sala que a folios 112 a 114 (C. 4) aparece la certificación del Contador Público Titulado Carlos Alberto Sánchez, matrícula 868-T en la que expresa que la información contable que aparece en los cuadros firmados por él mismo ha sido tomada fielmente de los Comprobantes de Cheques, Facturas de Proveedores, Nóminas de Salarios, Comprobantes de Ingresos y demás documentos que conforman su contabilidad.

Esta certificación tiene la eficacia probatoria que le asigna la Ley 145 de 1960 "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público", cuyo artículo 9o. dispuso:

"ARTICULO 9o.— La atestación y firma de un contador público hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance".

Es decir, el balance de la obra Pubenza presentado por el demandante prueba el monto de los gastos efectuados y que esta cuantía está debidamente discriminada en los comprobantes que conforman la contabilidad. Se deduce que en verdad el contratista invirtió $ 11'629.954,48 cuando sólo recibió del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL la suma de $ 9'730.839,54, lo cual arroja una diferencia en favor del demandante de $ 1'899.114,94 que es la suma pretendida por este concepto. Pero la Sala no puede acoger esta súplica de la demanda, en la forma pedida, porque no aparece probada la relación de causalidad entre el mayor valor de los gastos y la variación de precios que hubo dentro del período de las prórrogas. El incremento de los precios y su incidencia en la ejecución del contrato en una cantidad determinada es objeto de un dictamen pericial que no se produjo dentro del proceso, por lo que no puede hacerse una condenación en concreto.

De otra parte, no es un hecho discutido en el proceso, sino aceptado por ambas partes, que el incremento de precios en el lugar de ejecución de la obra fue superior al

que sirvió de base a las liquidaciones que hizo el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, lo cual afectó el equilibrio financiero del contrato. Se concluye, entonces, que para restablecer esa ecuación económica la condenación tendrá que hacerse en abstracto para que su determinación se haga por el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil teniendo en cuenta las bases que más adelante se fijan.

G.— También aspira el demandante al pago de $ 2'084.026,43 por indemnización de perjuicios, tanto por daño emergente como por lucro cesante, o en la cuantía que se pruebe en el proceso. Y dice que esos valores se actualicen al momento de sentencia. Dice así la demanda (folio 128 C. 1) al sustentar esta pretensión:

"5.— El Derecho a ser indemnizado.— El incumplimiento del contrato conlleva necesariamente la responsabilidad civil para la parte que incurrió en ella. La responsabilidad civil implica necesariamente resarcir los daños y perjuicios causados a la parte afectada. En este sentido, tal como se demuestra en los hechos, los mayores costos en que incurrió mi mandante por el mayor tiempo de ejecución de la obra le causaron daño, que la doctrina y la ley denomina emergente. Igualmente mi mandante se privó de las ganancias que le hubiera proporcionado el cumplimiento del contrato por parte del INSTITUTO, en el sentido de que el capital inmovilizado en el mayor tiempo transcurrido en la ejecución de la obra, dejó de producir la renta usual a que tiene derecho todo capital: es el lucro cesante a que hace referencia la doctrina".

Sobre el particular la Sala precisa:

1.— La responsabilidad que se predica de la administración por el incumplimiento de los contratos administrativos, no es la consagrada en el Código Civil que rige para los particulares, sino a falta de normas administrativas.

2.— Los perjuicios indemnizables deben estar debidamente determinados. En el caso *sub-júdice* señaló como daño "los mayores costos que incurrió el demandante por el mayor tiempo de ejecución de la obra" que son precisamente a los que se refiere el literal anterior de esta providencia, luego no pueden ser objeto de doble reconocimiento y por esa razón no se accede a una nueva condenación por lo mismo, en aplicación del principio "non bis in ídem".

3.— Respecto de las ganancias del capital inmovilizado que dejó de producir la renta usual a que tiene derecho todo capital "en el mayor tiempo transcurrido en la ejecución de la obra", se traduce en el reconocimiento de los intereses legales correspondientes sobre la suma que determine en el incidente de liquidación de la condena por concepto de mayores costos causados y no pagados por el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, dentro del período en que efectivamente se causaron.

4.— La actualización de valor hasta el momento de la sentencia pedida por el demandante es procedente como quiera que el fenómeno de la pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano es un hecho notorio que no necesita demostración. Pero la cuantía sí requiere comprobación procesal, por lo que se accede a esta pretensión, en abstracto, para que su monto se determine por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil en consideración al incremento de precios al consumidor (artículo 178 Código Contencioso Administrativo).

II/. BASES PARA LIQUIDAR LA CONDENA:

1.— Se establecerá por peritos, cuál fue la variación de precios que hubo dentro del período comprendido entre el 31 de julio de 1978 y el 31 de mayo de 1980, en la ciudad de Popayán.

2.— Se determinará el mayor valor de la obra ejecutada mediante comparación entre el precio reconocido por el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL en cada acta y el costo real establecido conforme al numeral anterior.

3.— A cada uno de los reajustes se le reconocerán intereses legales del 6% anual, desde la fecha en que debió hacerse el reconocimiento y el 31 de mayo de 1980.

4.— A las cantidades anteriormente establecidas, se les actualizará el valor tomado como base del índice de precios al consumidor al por mayor (artículo 178 Código Contencioso Administrativo), desde el 31 de mayo de 1980 hasta la fecha de esta sentencia.

I. Finalmente, el demandante aspira a que se condene al INSTITUTO demandado al pago de las agencias en derecho y las costas. Aquéllas están comprendidas dentro de éstas, según el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, pero como la condenación en costas sólo procede contra el "litigante particular vencido", por mandato del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no accede a esta petición de la demanda.

5.— De la suma que resulte en favor del demandante se deducirá cualquier saldo que resulte por anticipo no amortizado.

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

FALLA:

Primero: Anúlese el contenido de los artículos Segundo y Tercero de la Resolución Número 1709 de 1980 mediante los cuales se impuso una multa al demandante y se ordenó cobrarla; y del artículo Primero de la Resolución Número 2308 de 1980 en cuanto no revocó tal sanción, ambas emanadas de la Gerencia General del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL.

Segundo: Condénase al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL a pagar al arquitecto SADY SALAZAR RUIZ, identificado con Cédula de Ciudadanía Número 2'904.238 de Bogotá, lo siguiente:

a) El mayor valor acusado y no pagado en la ejecución del contrato Número 589 de 1977 y sus modificaciones;

b) El valor de los intereses legales del 6% sobre el monto de la anterior condena, a título de perjuicios en la modalidad de lucro cesante; y

c) El valor del reajuste sobre las cantidades anteriores, como se indica en las bases de esta sentencia. La determinación en concreto de las condenas impuestas se hará por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las bases fijadas en la parte considerativa de este fallo.

Tercero: Las cantidades líquidas reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria del auto que las liquide y moratorios comerciales después de este plazo. Este fallo se cumplirá dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto: Deniégase las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta**, voto aclaración, **Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su Sesión celebrada el día veinte y ocho de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— CADUCIDAD. (Aclaración de voto).— 1.— No aparece ajustado a derecho sostener en todos los casos en que se extingue el plazo para ejecutar la obra, se pierde la oportunidad de la administración para decretar la caducidad del acto. 2.— En algunos contratos, como el de obra pública, el vencimiento del plazo no puede significar, en buena lógica jurídica, que ipso jure se tenga por terminado el acto jurídico. Una cosa es que termine el plazo y otra, muy distinta que termine el contrato.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.

Aclaración de voto del Doctor Julio César Uribe Acosta.

Referencia: Expediente Número 3127.
Actor: **Sady Salazar Ruiz.**
Ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**

Comparto la decisión de justicia que se recoge en la parte resolutiva de la sentencia, pero con toda consideración me separo de la filosofía jurídica que orienta la parte motiva del fallo, que es la tradicional de la Sala, pues no me parece ajustado a derecho sostener que en todos los casos en que se extingue el plazo para ejecutar la obra, se pierde la oportunidad de la administración para decretar la caducidad del acto.

La Resolución Número 1709 de 22 de julio de 1980 ordena la liquidación del contrato Número 589 de 1977, pero sin apoyo en ninguna de las causales consagradas en el artículo 191 del Decreto 150 de 1976. Por esta razón se acude al expediente de generar causales de liquidación por el camino de una peligrosa analogía. Por este sendero se está creando inseguridad jurídica y dejando de lado la caducidad con todos sus valiosos efectos en derecho. Así las cosas, el PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACION se hace en la práctica nugatorio. El Dr. Gonzalo Salguero Basto, citando al tratadista francés Benoit, comenta: "En cuanto al poder sancionador de la Administración manifiesta Benott, que no se trata de sancionar el incumplimiento de uno de los contratantes, ni de indemnizar el perjuicio, que se trata ante todo de proporcionar a la Administración el medio de asegurar la salvaguardia de los intereses del servicio público hoy diríamos de salvaguardiar la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Por el poder sancionador se va a procurar a la Administración los medios para que pueda obtener la prestación objeto del contrato con el menor retraso posible.

En los contratos administrativos la propia Administración impone al contratista las sanciones sin que tenga que acudir a los tribunales de justicia y en la generalidad de los casos ella misma hace efectiva la sanción tomándola de las garantías o de los remanentes que tenga o le puedan quedar en caso de liquidación del contrato. (Contratos Administrativos. 2a. Edición. 1983, págs 29 y 30. Subrayado de la Sala Unitaria).

Por razones de orden, en el caso en comento, y al vencerse el plazo, ha debido el Instituto de Crédito Territorial decretar la caducidad del contrato pues en ese momento tuvo la certeza de que estaba pendiente de ejecución un poco más del treinta por ciento de la obra. En este aspecto comparto el enfoque jurídico que la Sala de Consulta hizo el ocho de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976). Radicación Número 1088, cuando al absolver una consulta del señor Ministros de Minas y Energía, dijo:

"La caducidad, ha dicho el Consejo de Estado, es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando a juicio de los mismos contratantes ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de la sanción.

"De la anterior definición se desprende claramente la contestación a la cuestión formulada en el numeral siete de la consulta. Si la caducidad es facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato por el incumplimiento del contratista, es obvio que *si transcurre el término establecido para la ejecución de la obra sin que ella se hubiere terminado, puede la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad*, ya que el no terminar la obra dentro del plazo previsto, bien puede considerarse como el incumplimiento por excelencia por parte del contratista. La caducidad tiene por sí misma sus consecuencias muy importantes, a las cuales no puede renunciar la entidad que en los contratos administrativos goza de ese privilegio. Lo contrario, la no declaración de caducidad, podría llevar a un litigio prolongado y de consecuencias imprevisibles para la administración. Es una obligación declarada en los casos de incumplimiento del contratista.

Vale la pena añadir en este punto que una de las causales de caducidad, como es el incumplimiento del contratista respecto al término de que disponía para la realización de la obra, no puede establecerse sino en el momento mismo en que ese término expiró. Por consiguiente, si bien el contrato no ha terminado por el hecho mismo del incumplimiento del contratista en cuanto al término, la entidad pública lo da por terminado en ejercicio de la facultad que le confiere la cláusula sobre caducidad.

"Todo lo anterior, en el supuesto de que la *consulta* se refiere a la expiración del plazo de que el contratista disponía para la ejecución de la obra y no a la terminación del contrato pues en este caso la respuesta seguramente sería distinta".

En algunos contratos, como el de obra pública, el vencimiento del plazo no puede significar, en buena lógica jurídica, que ipso jure se tenga por terminado el acto jurídico. Una cosa es que termine el plazo y otra, muy distinta, que termine el contrato. Siendo él sólo un requisito accidental del mismo, tal circunstancia debe tenerse simplemente como un hecho indicador de que es el momento de verificar si la obligación de Dar, Hacer o no Hacer se ha agotado. Si esta no fuere la conclusión, debe operar la declaratoria de caducidad la que, una vez ejecutoriada, sí da pie para la liquidación como lo dispone la ley. Es la verificación sobre el alcance de las citadas obligaciones y su cumplimiento, la que puede llevarnos al convencimiento de que el contrato ha terminado.

Dejo así consignados, con todo respeto, los motivos de mi aclaración.

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D. E., diciembre tres (3) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

CONTRATOS CELEBRADOS POR LOTERIAS O BENEFICENCIAS.— Con los distribuidores de billetes: deben sujetarse a las reglas generales impuestas para los contratos administrativos. Requisitos. (Artículo 1o. de la Ley 64 de 1923 y 13 del Decreto 1140 de 1943). Cláusulas que deben contener. Terminación. APROBACION MINISTERIAL.— VIGILANCIA DEL GOBIERNO NACIONAL. Sobre loterías y beneficencias. La destinación misma de los ingresos provenientes de las loterias impone una serie de requisitos para garantizar su efectividad. FALTA DE LICITACION Y DE APROBACION MINISTERIAL. Consecuencia. Nulidad del contrato.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diciembre siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente Número 4243. Apelación.
Actor: **Henry Gutiérrez Gerlein.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el tribunal administrativo de Sucre el 2 de septiembre de 1983, mediante el cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En el libelo se formularon las siguientes pretensiones:

"Demando que mediante sentencia de ese Honorable Tribunal se DECLARE a la LOTERIA LA SABANERA DE LA BENEFICENCIA DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, administrativamente responsable por la ruptura unilateral del contrato administrativo suscrito con la firma "HENRY GUTIERREZ GERLEIN" Agencias de Lotería Ltda. el día 7 de enero de 1981, cuyo objeto era y es la venta de SETECIENTOS BILLETES, semanales correspondientes a los sorteos ordinarios los viernes de cada semana a las 8 p.m. en la ciudad de Sincelejo a partir del sorteo Número 498 que jugará el día 16 de enero de 1981. 2. Que se decrete la nulidad de las Resoluciones números 173 de agosto 3 de 1981 y 199 de septiembre 2 de 1981, mediante las cuales se ordenó la caducidad administrativa del contrato y se negó el recurso de reposición interpuesto.

"3. Que como consecuencia de la nulidad, la citada lotería está obligada a pagar a la firma 'HENRY GUTIERREZ Agencias de Loterías Ltda.' los daños y perjuicios que se le han ocasionado y se están causando, durante el tiempo que transcurra entre la materialización de la cancelación del contrato en forma irregular y la fecha, merced a la anulación de los actos administrativos, referenciales, se restablezca el vigor y eficiencia de dicho contrato, restituyendo a mi mandante los derechos que le han sido conculcados. Es decir, que se restablezca a mi patrocinada en el derecho que le fue

quebrantado y se le restituya su condición de agente en la ciudad de Barranquilla para la LOTERIA LA SABANERA DE LA BENEFICENCIA DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE.

"4. Si la sentencia que decrete el restablecimiento quedare ejecutoriada después del vencimiento del término del contrato, la indemnización consistirá en el valor de la utilidad que mi poderdante hubiera podido percibir desde el día 3 de agosto de 1981, en que fue privado de la agencia hasta el día del vencimiento del contrato, que lo es el día 16 de enero de 1983, cuya cuantía se probará en el proceso.

"5. Si la sentencia, quedare ejecutoriada antes del vencimiento de la duración del contrato, la utilidad será lo dejado de percibir desde que se le separó de la agencia hasta el día en que se le restablezca en su condición de agente; más el restablecimiento del carácter de Agente de Lotería LA SABANERA por el tiempo faltante para el vencimiento del contrato, o sea para el 16 de enero de 1982".

La demandante narró los hechos que pueden sintetizarse así:

1. Que el día 7 de enero de 1981 celebró contrato con la lotería La Sabanera de la beneficencia de Sucre para la compraventa de setecientos billetes, correspondientes a los sorteos ordinarios que semanalmente se llevan a efecto a partir del sorteo Número 498.

2. Que como término de duración del contrato se pactó el de dos años, contados a partir del 16 de enero de 1981 hasta el 16 de enero de 1983.

3. Que la lotería cambió las fechas de los sorteos Números 512 y 520, señalando las de mayo 2 de 1981 y junio 23 del mismo año.

4. Que ese traslado de fecha produjo transtornos en las costumbres de los loteros y usuarios, por lo que aquéllos se negaron a retirar los billetes correspondientes a los sorteos citados, aduciendo que para ellos no era negocio porque la del "Libertador" jugaba esos mismos días.

5. Que ante tales hechos, la demandante tuvo que devolver todos los billetes, ya que contractualmente sus compromisos estaban ligados al sorteo de los viernes.

6. Que La Sabanera ante tales hechos, declaró la caducidad del contrato mediante Resolución número 175 de agosto 3 de 1981, la que recurrida fue mantenida por la 199 de septiembre 2 del mismo año.

7. Que la demandante retiró y pagó los billetes correspondientes a dichos sorteos oportunamente, cancelando su valor, para dar estricto cumplimiento al contrato.

El *a-quo* para fundamentar su decisión denegatoria, sostuvo en uno de sus apartes:

"Como de las pruebas que obran en autos se desprende, sin duda alguna, que las partes que suscribieron el contrato que ha dado nacimiento al proceso en estudio omitieron varios de los indispensables requisitos que exigían tanto el Decreto 150 de 1976 como el Código Fiscal de Sucre, la Corporación debe aceptar que se encuentra ante un contrato sin perfeccionar y que, por consiguiente, no obliga a las partes a dar cumplimiento a las cláusulas allí contempladas y, por tanto, si la administración, representada en la Gerencia de la Lotería La Sabanera —en este caso— declaró la caducidad del mismo por medio de las resoluciones impugnadas, estaba en su derecho hacerlo, pues asi daba por concluída una negociación o convenio que por ostensibles omisiones se tornaba en imperfecto y sin eficacia jurídica entre las partes.

"El señor agente del Ministerio Público, doctor Roberto Martínez Conn, al respecto así se expresa en su concepto de fondo:

"Los actos atacados son las Resoluciones Números 173 de agosto tres (3) de 1981 y 199 de septiembre dos (2) del mismo año. Por la primera resolución se declaró la caducidad del contrato celebrado entre la lotería 'La Sabanera' y la Agencia de Lotería Limitada 'HENRY GUTIERREZ GERLEIN'; y por la segunda resolución se negó el recurso de reposición.

"Entre las partes se celebró un contrato de ventas semanales de setecientos (700) billetes de la lotería "La Sabanera", comprometiéndose el contratista a comprarlos de contado semanalmente, dicho contrato tenía una duración de dos (2) años contados a partir del dieciseis (16) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), prorrogable de común acuerdo con las partes.

"Como los sorteos Números 512 de mayo 2 de 1981 y 520 de julio 23 del mismo año, por cuestión de feriado se cambió el día del sorteo y por consiguiente dicho sorteo con el Libertador, que juega los días sábados, los loteros se negaron a retirar los billetes despachados por la lotería "La Sabanera", lo que originó la expedición de las resoluciones enjuiciadas y que son motivo de la presente acción.

"Incuestionablemente la firma 'HENRY GUTIERREZ GERLEIN' Agencias de Loterías Limitada, no cumplió con la venta semanal de los billetes enviados por la lotería "La Sabanera", por culpa de los loteros de Barranquilla quienes se negaron a reclamar los billetes, porque coincidía la fecha (sábado) con el sorteo de la lotería del Libertador de la cual ellos son mayoristas; en esas circunstancias, la culpa no la tuvo la lotería "La Sabanera", porque es de común ocurrencia que cuando la fecha de juego de la lotería coincide con un día festivo se prorroga para el día siguiente.

"En el contrato celebrado se estableció como caducidad del contrato, cualquier violación de las cláusulas, 'especialmente del retiro oportuno de los billetes de la entidad bancaria por parte del Agente, la lotería podrá dar por terminado el contrato sin que la lotería quede obligada a ninguna indemnización'.

"También se establece la caducidad para las entidades de derecho público en el artículo 49 ordinal d) Decreto 150 de 1976, que reza:

'El incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, y a juicio de la entidad contratante se hace inconveniente la continuación del contrato'.

"La caducidad es una de las prerrogativas de que goza la administración para defender sus intereses, y debe pactarse en todos los contratos que celebre".

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello se considera:

Para la fiscalía, la demanda está llamada a prosperar. Así, en su vista de 29 de junio del presente año, que obra a folios 250 y siguientes conceptúa:

"En el contrato de venta o de compra-venta de billetes de lotería, el Agente se comprometió a *retirar* semanalmente los billetes de lotería en las oficinas del Banco de Bogotá en la ciudad de Barranquilla y a pagar su valor previamente o contra entrega (cláusula 3a.).

"En el contrato se convino, que el Agente previo el lleno de unos requisitos podía devolver los billetes que no fueran vendidos y la Lotería le reconocería su valor (cláusula 5a. ver folio 16 vto.).

"Se observa, que en ninguna parte del contrato se convino la obligación por parte del Agente de vender y en qué cantidad los billetes de lotería que adquiera. El contrato fue de venta y no de distribución. El Agente adquiría semanalmente 700 billetes y él independientemente se encargaba de su distribución en la ciudad de Barranquilla. Es lógico que el propósito de la transacción, era poder vender o distribuir el mayor número de billetes de lotería, pues de eso dependían las ganancias del Agente.

"También resulta claro, que el hecho de jugar la lotería, o día de sorteo, era muy importante para el Agente, pues su interés era vender la lotería de Sucre en Barranquilla y para una mejor venta o distribución de billetes, el día del sorteo era importante. El viernes que era el día en que debía jugar la lotería no ofrecía competencia con otras loterías que se distribuían en Barranquilla.

"Precisamente en los sorteos 512 y 520 que fueron devueltos por el Agente, tuvo ocurrencia el cambio del día en que debió jugar.

"No se puede desconocer, que el cambio de día en que debía jugar la lotería, acarreaba al actor perjuicios, pues el hecho de no poder distribuir los billetes y tener que devolverlos todos, le impedía la ganancia correspondiente.

"En el caso en estudio es un hecho, que el Agente retiró los billetes de lotería de los sorteos 512 y 520 y fue precisamente lo resuelto por la Lotería en relación con el cambio del día en que debía jugar, lo que impidió la distribución de los billetes. Quien realmente incumplió en este caso fue la Administración.

"El problema, al parecer no pudo ser resuelto por las partes de otra manera, de modo que se conviniera un arreglo entre ellas, pero lo que sí no es posible aceptar es la solución que le dio la Administración declarando la caducidad administrativa del contrato.

"Es del caso pues, declarar la nulidad de los actos acusados y proceder a reconocer a la Sociedad actora los perjuicios".

Por su lado, el apoderado de la entidad demandada en su escrito que aparece a folios 244 y siguientes, insiste en sus puntos de vista, los que pueden sintetizarse así:

a) La contratista incumplió el contrato que celebró la distribución y venta de billetes de la Lotería La Sabana.

b) Que ese incumplimiento le permitió a la entidad la declaratoria de caducidad del mencionado contrato administrativo.

c) Que el contrato, además, es ineficaz porque en su celebración se omitieron los requisitos indicados en el código fiscal del departamento de Sucre y en el acuerdo 004 de 1973 de la junta de Beneficencia, tales como la no inclusión de la cláusula penal y de las garantías de cumplimiento, la omisión de los certificados de paz y salvo; el no pago del impuesto de timbre nacional; la no fijación de las fianzas; la no aprobación de la junta de Beneficencia; la no publicación en la gaceta departamental, etc. etc.

Los contratos que celebren las loterías o Beneficencias con los distribuidores de billetes deben sujetarse a las reglas generales impuestas para los contratos adminis-

trativos. Así, deberán adjudicarse mediante licitación y ser aprobados por el Ministerio de Salud. Esto se desprende del artículo 1o. de la Ley 64 de 1923 y 13 del Decreto 1140 de 1943. Además deben contener las cláusulas de garantía (multas por incumplimiento, cláusula penal pecuniaria, etc. etc.) y la determinación unilateral y las demás que se exijan en los códigos fiscales de los respectivos departamentos.

La aprobación ministerial se entiende por cuanto los ingresos por loterías no forman parte del patrimonio exclusivo de los departamentos (bienes o rentas), sino que tienen una destinación especial para la asistencia pública y son manejados en cuenta aparte. Por eso puede afirmarse que las loterías han sido puestas por la ley bajo control y vigilancia del gobierno nacional, que es el que administra a través del ministerio el servicio nacional de salud.

Así como las loterías, las Beneficencias departamentales son objeto de inspección y vigilancia del gobierno nacional y del control fiscal de la Contraloría General de la República (Ley 93 de 1938 artículo 2 y decretos 1140 y 0974 de 1947).

Aunque el artículo 13 del Decreto 1140 habla de los contratos que celebren los departamentos sobre loterías, debe tomarse esto en forma comprensiva aplicable aun en aquellos casos en que la lotería tenga su propia autonomía, bien como establecimiento público o como empresa industrial o comercial del Estado. Se entiende el texto de la norma porque a la sazón los entes descentralizados no tenían reglamentación propia y eran los territoriales los que cumplían la actividad administrativa. Recuérdese que sólo a partir de 1959, con la Ley 151, se empezó a pensar (legislativamente, se entiende) en los entes descentralizados funcionalmente y como una categoría residual de los territoriales.

Pero no puede afirmarse que como ahora las loterías están organizadas como entidades autónomas, éstas puedan administrar sus bienes libremente como los particulares. No, este no puede ser el sentido de la ley. La destinación misma de los ingresos provenientes de las loterías impone una serie de requisitos para garantizar su efectividad; requisitos que, para el caso concreto, estaban indicados en el código fiscal del Departamento de Sucre (ordenanzas 10 de 1975 y 22 de 1979, a folios 69 y siguientes y 154 y siguientes del c. principal, en el reglamento interno de la lotería La Sabanera dictado por la Junta de Beneficencia Departamental (a folios 169 y siguientes del cuaderno principal) y en el Decreto 150 de 1976, estatuto aplicable, además, por voluntad del artículo 14 de dicho código fiscal.

En este orden de ideas, se observa:

El contrato que figura a folios 16 y siguientes del cuaderno principal presenta ciertas omisiones que imponen su anulación, tal como lo propone la entidad demandada y como aún podría hacerlo de oficio esta Corporación jurisdiccional, dadas las voces no sólo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 sino también del 189 del Decreto 150 de 1976. El contrato en cuestión no contiene las cláusulas que forzosamente debía contemplar. Así, no se pactó la obligación para el contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, no se incluyó cláusula sobre multas por mora o incumplimiento parcial; ni se fijó la cláusula penal pecuniaria para efecto de la declaratoria de caducidad o incumplimiento.

Fuera de lo anterior, dado el valor superior a los $ 100.000.oo tampoco aparece la aprobación impartida por la Junta de Beneficencia; requisito éste contemplado en el artículo 9 literal c, del reglamento interno de la lotería. Ni la refrendación por parte de la Contraloría.

La Lotería La Sabanera está sujeta, en cuanto a contratación, al código fiscal departamental. Esto se desprende de armonizar el artículo 10 del citado estatuto con el 33 del mismo. El hecho de la autonomía no significa que su contratación no tenga que respetar las reglas propias de la contratación pública, las que vienen a ser así la salvaguarda de los derechos de la administración.

Lo anotado, más la falta de licitación y de aprobación ministerial, impone la declaratoria de nulidad del contrato en cuestión.

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:

Revócase la sentencia de 8 de septiembre de 1983 dictada por el tribunal administrativo de Sucre. En su lugar, declárase probada la excepción de nulidad absoluta del contrato propuesta por la parte demandada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 6 de diciembre de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.— ACTIO IN REM VERSO.— Presupuestos para su procedencia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diciembre once (11) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente Número 4070.
Actor: **Madriñán Micolta y Compañía Ltda. —PATROL—.**

En escrito de 14 de junio de 1983 la sociedad Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. demanda a la Administración Postal Nacional —AD POSTAL— para que se le condene al pago de $ 10'942.000.98 con el reajuste monetario correspondiente desde el 25 de agosto de 1982, más el lucro cesante desde esa misma fecha.

Como hechos narra en síntesis:

a) Que en vista de la situación de emergencia que se le creó a AD-POSTAL por la terminación del contrato de vigilancia que tenía celebrado con otra empresa y a la falta

de formalización de un nuevo contrato con la demandante, le pidió a ésta el 13 de mayo de 1982 que le prestara su servicio en las condiciones previstas en la licitación número 3 de ese año.

b) Que ante tal solicitud y la gravedad de la situación, la actora accedió a prestar ese servicio transitorio hasta la legalización del contrato que ya se le había adjudicado.

c) Que la demandante prestó el servicio de vigilancia durante el lapso comprendido entre el 16 de mayo y el 25 de agosto de 1982.

d) Que requerida la entidad para el pago, su junta directiva en sesión de 13 de septiembre de ese año (ver punto 8o. del acta Número 389), autorizó al director general para proceder a su solución. Dicha acta fue suscrita por la viceministra de comunicaciones, como presidenta de la junta.

e) Que en cumplimiento de esa orden, el director de AD-POSTAL expidió la Resolución Número 2282 de octubre 3 de 1982, en la cual se reconoció la prestación, con pago parcial por el período mayo 15 -julio 30 en cuantía de $ 7'646.654.92.

f) Que prestado el servicio, la actora presentó sus cuentas de cobro por el total. Una por $ 7'644.309.32 y la segunda por $ 3'288.106.67.

g) Que la primera fue tramitada (Número 0101796) debidamente hasta el momento de girar el cheque; inexplicablemente no se pagó, pese a estar registrada la cuenta en la oficina de control y ejecución presupuestaria, con su imputación correspondiente Número 1.B.130.15-4; igualmente consta que se hizo la reserva presupuestal.

h) Que la segunda cuenta fue devuelta sin trámite ni actuación alguna.

i) Que AD-POSTAL ha omitido y sigue omitiendo el pago sin dar razón alguna, pese a las reiteradas peticiones ante la presidencia de la entidad y su junta directiva.

j) Que AD-POSTAL recibió el beneficio por los servicios prestados por la demandante y ésta se empobreció en la cuantía del valor de los mismos, más la demora en su pago.

De folios 33 a 36 del cuaderno principal se analiza la fundamentación jurídica de la demanda, en torno a la figura del enriquecimiento sin causa, dado que la fuente de la obligación demandada no es contractual. Así se desarrolla el punto con base en los artículos 2304, 2313 a 2331, 793 inciso 2o., 1747, 2120 y 2243 del Código Civil. Glosa la demandante también la juriprudencia de esta misma sección contenida en el fallo de 13 de diciembre de 1979.

Cumplido el trámite de rigor y como no se observa causal de alguna nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal, la demanda está llamada a prosperar. Así, en su vista de junio 28 del presente año que obra a folios 42 y ss. sostiene en sus apartes finales:

"Este despacho ya ha tenido oportunidad de estudiar y pronunciarse sobre casos similares al presente. Fue así como en el concepto Número 147 de agosto 27 de 1979 se dijo:

"No obstante que la ley no establece el enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones, tanto la jurisprudencia como la doctrina la han aceptado como soporte

para reclamar los perjuicios sufridos por quien los alega. Este remedio jurídico se basa en el principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás. De ahí que quien ha ejecutado un acto en favor de otro que le ha reportado un beneficio, tiene derecho a reclamar su valor, aun en contra del Estado.

"Ahora bien: Para que exista enriquecimiento sin causa y prosperen en consecuencia las pretensiones del demandante, es necesario que concurran los siguientes elementos:

"A) Un enriquecimiento injusto por parte del demandado por razón de que mediante los hechos verificados por el demandante entró a patrimonio de aquél algún provecho que se haya comprobado.

"B) Que a este enriquecimiento o patrimonio no haya tenido ningún derecho el demandado y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante; y

"C) Que el demandante sufra el daño si no se le reembolsa lo gastado o el valor de los servicios prestados ....

"Sin embargo, en ese entonces la Sala no aceptó la tesis del enriquecimiento sin causa.

"En reciente providencia, sentencia de marzo 9 de 1984, la Sala resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda, dando aplicación al principio del enriquecimiento sin causa.

"En el presente caso y analizadas las pruebas allegadas al expediente, se puede deducir que por solicitud escrita de la Administración (folio 28 c. Número 2), la actora prestó los servicios de vigilancia. Existe al folio 33 del C. Número 2, la constancia de las fechas dentro de las cuales se ejecutó ese servicio de vigilancia. El valor de los servicios prestados se puede deducir del valor pactado en el contrato que se suscribió después, elaborado según el pliego de licitación.

"Así pues, en este caso, se dan plenamente los presupuestos exigidos por la jurisprudencia y la doctrina, para aplicar el principio del enriquecimiento sin causa".

Por su lado, la demandante insiste en sus pretensiones luego del análisis probatorio. En su alegato de conclusión (a folios 46 y ss) reafirma su posición inicial con apoyo en sentencia de esta misma Sala de marzo 9 de 1982 y presenta una liquidación estimativa de lo que debe ser la condena.

Para resolver, se considera:

Aparecen bien demostrados dentro del proceso, los siguientes hechos:

1. La existencia y representación legal de la demandante Sociedad Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. —PATROL— (ver certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, a folios 2 y ss. del cuaderno principal).

2. La adjudicación del contrato de vigilancia a la firma demandante ganadora de la licitación Número 3 de 1982 (ver copia de la Resolución 1171 de 10 de mayo de 1982, a folios 19 C. Número 2).

3. La petición hecha a la firma demandante por AD-POSTAL para la prestación del servicio en los términos contenidos en el pliego de condiciones de la mencionada licitación, a partir del 16 de mayo del citado año (ver oficio Número a-CS-0652, a folios 18 del mismo cuaderno).

4. La celebración del contrato Número 2367 de 18 de agosto de 1982 (a folios 21 y ss. del C. Número 2) y su legalización posterior (ver acta junta directiva a folio 7 cuaderno principal).

5. La finalización, a partir del día 15 de mayo del mencionado año, del contrato Número 1780 celebrado entre AD-POSTAL y ASOSECOL (ver oficio Número 0681 de 22 de mayo del presente año a folios 32 del C. Número 2).

6. La prestación del servicio de vigilancia entre el 16 de mayo y el 25 de agosto de 1982 por parte de la sociedad actora (ver constancias a folios 32 y 33 del C. Número 2).

7. La autorización de la junta directiva de AD-POSTAL a su director general para el pago de las sumas debidas a la demandante hasta el 15 de julio de 1982, por un valor aproximado de ocho millones ($ 8'000.000.oo).

8. El reconocimiento, mediante resolución, de las sumas debidas a Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. —PATROL— por los servicios de vigilancia prestados entre el 15 de mayo y el 30 de julio de 1982, por $ 7'654.309.32 (ver Resoluciones Números 2282 y 2330 de 4 y 12 de octubre de ese año, en su orden).

9. La cuenta de cobro Número 1796 debidamente legalizada pero no pagada, por un total de $ 7'654.309.32 (a folios 10 y siguientes del C. principal), con su sello de control y ejecución presupuestaria y su registro correspondiente Número 2053 de 1982, con su reserva por igual valor y con imputación 1B.13015-4.

10. La cuenta de cobro, sin legalizar, por $ 3'288.106.70, por concepto de la prestación del servicio de vigilancia en el período del 16 de julio al 26 de agosto (a folio 13 y siguientes).

Los hechos probados, con prueba documental auténtica muestran:

a) Que acatando la solicitud de AD-POSTAL el 13 de mayo de 1982, la demandante inició el servicio de vigilancia en las oficinas del Instituto que funcionan en Bogotá, Barranquilla, Bucaramanga, Cali y Manizales.

b) Que la administración lo hizo movida por la situación de emergencia que se le había creado a raíz de la terminación del contrato de vigilancia celebrado entre AD-POSTAL y ASOSECOL y que dejó los bienes estatales en total desprotección a partir del 15 de mayo de 1982.

c) Que el servicio fue prestado desde el 16 de mayo hasta el 25 de agosto de ese año, tal como se desprende de las constancias y los reconocimientos hechos por AD-POSTAL, sin observación y a satisfacción. Prueba de ello es que la misma firma prestó el servicio de vigilancia a partir de esta última fecha, pero ya con contrato debidamente celebrado.

Para la Sala el asunto es claro. Todo da a entender que la actora prestó el servicio en el período cuestionado por el llamado de la entidad demandada del 13 de mayo de 1982. Su acatamiento obedeció a la situación de emergencia que vivía en el momento AD-POSTAL.

Por lo demás, el problema de fondo tampoco es nuevo para esta Sala. Efectivamente como lo sostiene la demandante, en sentencia de marzo 9 del presente año se decidió asunto similar con fundamento en la institución jurídica del enriquecimiento sin causa.

Y como en el caso decidido, en el presente se dan todos los elementos tipificantes de la actio in rem verso. Se produjo un enriquecimiento de AD-POSTAL, ya que recibió un servicio de vigilancia por una empresa especializada en el ramo, esencialmente oneroso y en el cual la gratitud no se presume.

La Sociedad Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. —PATROL— cuya actividad es lucrativa, se empobreció en un valor equivalente al beneficio recibido por AD-POSTAL, ya que no percibió la contraprestación correspondiente a la actividad desplegada. La correlación entre el enriquecimiento de la entidad pública y la mengua patrimonial de la demandante es obvia; ambos extremos sin causa alguna. Además, la sociedad no tiene una acción específica para el restablecimiento de su derecho.

No existió una relación contractual en el período cuestionado, porque sólo se dio una relación de hecho propiciada por Ad-Postal por razones de buena administración y que nada tenía que ver con la celebración del contrato adjudicado mediante la Resolución 1171 de 10 de mayo de 1982 y que gobernó las relaciones de las partes a partir del 25 de agosto de ese año.

Y ni siquiera puede hablarse que se trató de una ejecución anticipada del mismo contrato porque por mandato del artículo 202 del Decreto 150 de 1976, aplicable al caso controvertido, existía la prohibición terminante de ejecutar contratos no perfeccionados. El texto que, en similares términos, se repite en el Decreto 222 de 1983 (artículo 299), reza:

"Sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente decreto no podrá pagarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen".

Tan conscientes de la pohibición fueron las aludidas partes que cuando se celebró finalmente el contrato 2367 para la vigilancia de las mismas oficinas, nada se habló de la situación inmediatamente anterior, comprensiva del período mayo 16 agosto 25. Ni siquiera se recortó el plazo fijado en el pliego de condiciones de la licitación. Hubiera sido cómodo, para facilitar el pago del mencionado período, disminuir en un lapso igual la duración del contrato, para con el sobrante del presupuesto apropiado para el efecto cubrir esa etapa previa.

La situación de hecho, como se explicó, la creó la demandada, la que en todo momento fue consciente de que sólo así podía sortear la falta de vigilancia. Y la creó porque no tenía otra alternativa de servicio que evitara los daños irreparables que su conducta pasiva de seguro hubiera producido en los bienes sometidos a su custodia. Trató por ese medio de salvar una situación de emergencia, con la persona más indicada para el efecto y que estaba más a la mano, cual era Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. —PATROL—; a quien, precisamente, le acababa de adjudicar un contrato de vigilancia pero que, por circunstancias de procedimiento, no podía iniciar inmediatamente su ejecución. De allí que ante la perspectiva de dejar los cuantiosos bienes de la entidad estatal sin protección alguna, resolvió apelar a una vigilancia provisional, de emergencia, justificada a todas luces. La desprotección de los bienes pertenecientes a un servicio tan vital para la marcha del Estado, por razones de mero procedimiento, no habría tenido presentación alguna y hubiera de seguro causado mayores perjuicios para la colectividad.

Visto lo precedente, podría aducirse que la actora tenía una acción de simple ejecución derivada de las Resoluciones Números 2282 y 2330 de 4 y 12 de octubre de 1982, por medio de las cuales AD-POSTAL reconoció la suma de $ 7'654.209.32 como valor de los servicios provisionales prestados durante el lapso mayo 15 — julio 30 de ese año.

Aunque en apariencia esto es así, hay que tener en cuenta que la Administración no podía hacer ese reconocimiento indemnizatorio mottu proprio, sin violar las reglas de orden constitucional que gobiernan la hacienda pública, en especial los artículos 206, 207 y 210 de la Carta. Y fue este motivo, en el fondo, el que debió mover a la administración a no pagar el valor de dicha indemnización. No otra explicación tiene su silencio final luego de la autorización dada por la junta directiva al gerente. Las mencionadas reglas de Hacienda Pública no son sólo aplicables al ente nación, sino que también gobiernan en esto a los establecimientos públicos, ya que sus presupuestos forman parte del general de aquélla y se aprueban conjuntamente mediante ley formal (Decreto 294 de 1973 artículo 2o.).

Tan cierta es esta inconstitucionalidad que ni siquiera la entidad demandada presentó como excepción el acto de reconocimiento. No puede olvidarse tampoco para negarle todo el valor ejecutorio a dicho reconocimiento, que cuando la administración compromete su responsabilidad con sus hechos y omisiones, por regla general, no procede la petición indemnizatoria formulada directamente ante ella. Refuerza esta afirmación el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que muestra cómo la petición de perjuicios se hace al juez sin que previamente se haya buscado un pronunciamiento administrativo.

Lo expuesto muestra, así mismo, que la nota de subsidiaridad que se le imputa a la actio in rem verso se da en el presente caso.

En tal sentido y a falta de una acción específica no cabía otra salida que la escogida por la demandante.

Además, dado el carácter de comerciante que ostenta la actora, el artículo 831 del Código de Comercio viene a reforzar aún más la acción intentada, al disponer que "nadie podrá enriquececerse sin justa causa a expensas de otro".

Debe entonces, como se expuso atrás, enfocarse la conducta de la administración como un hecho; hecho perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir contraprestación alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio.

Considera la Sala que la actora tiene la razón y deberá ser restablecida en su derecho hasta concurrencia de su empobrecimiento, ya que se acreditaron suficientemente los presupuestos para la procedencia de la actio in rem verso. Se comprobó que aquélla prestó el servicio de vigilancia durante el período mayo 16- agosto 25 de 1982, dentro de los requerimientos exigidos. Igualmente se demostró que AD-POSTAL nada ha pagado por ese concepto, enriqueciéndose con su omisión, con lo que se evidencia de paso el empobrecimiento o el perjuicio sufrido por la empresa que prestó el servicio.

El monto del empobrecimiento.

Mediante Resoluciones Números 2282 y 2330 de 4 y 13 de octubre, en su orden, de 1982, el director general de Ad-Postal, autorizado por su junta directiva (ver acta 389 a folios 7 del cuaderno principal), reconoció como valor del servicio durante el período comprendido entre el 15 de mayo y el 30 de julio de ese mismo año, la suma de $ 7'654.309.32.

El valor así establecido no mereció reparo alguno y se ajusta a la realidad del servicio prestado. Los factores aparecen discriminados en la cuenta de cobro 01796 (a folios 10 y siguientes) y tienen el visto bueno de la dirección general de la división de compras y servicios y de la Contraloría General de la República.

Este primer aspecto no ofrece objeciones y deberá reconocerse en la cantidad señalada.

Frente al lapso comprendido entre el 1o. de agosto y el 25, se anota:

Figura en el expediente la cuenta formulada por la demandante por un valor de $ 3'288.106.67, sin discriminación alguna y comprensiva del período 16 de julio al 25 de agosto. Aparece así cobrándose la segunda quincena de julio, la que ya estaba incluida en la cuenta anterior. De tal manera que no podrá tomarse este estimativo sino sólo para los 25 días de agosto.

Hecha la proporción resulta que el servicio prestado en esos 25 días, a los valores del reconocimiento del primer período, valen $ 2'551.436.44 y no $ 2'876.246.32. No existe prueba alguna que el servicio en esos días de agosto se pactó en condiciones diferentes. No se acoge el sistema propuesto por la parte actora para liquidar este lapso porque apela para ello a los términos del contrato 2367 y la relación aquí estudiada es de índole extracontractual. El contrato en esa forma sólo puede tomarse como punto de referencia.

En síntesis, el valor de lo que dejó de percibir la demandante asciende a $ 10'206.745.76.

La cantidad así determinada deberá pagarse con un reajuste por devaluación, tal como se solicita en la demanda.

Pero este extremo tendrá que liquidarse mediante el incidente contemplado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo en armonía con el 308 del Código de Procedimiento Civil porque no existen en el expediente los índices de precios al consumidor correspondientes al lapso 25 de agosto de 1982 y la fecha de esta providencia. Estos índices y los al por mayor son los autorizados para el ajuste del valor de las condenas, según el artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

Si bien es cierto existe certificación del DANE (a folios 9 del cuaderno Número 2) ella no comprende sino hasta noviembre de 1983, quedando por fuera casi un año de reajuste.

La solución propuesta por la demandante de que se haga ese ajuste hasta noviembre del 83 y se obligue a AD-POSTAL a hacer el reconocimiento de esa fecha a la del pago, introduce un factor de incertidumbre que puede conducir a que la obligación se haga exigible difícilmente. Lo más prudente es la determinación de la cifra total que se debe ajustar, la que sería así líquida, clara y exigible.

No accederá la Sala al reconocimiento de intereses a la tasa del 6% anual desde el 25 de agosto de 1982, porque la condena se hará a título de restablecimiento del equilibrio roto por el enriquecimiento estudiado y no a título de perjuicios.

En estas condiciones sólo el ajuste será materia del incidente, para su concreción definitiva tomando como base los índices de precios al consumidor desde el 25 de agosto de 1982, fecha en la que se debió pagar el servicio, hasta la de este fallo.

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

FALLA:

1. Declárase que AD-POSTAL (Administración Postal Nacional) se enriqueció a costa de la sociedad "Madriñán, Micolta y Compañía Ltda." —PATROL—, de conformidad con los hechos narrados en la demanda.

2. En consecuencia, a título de restablecimiento condénasele a pagar a la mencionada persona jurídica, la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 10'205.745.76).

3. Condénasele, así mismo, a pagar el reajuste monetario de la suma de $ 10'205.745.76 con sujeción a las pautas indicadas en la motivación. Para este efecto deberá tramitarse el incidente regulado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

4. Deniéganse las demás súplicas.

5. La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. La condena hecha en el numeral 2. devengará intereses comerciales corrientes durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término. Igual cosa sucederá con la condena incluida en el numeral 3, una vez se haga su concreción mediante proveído que decida el incidente.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO VERBAL SOBRE PRESTACION DE SERVICIOS CON BASE EN LA ADJUDICACION HECHA, Y ANTES DEL PERFECCIONAMIENTO DEL RESPECTIVO CONTRATO ADMINISTRATIVO.— En hipótesis como la planteada en este proceso, es necesario demandar la declaratoria de nulidad absoluta del contrato administrativo y la consecuencial restitución o reembolso de todo aquello en que la administración se hubiera hecho más rica. Es una acción contractual y no puede confundirse con la de "enriquecimiento sin causa", "torticero" o "actio in rem verso", que es el último recurso que doctrina, jurisprudencia y legislación conceden a quien se enfrentan a lesión patrimonial sin que pueda demostrar fuente obligacional alguna.

Salvamento de voto del consejero Doctor **Jorge Valencia Arango.— FECHA ILEGIBLE.**
Expediente: 4070.
Actor: **Madriñán Micolta y Cía. Ltda. — PATROL.**

Me separo de la sentencia anterior, por considerar que ella ha debido ser absolutoria o, en el mejor de los casos, inhibitoria, por ineptitud sustantiva de la demanda, por las razones que anoto, a continuación, en forma sucinta.

A. 1. Dice la demanda en sus hechos fundamentales:

"Primero. En vista de una situación de emergencia que se le creó a la Administración Postal Nacional por la terminación del contrato de Vigilancia que tenía celebrado con otra empresa privada y a la falta de formalización de un nuevo contrato con la sociedad que represento, ADPOSTAL le pidió a esta última, el 13 de mayo de 1982 que le prestara mientras tanto el servicio de vigilancia, en las condiciones previstas en la licitación pública Número 3 de 1982.

"Segundo. Teniendo en cuenta la situación muy grave a que estaba abocada ADPOSTAL por inminencia de quedar sin vigilancia sus instalaciones en todo el país, la sociedad que represento accedió a prestarle este servicio transitorio hasta la legalización del contrato que debía celebrarse como consecuencia de la licitación que ya se había adjudicado, en la seguridad de que esos servicios le serían pagados puntualmente.

"Tercero. La sociedad demandante le prestó a ADPOSTAL en forma efectiva oportuna los servicios de vigilancia durante el tiempo comprendido entre el 16 de mayo y el 25 de agosto de 1982.

"Cuarto. En vista de un requerimiento de pago de los servicios prestados, la Junta Directiva de ADPOSTAL, en su sesión del día 13 de septiembre de 1982 y según consta en el punto 8o. del Acta Número 389, autorizó al Director General de la entidad para proceder a su pago. Dicha acta está suscrita por la actual Viceministra de Comunicaciones, doctora María Teresa Garcés en su condición de Presidenta de la Junta.

"Quinto. En cumplimiento de la referida autorización, el actual Director de ADPOSTAL, doctor Douglas Mora Urrea expidió la Resolución Número 2282 de 1982 (octubre 3), por medio de la cual se reconoció la prestación efectiva de los servicios y se ordenó el pago de una parte, la correspondiente a mayo 15 — julio 30 de 1982, en cuantía de $ 7'646.654.92.

"Sexto. Prestado, pues, el servicio en beneficio exclusivo de ADPOSTAL y a su entera satisfacción y producida la actuación anterior, Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. presentó dos cuentas de cobro por el valor total o costo del servicio. La primera por $ 7.644.309.32 y la segunda por $ 3'288.106.67.

"Séptimo. La primera de tales cuentas, distinguida con el número 017-96 de ADPOSTAL fue tramitada debidamente por los funcionarios administrativos de la entidad y los de la Contraloría General de la República (auditoria respectiva) hasta el momento de girar el cheque. Esto último se hizo, inexplicablemente. Consta además en el documento original que la cuenta se registró bajo el Número 2053 de 1982 en la Oficina de Control y Ejecución Presupuestaria y que su valor se imputó así: 1. B.130.15-4. Igualmente consta que se hizo la reserva presupuestal por el valor de la cuenta.

"Octavo. La segunda cuenta, correspondiente a los servicios prestados entre el 16 de julio y el 25 de agosto, fue devuelta a los interesados sin ningún trámite ni actuación".

2. Al referirse a los "fundamentos de derecho", dice el libelo:

"La Administración Postal Nacional ha reconocido los servicios de vigilancia que a solicitud de ella misma le prestó la sociedad demandante y, aún más, mediante la Resolución 2282 de su Director General se impartió la orden de pagarlos. Sin embargo, la misma entidad en forma obstinada, omite realizar las operaciones necesarias y finales para el cumplimiento de su propia orden, omisión ésta que ha producido grave daño a mi mandante y que, por ende genera la responsabilidad prevista en el artículo 30 Número 1o. -b) del Decreto 528 de 1964.

"Esta falta de pago de los servicios efectivamente prestados a solicitud de la propia entidad oficial, ha creado una situación de enriquecimiento sin causa para ADPOSTAL, con el correlativo empobrecimiento de la sociedad demandante, situación a la cual debe ponerse fin mediante la condena impetrada, restableciendo así el equilibrio económico y jurídico que rompió ADPOSTAL con su omisión de pagar.

"La fuente de esta obligación de pagar no es contractual, toda vez que para la prestación de los servicios de vigilancia entre mayo y agosto de 1982 no medió la celebración de ningún contrato administrativo que, según nuestra legislación, es un acto formal. Pero prestado el servicio a instancias de la Administración y costeado éste por la sociedad que represento, con el consiguiente beneficio para la primera — que ella misma reconoce —, la obligación de pagar emana del principio general de derecho conforme al cual NADIE PUEDE ENRIQUECERSE INJUSTAMENTE A COSTA DE OTRO, "NEMO LOCUPLETARI POTEST ALENA JACTURA.

"Todo el derecho positivo colombiano parte de este supuesto jurídico fundamental que tiene diversos desarrollos específicos en el Código Civil, tales como los artículos 2304, 3213 a 2331, 739 inciso 2o., 1747, 2120, 2243 para no citar otros muchos.

"La doctrina y la jurisprudencia occidentales reconocen que este principio no sólo es fuente de derechos en la esfera civil, sino que también tiene amplia aplicación en el Derecho Público y específicamente en el Derecho Administrativo. Es así como se admite también en lo Contencioso Administrativo la 'ACTIO DE IN REM VERSO' como instrumento procesal para buscar el restablecimiento de la equidad quebrantada cuando quiera que el Estado o las entidades de derecho público se enriquezcan injustamente, a costa de un tercero que se ha empobrecido. A esta plausible orientación de la jurisprudencia y de la doctrina no ha sido ajena esa alta Corporación, como puede verificarse en la sentencia de 23 de septiembre de 1968 (Anales Tomo LXXV- 1968 2o. semestre)'.

"En Francia, como lo anota Vedel (Derecho Administrativo Editorial Aguilar 1980 página 218) se le ha dado aplicación no sólo en el ámbito de las obras públicas, sino en muchos otros diversos campos. En Italia también ha tenido y tiene amplia aplicación, como lo que pone de presente Guido Zanobin en su Curso de Derecho Administrativo —Parte General (Editorial Arayú B. A. 1954 páginas 306 y siguientes). No resisto la tentación de transcribir el siguiente aparte de esta última obra, por la evidente analogía que ofrece con el que se propone en esta demanda.

'El caso más común, en el que el Instituto encuentra aplicación —el autor se refiere al 'enriquecimiento sin causa'— es el de una obra construida por un particular en base a un pedido de la administración, conferido sin observancia de las formas prescritas. La obra es considerada cumplida sin alguna relación con el ente público. Si éste, empero, la considera hecha en su interés y se aprovecha de ella, quien la ha construido tiene derecho a la compensación como si hubiera actuado en base a un procedimiento regular'.

"No quiero terminar este escrito sin referirme a la tesis mayoritaria de esa Sección, contenida en el fallo del 13 de diciembre de 1979 (Radicación. Relato 4952) según la cual se supone que cuando alguien ha realizado una obra a pedido de la Administración, pero sin las formalidades del contrato, dada la urgente necesidad de ejecutarla y, desde luego, pretenda obtener la consiguiente reparación de su derecho, tenga que plantear el caso con fundamento en la petición de nulidad de un supuesto contrato para que, declarada ésta y, asimilada la administración a un menor (artículo 1745 del Código Civil) se decreten las restituciones o el reembolso de lo que se gastó o se pagó en virtud del 'contrato' (artículo 1747 ibídem)'.

"Modesta y respetuosamente opino que en esta hipótesis no existe vínculo contractual administrativo, como lo reconoce la doctrina universal de los tratantes de derecho público, y que, por ende, la fuente de la obligación de reparar es el principio general del 'enriquecimiento sin causa'.

B. Al proceso se trajeron, entre otros, las siguientes pruebas documentales:

1. Carta de 13 de mayo de 1982, dirigida por la entidad demandada a la demandante y que dice:

"Atentamente nos permitimos solicitarles que inicien la prestación del servicio de vigilancia de las oficinas del Instituto que funcionan en Bogotá, Barranquilla, Bucaramanga, Cali y Manizales, a partir del 16 de los corrientes de conformidad con las pautas determinadas en el pliego de condiciones de la licitación pública número 03 de 1982, cuyo contrato respectivo fue adjudicado a esa entidad". (folio 5).

2. Curiosamente no hubo respuesta escrita o, por lo menos, no se trajo a los autos, pero la misma demanda afirma que convino en prestar tales servicios y que efectivamente los prestó a partir del 16 de mayo de 1982.

3. Copia auténtica de las Resoluciones 2282 y 2330 de ADPOSTAL de 4 y 13 de octubre de 1982, respectivamente, sobre reconocimiento de los servicios de vigilancia y orden de pago de los mismos.

4. Original de la cuenta de cobro (folio 10) por valor de $ 7.654.309.32 con todo el proceso administrativo contable y de Contraloría, con las respectivas firmas oficiales, sin que se sepa porque no se giró el respectivo cheque.

5. Original, sin trámite alguno, de otra cuenta de cobro, por el mismo servicio, por el valor de $ 3.288.106.67.

C. Sobre la acción que debe aducirse para obtener la respectiva restitución frente a los contratos absolutamente nulos, dijo esta Sala en sentencia del XII-13 fr 1979 en Sección Tercera, Expediente 2403 Anales 2 Semestre 1979 página 507:

"a) Como puede verse, el libelista fundamenta su pretensión de cumplimiento de los artículos 254 del Código Contencioso Administrativo, 8o. de la Ley 61 de 1921 y artículo 2o. del Decreto 341 de 1960, todos los cuales afirma que fueron violados por cuanto no se hizo por escrito, no se pactó la cláusula de caducidad, no se prestó fianza de cumplimiento por el contratista ni pública ni privada'.

"Es decir, que es el mismo demandante quien se encarga de demostrar la *nulidad absoluta* del cuestionado contrato, en los términos del artículo 1741 del Código Civil, no obstante, lo cual, pretende su cumplimiento, con aplicación —así ha de entenderse— del artículo 1609 del mismo estatuto'.

"b) No es posible —repugna a la más elemental lógica jurídica— demandar el cumplimiento de un contrato y probar como 'causa para pedir' la nulidad absoluta del mismo'.

"c) Y aunque en principio, el artículo 1746 del Código Civil, prevé como consecuencia de la nulidad del contrato la restitución de las partes al estado anterior, ello es sólo posible cuando no proviene la nulidad de causa u objeto ilícitos, pues en tales eventos, nada puede pedir quien haya intervenido en él (artículo 1525 Código Civil) y, además, la premisa y principal pretensión, en estos casos, es la de *nulidad absoluta* y, sólo como consecuencia, la de restitución de lo dado, pagado o entregado (artículo 1646 del Código Civil)'.

"d) En el asunto *sub-júdice*, se demanda el incumplimiento del contrato absolutamente nulo y ya se dijo que ello no es posible.

"e) Y el artículo 1747 del Código Civil, que hace excepción a las reglas dadas sobre la nulidad absoluta — en concordancia con el artículo 1745 de la misma obra al permitir la restitución para evitar el enriquecimiento sin causa, sienta como premisa indiscutible la que se *declare la nulidad*, o lo que es lo mismo, que se *haya demandado o demostrado esa nulidad y aquí nada de eso ha ocurrido'*.

"f) Y no subsana —en lo más mínimo— las irregularidades sustanciales anotadas, la cita escueta que hace el libelo del artículo 8, de la Ley 153 de 1887, el cual unido al 4o. de la misma ley, ha servido a la jurisprudencia nacional para elaborar y dar respaldo a la tesis del enriquecimiento sin causa y a la acción *'in rem verso'*, pues aquí el enriquecimiento nace 'excontracto' y la respectiva acción *in rem verso'*, surge precisamente por falta de otra acción o en subsidio de otra acción como lo han reconocido la doctrina y jurisprudencia y, por lo mismo, es distinta a la 'restitución' por 'enriquecimiento' comprendido en el artículo 1747, norma que no condiciona la 'repetición' al correlativo empobrecimiento de la parte, como sí resulta necesario a los ojos de la doctrina y la jurisprudencia, en el caso de la *'actio in rem verso'* por enriquecimiento torticero o sin causa que, como su nombre lo indica nace *'ex contracto'*, *'ex causa'*.

"g) Y, lógicamente, como consecuencia de los hechos 5o. y 7o. del libelo demandatorio, la paralización de las obras ocurrió el 6 de septiembre de 1973, por lo que cualquier acción extracontractual había caducado tres (3) años después, mucho antes del 25 de enero de 1978 en que se formuló la demanda que ha dado origen a este juicio y, por lo mismo, aún entendida así la súplica —que no lo fue— la acción estaría caducada.

"h) La Sala no comparte la tesis de la Fiscalía sobre la aplicación del Decreto-Ley 150 de 1976, al presente caso, por las siguientes sucintas razones:

"1. Porque lo que el decreto permite es la celebración verbal de contratos por cuantía inferior a $ 200.000.oo y no el fraccionamiento de contratos por cuantías superiores. Si el contrato se hace *verbalmente* por cuantía superior a $ 200.000.oo, es absolutamente nulo y con la invocación de tal estatuto, no puede pretenderse el pago hasta $ 200.000.oo, pues la nulidad es total, no parcial.

"2. No puede aplicarse un estatuto legal de 1976, para decidir sobre la *validez* o *invalidez* de un contrato celebrado, según la demanda, en 1972. ('Sentencia de diciembre 13 de 1979, Sección Tercera, Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango, Expediente Número 2403, Actor: Ediberto Sánchez").

D. 1. No queda duda alguna de que la controversia ha debido plantearse como contractual, pues las pretensiones deducidas en el juicio reconocen esa fuente obligacional.

2. En efecto:

a) Se había adjudicado a la firma demandante, mediante licitación pública los mismos servicios que prestó y cuya remuneración reclama.

b) No se había celebrado el respectivo contrato.

c) No obstante, ADPOSTAL solicitó al adjudicatario que "INICIARA" la prestación de los servicios adjudicados aunque no se hubiera celebrado el respectivo contrato y bajo las condiciones estipuladas o, como dice su texto, "de conformidad con las pautas determinadas en el *pliego de condiciones de la licitación pública número 03 de 1982, cuyo contrato respectivo fue adjudicado a esa entidad*".

d) La firma demandante aceptó y prestó el respectivo servicio.

e) Lo anterior demuestra que hubo un *"contrato verbal"* sobre prestación de servicios con base en la adjudicación hecha, y antes del perfeccionamiento del respectivo contrato administrativo.

f) Que tal procedimiento violara las leyes de la contratación administrativa, normas de derecho público, no demuestra QUE NO HUBO CONTRATO como lo insinúa el libelo, sino QUE SE CELEBRO UN CONTRATO ABSOLUTAMENTE NULO.

8. 1. Dice el artículo 13 del Decreto-Ley 150 de 1976:

"Artículo 13. *Del consentimiento, objeto y causa.* Los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos se regirán por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y demás normas complementarias".

2. Preceptúa el artículo 189 del mismo estatuto:

"Artículo 189. *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 celebran por funcionarios que carezcan 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 hubiere 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 la licitación pública o privada que la ley ordene o cuando en la realización de las mismas se cometieren irregularidades".

3. Y sanciona el artículo 202 *ibídem.*

"Artículo 202. *De la prohibición de ejecutar contratos no perfeccionados.* Sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente decreto no podrá pagarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen".

h) La misma ley regula los contratos administrativos absoluta o relativamente nulos, por lo que no es lícito al intérprete desconocer su existencia.

1. El Código Civil trae las siguientes normas pertinentes:

"Artículo 1745. Los actos y contratos de los incapaces, en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirse, sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes.

"Las corporaciones de derecho público y las personas jurídicas son asimiladas en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos a las personas que están bajo tutela o curaduría".

"Artículo 1747. Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o se pagó en virtud del contrato, sino cuando probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz".

Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas".

j) Las normas anteriores, asimilan, para efecto de las nulidades de los contratos, a las corporaciones públicas o entidades de derecho público a los incapaces, para el solo efecto de regular uniformemente sus consecuencias sin que ello quiera decir que las entidades de derecho público son jurídicamente incapaces. Y ya se vio que las normas del Código Civil son aplicables a los contratos administrativos, en todo lo relacionado con las nulidades absolutas.

k) Lo anterior indica que en hipótesis como la planteada en este proceso, es necesario demandar la declaratoria de nulidad absoluta del contrato administrativo y la consecuencial restitución o reembolso de todo aquello en que la Administración se hubiere hecho más rica.

1. Este enriquecimiento no es incausado, tiene como causa el contrato nulo, no es torticero por la misma razón y, por lo tanto no exige el correlativo empobrecimiento del demandante.

Es, pues, una acción contractual y no puede confundirse con la de "enriquecimiento sin causa" "torticero" o "actio in rem verso", que es el último recurso que doctrina, jurisprudencia y legislación conceden a quien se enfrenta a lesión patrimonial sin que pueda demostrar fuente obligacional alguna.

No puede confundirse el caso de los contratos administrativos colombianos, regulados por leyes especiales y en lo no previsto por el Código Civil, con los casos contractuales del Derecho Público Francés, generalmente desprovistos de ley o norma expresa y sujetos al "derecho pretoriano" del Consejo de Estado de Francia.

E. Por lo demás, obra en el proceso una resolución administrativa que reconoce y ordena pagar la suma demandada en este juicio. Es un acto ejecutoriado y ejecutorio que la Administración no puede desconocer sino mediante la acción de "lesividad" que no ha ejercitado. La sentencia no podía desconocer su eficacia pues no ha sido esgrimida como fuente de la obligación. La acción pertinente es la de cumplimiento.

F. Inclusive, había sido una bonita oportunidad de plantear la legalidad del convenio y exigir su cumplimiento, obligando al Consejo a pronunciarse sobre los *"contratos-necesidad"* aquellos que frente a la emergencia o a la calamidad hay que celebrar por el tiempo estrictamente necesario para someterse a las formalidades del Derecho Público, so pena de sacrificar derechos esenciales del Estado o de la Sociedad.

Bogotá, enero 15 de 1985.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO V

CONTRATOS

CAPITULO I

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— ACTA DE LIQUIDACION.— La voluntad de las partes expresada en el acta de liquidación ha de producir efectos jurídicos como el de finiquitar el contrato por medio de un negocio jurídico pleno; solamente puede ser invalidado por decisión de autoridad competente, es decir, de los Tribunales Administrativos o por mutuo acuerdo de las mismas partes.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente 3215.
Actor: **Darío López Ospina.**

I

LO QUE SE DEMANDA

Dentro de la oportunidad legal, el Ingeniero DARIO LOPEZ OSPINA, demandó la nulidad del Acta de Liquidación final del contrato número 850 de 1977, celebrado con el INSTITUTO COLOMBIANO DE CONSTRUCCIONES ESCOLARES —ICCE—, fechada el 15 de diciembre de 1980 y, así mismo, se le restableciera en su derecho, declarándose "que el acta de liquidación final del contrato mencionado que tiene plena validez es la fechada el 13 de marzo de 1980" y que en consonancia con sus términos, el Ingeniero Darío López Ospina no le adeuda al Instituto Colombiano de Construcciones Escolares suma alguna derivada de la ejecución y liquidación de ese contrato".

Los hechos fueron presentados así:

"1. El 14 de septiembre de 1977 el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE, y mi poderdante, el Ingeniero Darío López Ospina, suscribieron el contrato 850-secundaria de 1977 de obras públicas para "la construcción a precios unitarios del Colegio Politécnico Teresita Montes en el Municipio de Armenia, Departamento del Quindío, según licitación privada Número C-77-002", por un valor de $ 2'691.602.oo.

"2. El 1 de marzo de 1979 mi poderdante renunció formalmente a la ejecución del contrato, renuncia que fue aprobada por el ICCE el 18 de junio de 1979.

"3. El 2 de agosto de 1979 se suscribió el Acta de recibo de materiales sobrantes de la obra objeto del contrato por las siguientes personas: Ingeniero Orlando Mejía C., en su calidad de Director Regional del ICCE, Quindío; Ingeniero Guillermo López, en su calidad de interventor del ICCE del Quindío; Fernando Castaño Mejía, Almacenista del ICCE, Quindío; Fabiola Durán de Jaramillo, Revisora Delegada de la Contraloría General de la República ante el ICCE; e Ingeniero Carlos Alberto Gómez Buendía, en su calidad de Ingeniero Residente y quien estaba autorizado ante el ICCE para celebrar este acto en representación del contratista.

"4. El 11 de marzo de 1980 por medio de la Resolución Número 725, el Director General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE encargó "al Director Regional del ICCE en Quindío para que en el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de esta resolución, practique la liquidación final del contrato Número 850-S de 1977, celebrado con Darío López Ospina, cuyo objeto consistió en la construcción del Colegio Politécnico Teresita Montes en el Municipio de Armenia Departamento del Quindío...". Es decir que el Director Regional del ICCE en el Quindío tenía facultades para efectuar la liquidación de ese contrato hasta el 25 de abril de 1980.

"5. Cumplidas todas las formalidades anteriores y obrando dentro del término y facultades establecidos en la Resolución precitada, se procedió el 13 de marzo de 1980 a suscribir el Acta de Liquidación Final del contrato a que se hizo mención en el punto 1 de estos hechos. Después de confrontar el valor recibido por el contratista como anticipo del contrato con los valores correspondientes el Acta de Obra Ejecutada, a los gastos efectuados en la obra, a los honorarios, al reajuste del acta única, a la celaduría y prestaciones, y al acta de recibo de materiales sobrantes, se establecieron sumas iguales, no resultando ni a favor ni en contra de ninguna de las dos partes dineros a pagar. Es decir, que tanto el ICCE como el contratista quedaron a paz y salvo respecto de las obligaciones contraidas en el contrato. Esta Acta de Liquidación final fue suscrita por las siguientes personas: Ingeniero Orlando Mejía Ossman, en su condición de Director del ICCE Quindío y debidamente facultado por la Resolución Número 725 de 1980 expedida por la Dirección General del ICCE, como quedó dicho: Ingeniero Guillermo López C., en su condición de Interventor del ICCE para el Quindío; doctora Fabiola Durán de Jaramillo, en su condición de Revisora Delegada de la Contraloría General de la República ante el ICCE; y el contratista de la obra, Ingeniero Darío López Ospina.

"6. Posteriormente, sin mediar autorización formal ni ser procedente de acuerdo con los anteriores hechos, el ICCE remitió por intermedio de la Regional del Instituto y para la firma del contratista, dos proyectos de acta de liquidación final, fechadas el 30 de septiembre de 1980 y el 15 de diciembre de ese mismo año, pretendiendo desconocer la eficacia jurídica de la que se había suscrito válidamente el 13 de marzo. En el primer proyecto el contratista dizque resultaba a deber la suma de $ 320.572.59, y en la segunda, la suma de $ 439.039.86. Estas actas fueron el resultado del "rechazo" que la

oficina jurídica del ICCE —sin tener atribución para ello— formuló contra el Acta de Liquidación final del 13 de marzo de 1980, tal como se lee en la Constancia Número 8 de la última acta, es decir la fechada el 15 de diciembre de 1980. Este último documento —cuya nulidad solicito— fue suscrito por el Ingeniero Orlando Mejía Ossman, sin tener atribución para hacerlo no obstante que el encabezamiento del acta se invoca la Resolución Número 725 de 1980, que otorgaba facultades hasta el 25 de abril de ese año; suscribió también el acta en mención la doctora Fabiola Durán de Jaramillo, como Revisora Delegada ante el ICCE, y el Ingeniero Guillermo López como interventor Regional del ICCE Quindío, pretendiendo así darle aplicación al artículo 192 del Decreto-Ley 150 de 1976.

"7. Finalmente, por medio del Oficio OJ-2001 del 19 de diciembre de 1980 (también numerado como 11709 del 29 de diciembre del mismo año), la Jefe de la Oficina Jurídica del ICCE resolvió que el Acta de Liquidación Final fechada el 15 de diciembre de 1980 se encontraba "debidamente legalizada, y por tanto exigible la obligación a su cargo (del contratista) de pagar al ICCE la suma de $ 439.039.86, correspondiente al anticipo recibido y no amortizado en el contrato", con lo cual pretendía dar aplicación al tercer inciso del artículo 193 del Decreto-Ley 150 de 1976, que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1 de diciembre de 1977.

"8. Como fácilmente se desprende de estos hechos, el ICCE expidió en forma ilegal el Acta de Liquidación del 15 de diciembre de 1980 y con ella pretende no solo desconocer los derechos y la situación jurídica de mi poderdante, tal como quedaron definidos en el acta de liquidación del 13 de marzo de 1980, sino que intenta el cobro de la suma de $ 439.039.86 que el Ingeniero López Ospina no debe".

Al fijar el concepto de la violación citó como normas quebrantadas el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, el artículo 192 del Decreto 150 de 1976 y los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, estos últimos, en forma indirecta.

II

POSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El Instituto Colombiano de Construcciones Escolares —ICCE—, confirió representación judicial, y la apoderada, al alegar en conclusión, fijó la posición de la entidad demandada en los siguientes términos:

"En la página 5 del libelo de la demanda el señor apoderado resume o concreta sus peticiones y aspiraciones, cuando expresa:

"Se requiere pues que, para el restablecimiento del derecho, se declare que el acta de liquidación final tiene plena validez es la fechada el 13 de marzo de 1980 y que la situación jurídica allí definida y los derechos allí adquiridos no pueden ser desconocidos por la administración, en este caso, el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE".

"Pero, el inciso de la misma demanda solicita se declare la nulidad del acta de liquidación final del contrato 850 secundaria de 1977, fechada el 15 de diciembre de 1980.

"En el cuerpo de la demanda el señor apoderado aduce las razones de orden legal que en su concepto llevan al convencimiento de que se violaron varias disposiciones al modificar el ICCE la primera acta de liquidación.

"Al examinar los documentos presentados como pruebas por ambas partes, se puede concluir, sin lugar a duda alguna, que en el acta de 13 de marzo de 1980 se desconoció la misma norma del Decreto 150 de 1976 invocada por el señor apoderado del demandante, toda vez que no se colacionaron todos los estados de cuentas del contrato, porque se hicieron valer sumas que conforme al contrato no podían ser reconocidas, porque se dieron valores diferentes a los pactados para los materiales recibidos.

"En estas condiciones, Honorables Consejeros, mal podría decirse que el contratista adquirió un derecho, toda vez que se sustentaría en la violación de una norma.

"Siguiendo el pensamiento expuesto por el demandante, tampoco podría ser legal el texto del acta de 13 de marzo, ni justas sus apreciaciones y conclusiones. Es decir, que parece menester declarar también su nulidad.

"De todos modos, no se entiende cómo podría sostenerse que el acta de diciembre no tiene valor dentro de este juicio y en relación con el fallo, para hacer énfasis a los Honorables Consejeros sobre los errores y omisiones cometidos en la primera de las dos que se mencionan dentro del proceso. El texto de la mencionada acta, unido al de los comprobantes que se presentaron como pruebas, llevan fácilmente al convencimiento de que la primera no contiene la verdad real del estado del contrato 850 secundaria de 1977. Y si no la contiene, no se efectuó conforme al artículo 193 del Decreto 150 de 1976. Y si se desconoció esta norma, no puede tener vida jurídica dicha acta, ni menos sostenerse que sobre ella se apoya un derecho personal inviolable.

"Al solicitar el señor apoderado que se declare la validez del acta de 13 de marzo de 1980, no se detiene, para ser exacto en la defensa de la ley, a examinar si este es uno de los cinco casos taxativos en los que procede la liquidación de los contratos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 191 del Decreto 150 ya mencionado. Porque parece haberse dado como premisa la de que se aceptó la renuncia que el contratista propuso en una comunicación para no continuar la ejecución de la obra, pero, como aparece de autos, el otro sí respectivo no fue suscrito por el propio contratista. No habría otro evento que pueda catalogarse dentro de la expresa lista del artículo 191.

"Para el fondo del asunto es secundaria la consideración fundamentada en el hecho de haberse producido la liquidación de diciembre, después de más de tres meses de que habla la Resolución 725 de 11 de marzo de 1980, entre otras cosas porque el Director del ICCE, quien inicialmente facultó al Director Regional, ha aceptado tácitamente, como se desprende de las actuaciones contenidas en diversos documentos allegados, la actuación del funcionario regional después del lapso mencionado.

"Por lo anterior quiero solicitar comedidamente a los Honorables Consejeros no declarar la nulidad de la segunda acta. Pero que, dado el evento de que así se estime necesario por el alto tribunal, se declare también la nulidad de la primera".

III

MINISTERIO PUBLICO

Por su parte la Fiscal Segunda de la Corporación al dar el concepto de fondo sobre las pretensiones del demandante, consideró que éstas estaban llamadas a prosperar, sobre las siguientes apreciaciones jurídicas:

"En el presente caso, es necesario dejar establecido, la naturaleza jurídica del acta de liquidación, de manera que puedan o no aceptarse los argumentos en que se funda el actor para solicitar su nulidad.

"En materia de liquidación de contratos pueden presentarse dos eventos:

"1. Las partes contratantes elaboran y firman el acta de liquidación final de un contrato. En este evento, esa acta constituye un acto jurídico bilateral y de haberse manifestado oportunamente por las partes alguna inconformidad, es viable en principio ante la jurisdicción contencioso administrativa la respectiva demanda.

"Reiteradamente ha venido sosteniendo la Sala, que la liquidación de un contrato aceptada por las partes sin observaciones, reclamos o manifestación expresa de desacuerdo, no da derecho a accionar; que el acta de liquidación aceptada sin ningún reparo, en principio, no puede ser impugnada después, a menos que exista error u omisión debidamente comprobados.

"La liquidación suscrita o aceptada sin observaciones "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 de octubre 16 de 1980. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo —Expediente Número 1960— Luis Leal Cruz).

"2. El acta de liquidación debe ser elaborada exclusivamente por la Administración. En este avento contemplado en el artículo 192 del Decreto 150 de 1976 para cuando el Contratista se niega a realizar la liquidación, la Administración lo hace en forma unilateral con el respectivo Interventor de la obra y el Auditor Fiscal. En este caso, se tendría que el Acta de Liquidación constituye un acto administrativo, por cuanto es unilateral y constituye una decisión de la Administración.

CASO CONCRETO

"Al folio 7 del cuaderno principal aparece anexada la copia auténtica del Acta de Liquidación Final del Contrato Número 850S de 1977; el acta tiene fecha 13 de marzo de 1980, en ella como lo afirma el demandante, las partes quedaron a paz y salvo, no hubo saldos ni obligaciones para el contratista. Realizado el corte de cuentas las partes lo aceptaron; es así como dicha acta aparece suscrita por el Ingeniero Orlando B. Mejía Ossman como Director del I.C.C.E. del Quindío, debidamente autorizado por Resolución 725 de marzo 11 de 1980 (ver copia autenticada anexada al folio 5 C. 2), y por el Ingeniero Darío López Ospina, Contratista.

"Fueron anexadas también copias de dos actas más de liquidación final, una que tiene fecha 30 de septiembre de 1980 elaborada por la Administración sin intervención ni firma del Ingeniero Contratista Darío López Ospina en la cual este último debe reintegrar al I.C.C.E. la suma de $ 320.572.59 (folio 9 C. 1).

"La otra acta de liquidación final aparece al folio 2 del Cuaderno Número 1, y tiene fecha 15 de diciembre de 1980. Fue también realizada por la Administración en forma unilateral y en ella aparece a cargo del Contratista una obligación por valor de $ 439.039.86.

"El actor considera, que el acta de liquidación final que fue en definitiva la de fecha 15 de diciembre de 1980, debe ser anulada y en consecuencia se declare que el acta de liquidación que tiene plena validez es la primera de ellas que tiene fecha 13 de marzo de 1980.

A juicio de este despacho, la Administración no podía en forma unilateral desconocer el acta suscrita en marzo 13 de 1980. Si efectivamente existían irregularidades, errores u omisiones en dicha acta, ha debido demandarla pero no proceder en la forma en que lo hizo.

"Por otra parte, y en esto le asiste la razón al demandante, el representante del I.C.C.E. carecía de competencia para suscribir el acta de fecha 15 de diciembre de 1980, pues la resolución que invoca para ello, la Número 725 de marzo 11 de 1980 (folio 5 C. 2) lo encargó para esa gestión solamente por 30 días a partir del 11 de marzo de 1980, término que para diciembre ya estaba vencido.

"En el presente caso debe entenderse, que el corte de cuentas realizado por las partes en marzo 13 de 1980, definió claramente que el Contratista no debía nada a la Administración y que esta tampoco le adeudaba al Contratista; así se arreglaron las cuentas y así fue aceptado sin ningún reparo por las partes. Resulta pues un tanto arbitrario dentro de una relación contractual, que una de las partes, en este caso la Administración, resuelva por sí sola y muchos meses después desconocer en acto jurídico bilateral en donde ella misma intervino. Más aún, en el presente caso la inseguridad para el Contratista es tal que, como lo afirma él mismo, las liquidaciones llamadas finales, bien pueden proseguir si a juicio de la Administración se presentan motivos para ello. Prueba de lo anterior son las dos actas de liquidación que se elaboraron después de realizada el acta de marzo 13 de 1980.

"Teniendo en cuenta los razonamientos expuestos al comienzo de la parte considerativa, y aceptando que el acta de fecha 15 de diciembre de 1980 es un acto administrativo, este despacho considera, que dicho acto debe ser anulado y así lo solicita a la Honorable Sala, accediendo así a las peticiones del actor".

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Comparte la Sala las consideraciones de la colaboradora fiscal, en cuanto a que el Acta de Liquidación final demandada, de fecha 15 de diciembre de 1980, referida al contrato número 850 secundaria 1977, celebrado entre el Ingeniero DARIO LOPEZ OSPINA y el INSTITUTO COLOMBIANO DE CONSTRUCCIONES ESCOLARES, debe ser anulada.

2. Consta, dentro del proceso, que en el contrato de obra del 14 de septiembre de 1977, se pactó un plazo —cláusula décima séptima— de 168 días calendarios a partir de la fecha del acta de iniciación de la obra, que se venció el 8 de agosto de 1978, sin que se hubiera cumplido con la entrega y que no es del caso analizar ahora por no ser asunto de controversia.

En un intercambio de correspondencia, entre las partes contratantes se llegó a convenir liquidar el contrato, bajo el entendimiento, como era conducente, de que el contrato había terminado en cuanto al vencimiento del plazo, sin que se hubiera hecho prórroga alguna al mismo. Destaca la Sala este aspecto, puesto que cualesquiera que hubieren sido las circunstancias que rodearon la ejecución o desarrollo del contrato, la voluntad de suscribir un acta de liquidación final recogía una posición negocial de particulares efectos, propios de lo que se ofrece en la misma: ponerle fin, con todas las consecuencias, a la relación jurídica derivada del contrato.

3. Y para llegar al acta, del 13 de marzo de 1980, se aprecian como antecedentes la carta dirigida por el contratista a la entidad demandada de 10 de agosto (folio 12 cuaderno 2) en la que pide le sean reconocidos los gastos efectuados en la obra y los costos que la ampliación de pólizas originen, y la de 1o. de marzo de 1979, dirigida al Gerente del ICCE —Seccional Quindío— en la que consigna:

"Referencia: Contrato Número 850-S-77 Colegio Politécnico Teresita Montes.— De la manera más cordial, pero encarecida, solicito por su conducto la liquidación de mis compromisos con la Entidad, en relación con el contrato mencionado.

"Considero que en este momento, no tengo en este asunto ninguna obligación distinta a la de liquidar de común acuerdo con Uds., los materiales comprados para la obra, muy pocos usados, muchos deteriorados y perdidos. Jornales, celaduría, administración, valor de Pólizas y en general todos los gastos que exige la contratación e iniciación de una obra, que por razones ajenas a mi voluntad se interrumpió indefinidamente.

"En forma verbal y escrita, según oficios que envié al anterior Gerente Seccional, con fechas de agosto 10 de 1978 y octubre 2 de 1978, solicité una solución a lo aquí tratado, sin que nadie de la entidad se hubiera dignado responderme.

"En vista de lo anterior, me permito manifestarle que por mi parte considero que he cumplido y que la responsabilidad de cualquier reclamo en relación con el contrato en cuestión es únicamente del ICCE".

Y, a la vez, el oficio D-I-II 026 del 29 de febrero de 1980, enviado por el Jefe de Interventoría del ICCE al Ingeniero Orlando B. Mejía O., del siguiente tenor:

"Asunto: Terminación bilateral contrato Número 850S de 1977 suscrito con Darío López Ospina.

"Atentamente comunico a usted que debe proceder a liquidar el contrato de la referencia en el estado en que se encuentra, lo anterior motivado en la negativa del Contratista en firmar el Otrosí de liquidación bilateral.

"Para tal fin debe citar por escrito al Contratista, al delegado de la Compañía de Seguros y al Delegado de la Contraloría General de la República; indicando fecha, hora y lugar con objeto de proceder con la liquidación, debiendo anotar que la no participación de ellos se entenderá como aceptación de lo que en el acta se establezca.

"En el Acta se debe dejar constancia de:

"1. La fecha en que se terminó el Contrato por vencimiento del plazo.

"2. Del documento por medio del cual el Contratista renunció a la ejecución del contrato.

"3. Del Otrosí Número 2 por medio del cual se formalizaba la aceptación de la renuncia del contrato por parte del ICCE, anotándose que posteriormente el Contratista mediante oficio de fecha junio 28 de 1979 se abstenía de firmar el Otrosí.

"4. Que el contrato se liquida por vencimiento del plazo y no por ser voluntad de las partes el prorrogarlo.

"Si el Contratista se niega a firmar el Acta de Liquidación, debe hacerlo el Interventor o quien haga sus veces, en aplicación del artículo 192 del Decreto 150 de 1976.

"Con base en dicha acta se determinarán las obligaciones económicas a cargo de las partes contratantes; así mismo se establecerá la forma como debe ser cancelada una vez cumplidos los requisitos legales".

4. Entonces, con el Acta de Liquidación del 13 de marzo de 1980, culmina el proceso del contrato, particularmente, para ponerle fin, y, de ese modo, desvincular a las partes, con la eficacia sustancial necesaria para tal cometido. Esta Acta de Liquidación Final, es suscrita por el Ingeniero Orlando B. Mejía Ossman, Director ICCE Quindío debidamente autorizado por la Dirección General, mediante la resolución 00725 de 11 de marzo de 1980 —folio 27 cuaderno 1—, por el Ingeniero Guillermo López C., Interventor del ICCE Quindío, por Fabiola Durán de Jaramillo, Revisora Delegada ante el ICCE y por el Contratista Darío López Ospina. El documento, contentivo de la liquidación, comprende diferentes conceptos, tales como obra ejecutada, recibo de materiales, honorarios del contrato y demás rubros pertinentes. Y concluye con las siguientes constancias:

"En este estado, las partes firmantes manifestamos estar totalmente de acuerdo con la presente liquidación y dejamos las siguientes constancias:

"1. El contrato se terminó el 8 de agosto de 1978 por vencimiento del plazo.

"2. Con oficio de marzo 1 de 1979 el Contratista renunció a la ejecución del contrato.

"3. Con oficio de junio 28 de 1979 el contratista se abstuvo de firmar el Otrosí Número 2 por medio del cual se formalizaba la aceptación de la renuncia del contrato por parte del ICCE, por no considerarlo equitativo.

"4. El contrato se liquida por vencimiento del plazo y por no ser voluntad de las partes el prorrogarlo.

"5. El contratista renuncia a toda acción, reclamo o demanda contra el ICCE, y viceversa, en relación con el contrato y la presente liquidación.

"En constancia se firma la presente por quienes en ella intervinieron".

5. Clara, entonces, que la voluntad de las partes, expresada en el acta indicada, ha de producir efectos jurídicos, como el de finiquitar el contrato, por medio de un negocio jurídico pleno; solamente podía ser invalidado por decisión de autoridad competente, es decir, de los tribunales administrativos o por mutuo acuerdo de las mismas partes. En manera alguna por acto unilateral de uno de los contratantes, por más de que tratare de la administración, que no goza, bueno advertirlo, de esa amplia facultad de alteración o modificación de un negocio jurídico de esta estirpe. Porque, en verdad, como entidad de derecho público, al encontrar reparo al Acta, gozaba de la acción de lesividad, para destruir la legalidad contenida en el documento, si acreditaba cualquier hecho que permitiera un pronunciamiento por la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa.

6. Pero lo que si no es aceptable es que se produzca una manifestación de voluntad unilateral, con marcado sentido de cambiar o alterar lo convenido inicialmente amparandose, para ello, en observaciones hechas por la oficina jurídica de la entidad demandada. No solo por razones de prudencia, sino de seguridad en el tráfico, cuando se ha de otorgar un acta de liquidación final, se deben tener de presente todos los elementos de juicio que permitan sostener que lo que allí se dice es, en puridad, lo que se deriva, de su naturaleza, por tratarse de un negocio jurídico de indiscutible alcance sustancial. Absurdo, pues, que se autoricen a los funcionarios para suscribir determinados documentos, con la fuerza vinculatoria que se establezca, para, luego, destruir o aniquilar su eficacia, por una declaración de voluntad posterior, en sentido contrario.

7. En ese orden de ideas, el acta de liquidación de 15 de diciembre de 1980, está viciada, en cuanto recoge la declaración de voluntad de una de las partes, sin respaldo

en derecho. El artículo 192 del Decreto 150 de 1976, bajo cuya vigencia se celebró y desarrolló el mencionado contrato 850, al señalar las personas que deben efectuar la liquidación mencionada al jefe de la entidad contratante, o a quien él encargue por resolución; el contratista, y en el evento en que este se negare, el interventor o quien haga sus veces; y el respectivo Auditor Fiscal. Es decir, el Acta del 13 de marzo, colma a cabalidad todos estos supuestos. Y de ahí, insiste la Sala, su eficacia jurídica. Mientras que la que se ha demandado, en oposición a aquella, no está suscrita por el contratista, al que se le quiso o pretendió sustituir por intermedio del interventor, tal como lo dice el citado artículo 192, que no era aplicable en el contrato de marras. Algo más, y esto es otro reparo, a la cadena de defectos señalados al acta del 15 de diciembre, se le une la de estar suscrita por el Gerente de la Seccional del ICCE, sin facultad para ello, puesto que como consta en la Resolución 00725 —folio 27 cuaderno 1— el encargo fue conferido por un término de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de la resolución, 11 de marzo de 1980, que para el día en que se produjo el acta del 15 de diciembre, estaba más vencida, sin que se hubiere acreditado lo contrario.

8. Fluye de lo dicho, que el acta acusada deberá anularse. Sin embargo, por estar asistida de validez la suscrita el 13 de marzo de 1980, no será materia de declaración en tal sentido, por cuanto lo que es válido no puede ni ratificarse ni declararse, al tener la fuerza sustancial intrínseca suficiente. Basta, por tanto, con declararse la nulidad del acta enjuiciada, no sin dejar la constancia de que el acta del 13 de marzo de 1980, mientras no sea impugnada por los medios idóneos, mantiene toda la eficacia legal.

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:

DECLARASE LA NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACION final del Contrato Número 850 Secundaria 1977 celebrado entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE CONSTRUCCIONES ESCOLARES —ICCE— y DARIO LOPEZ OSPINA, fechada el 15 de diciembre de 1980, en cuanto liquidó el contrato de obra del Colegio Teresita Montes de Armenia, que ya lo había sido, válidamente, por el Acta de Liquidación final del 13 de marzo de 1980, y se declara, entonces, que nada adeuda por ese concepto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección, **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

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

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— ACCION.— LEGITIMACION.— 1.—El contencioso contractual es, en principio, un contencioso de restablecimiento, tomado este término en sentido amplio y no con el alcance específico que hoy le da el nuevo Código en su artículo 85 (Decreto 01 de 1984). 2.—Sólo quien tenga interés jurídico particular puede promover la acción de nulidad de un contrato administrativo con el fin de hacer valer su pretensión sin perjuicio de que el juez que conoce del litigio puede declarar oficiosamente su nulidad por objeto y causa ilícitas y de que el Ministerio Público en interés del orden jurídico pida su declaratoria tal como lo permite el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. Igualmente pueden proponer esa nulidad los terceros que tengan interés en ello, interés que no puede ser el simple de legalidad que justifica el contencioso de anulación de actos unilaterales de la administración, sino el concreto y particularizado afectado con la relación negocial.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., septiembre cuatro (4) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente Número 4011.— Apelación.
Actor: **Helber José Londoño Guzmán.**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 14 de marzo de 1983 dictada por el tribunal administrativo del Quindío.

Mediante ese proveído se declaró probada "la excepción de inepta demanda por falta de legitimación en la causa del demandante.

Sostuvo el tribunal *a-quo*:

"Mediante una simple acción de nulidad, el actor pretende echar por tierra la Resolución número 100, de autos conocida, por medio de la cual el ejecutivo municipal dio por terminado el contrato de construcción de una obra, o sea la de construcción de los hornos crematorios, suscrito con el Ingeniero José del Valle Zuccardi, pero resulta que el libelista es una persona totalmente extraña en el aludido convenio, lo que quiere decir que carece de legitimación en la causa y por esa misma circunstancia él no puede ejercer la acción que se está resolviendo. Es indudable, por lo tanto, que quien tiene personería sustantiva para acusar el acto proferido por el Alcalde, no puede ser otro distinto al contratista arriba mencionado y eso mediante la acción de plena jurisdicción puesto que los efectos del contrato se producen int-er-partes y de allí que para éstos nazcan las respectivas acciones jurisdiccionales.

"Todo lo anterior reza, con el hecho innegable de que se trata de un acto administrativo contractual mediante el cual se crea una situación jurídica individual y concreta, que no puede ser modificada sino en virtud de las pretensiones que formule cada una de las partes que han intervenido en ese acto; de manera, que, en esto se hace insistencia, como el abogado señor Londoño Guzmán no tiene nada que ver con ese pacto no puede pretender la anulación de la Resolución número 100".

Apelada la decisión, se cumplió el trámite de ley en esta segunda instancia. La señora fiscal conceptuó el 18 de mayo del presente año (a folios 91 y siguientes del cuaderno principal) y estimó que la decisión debía ser inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda. En uno de los apartes de su vista expreso:

"La acción de simple nulidad la organizó el Código Contencioso Administrativo contra los actos jurídicos administrativos que, esencialmente, son unilaterales, actos de poder.

"c. La acción de nulidad absoluta consagrada en el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 contra los actos y contratos, si cabe contra los convenios administrativos y puede ser ejercida por el Ministerio Público, por las partes o por cualquier tercero que acredite interés propio y aún puede declararse la aludida nulidad, por el juez, de oficio, cuando aparezca de modo manifiesto en el acto contrato, pero esta acción es distinta a la de simple nulidad del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que fue la ejercitada, por una parte, y, por la otra, los demandantes dicen obrar en interés general de la legalidad, lo que no es suficiente frente a la acción de nulidad absoluta de la Ley 50 de 1936.

"d. Ello indica que la demanda no ha debido ser admitida, pero que admitida y tramitada la sentencia debe ser inhibitoria, por ineptitud sustantiva de la demanda".

Para la Sala el asunto es claro. La acción de nulidad, en la forma contemplada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, no procede respecto de los contratos administrativos, los cuales no son obra de la potestad unilateral de la administración, sino que nacen del acuerdo entre ésta y los particulares u otra entidad pública.

La razón de esta improcedencia, como lo dice la doctrina, surge de la interpretación armónica de la antecitada norma con los artículos 62 y 73 de la misma ley. De aquél, por cuanto el enunciado que allí se hace se refiere a actos de carácter unilateral y de éste, porque en aquel entonces y hasta la vigencia del Decreto 528 de 1964, las resoluciones de los funcionarios administrativos que tuvieran origen en un contrato estaban excluídas expresamente de la jurisdicción administrativa.

Este último decreto, al derogar el ordinal primero del artículo 73 de la Ley 167, no modificó el régimen de las acciones contempladas en esta ley y sólo le dio competencia a los jueces administrativos para la definición de las controversias relativas a los contratos, según la cuantía de los derechos discutidos.

El contencioso contractual es, en principio, un contencioso de restablecimiento, tomado este término en sentido amplio y no con el alcance específico que hoy le da el nuevo código en su artículo 85 (Decreto 01 de 1984).

Esta calificación circunscribe la legitimación a las personas que hayan sido afectadas o lesionadas con el acto. El interés para actuar, como lo ha dicho el Consejo, será entonces concreto o "derivado de la situación específica, de que es fuente el contrato o la convención, determinante de la situación procesal".

Solo quien tenga interés jurídico particular puede promover la acción de nulidad de un contrato administrativo con el fin de hacer valer su pretensión, sin perjuicio de que el juez que conoce el litigio pueda declarar oficiosamente su nulidad por objeto y causa ilícitos y de que el ministerio público en interés del orden jurídico pida su declaratoria, tal como lo permite el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. Igualmente pueden proponer esa nulidad los terceros que tengan interés en ello; interés que no puede ser el simple de legalidad que justifica el contencioso de anulación de actos unilaterales de la administración, sino el concreto y particularizado afectado con la relación negocial.

El demandante, Dr. Helber José Londoño Guzmán, no demostró y ni siquiera alegó tener un interés distinto al mantenimiento del orden jurídico. Esta circunstancia toca con la legitimación en la causa por activa y conduce a una decisión inhibitoria.

Como es obvio, el análisis jurídico hecho en esta providencia se refiere a la legislación anterior a la actual, que era la que regía cuando se expidió el acto impugnado. Por eso, la argumentación se refiere tanto a la Ley 167 de 1941 como a la Ley 50 de 1936, hoy modificadas en su orden, por los Decretos 01 de 1984 y 222 de 1983.

Finalmente, la Sala se refiere a una desafortunada e inelegante doble columna que hace el tribunal en el auto con la cual este organismo quiere destacar que por culpa de las contradicciones de esta Sala "los tribunales de provincia nadan en un mar de dudas sobre cuál es efectivamente el modus operandi en esta clase de situaciones".

No descalifica esta Sala las discrepancias que pueda presentar un tribunal con la doctrina de la Corporación. No faltaba más. Pero sí espera y es lo menos que puede exigir, que la glosa sea seria y razonada y no mediante el cambio de los supuestos que se tuvieron en cuenta en las distintas providencias. Baste observar que en el asunto del señor William Sánchez Toro el auto cuestionado fue el inadmisorio, el que fue confirmado por esta Sala con ponencia del señor Consejero Suescún Monroy; y en el asunto aquí estudiado el proveído que se trae a colación como contradictorio fue el auto de marzo 26 de 1982 (a folios 52 de este cuaderno), por medio del cual se revocó el de 11 de septiembre de 1981 que decreto "la nulidad de todo lo actuado en el presente negocio, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive". (a folios 47).

Como es obvio, fueron situaciones distintas. En el proceso que aquí se decide la demanda se admitió y luego se anuló el proceso por el tribunal en providencia que debió revocarse por esta sección, dada la confusión en que incurrió el a-quo entre la legitimación en la causa y la legitimación procesal, y porque aquélla no es causal de nulidad.

No es cierto, entonces, que en ambas hipótesis se trataba de un mismo auto.

El fenómeno procesal fue calificado erróneamente por el tribunal. El no constituye una excepción sino falta de legitimación en causa por activa e impone decisión inhibitoria.

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:

Revócase la sentencia de 14 de marzo de 1983 dictada por el tribunal administrativo del Quindío. En su lugar: Declárase inhibido para fallar por falta de legitimación en causa de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 30 de agosto de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, Julio Cesar Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA.—

1.— Naturaleza Jurídica. Norma creadora.

2.— Derecho al que debe sujetarse.

3.— Contratos que celebra. Cláusulas que pueden pactarse. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO. CON CLAUSULA DE CADUCIDAD: Juez competente para conocer.

JUEZ OBLIGACIONES EN LAS PRUEBAS Y CORRECCION DE ERRORES.— Razones.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA.— PROCEDIMIENTOS.—.

1.— Finalidad (Especialmente el de licitación pública).

2.— Garantía de cumplimiento de esos objetivos éticos.

3.— Adjudicaciones de contratos: Fundamentos en los que se apoyaron.

4.— Examen de propuestas.

5.— Equivocaciones y olvidos por parte de la administración de esos objetivos generales. Consecuencias.

6.— Consecuencias de contrato ejecutado por adjudicatario distinto al que había ofrecido las mejores condiciones. LUCRO CESANTE. Perjuicios. INDEMNIZACION. El monto de la indemnización no podrá exceder del valor de la garantía de seriedad que legalmente debió exigirse y en todo caso no podrá ser superior a las cantidades pedidas en la demanda.

COSTAS. (Decreto 01 de 1984 artículo 171).

1.— Pronunciamiento expreso de costas, aunque tal condenación no haya sido solicitada.

2.— Entidades que no deben ser condenadas (392 Código de Procedimiento Civil). (Artículo 43 Decreto-Ley 3130 de 1968.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., noviembre nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Proyecto Magistrado Auxiliar: **Ramiro Borja Avila.**
Referencia: 3743.
Actor: **Emiliano Rivera Suárez.**

Procede la corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante EMILIANO RIVERA SUAREZ y por el procurador judicial del litis consorte SIERVO CASTRO PAEZ, contra la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Plena, el veintiuno de julio de 1982, mediante la cual se denegaron la totalidad de las súplicas de la demanda.

El demandante, en acción de plena jurisdicción, pidió la nulidad de la Resolución Número 164 del 15 de mayo de 1979, proferida por la Industria Licorera de Boyacá, mediante la cual se adjudicó el contrato de distribución de licores en la zona ocho de Boyacá; la nulidad del contrato que se suscribió en cumplimiento de aquel acto administrativo y, a manera de resarcimiento de perjuicios materiales, tanto por daño emergente como por lucro cesante.

Subsidiariamente, solicitó la condena al pago de perjuicios morales y materiales, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, en la cuantía que se determine por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, "teniendo en cuenta para esta liquidación el reajuste monetario a que haya lugar".

I. EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Segunda del Consejo de Estado solicitó la confirmación en todas sus partes, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Este despacho comparte en su integridad la sentencia apelada, por considerar que se estudiaron en ella en forma ordenada y juiciosa todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por la parte actora para la prosperidad de la acción y se llegó acertadamente a la conclusión de que deben denegarse las pretensiones formuladas en la demanda".

"En efecto, siendo la licitación pública una invitación que se hace a las personas, bien sea naturales o jurídicas para que participen dentro de las condiciones impuestas por la Entidad contratante en la adjudicación de un determinado contrato, quedan todos los particulares amparados con las mismas garantías y tienen las mismas obligaciones, pero sujetos también a la determinación que tome la administración, según su real (sic) saber y entender, en relación con el proponente que ofrezca mejores garantías para el logro de objeto principal del contrato".

"Según la jurisprudencia, "La Licitación Pública, como parte de este sistema, es un procedimiento impuesto por la ley a la autoridad administrativa para celebrar ciertos contratos en consideración a su naturaleza o a su cuantía, y teniendo presente que las colectividades públicas no son siempre libres de escoger sus contratantes. Esta (sic) restricción se funda principalmente en la preocupación de proteger los intereses económicos de la administración, así pues el régimen jurídico del contrato obedece al mencionado propósito".

"En el procedimiento de la adjudicación de un contrato, el pliego de condiciones garantiza la igualdad del trato a los proponentes, y el contrato solo se celebra válidamente cuando se cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones".

"Dentro del caso que nos ocupa, se dijo en el pliego de condiciones que la adjudicación se haría previo los estudios del caso y estudio comparativo de las propuestas, al proponente que ofrezca mejores garantías para la industria".

"Solo el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá y los miembros de la Junta Directiva, conocían una vez estudiadas las propuestas presentadas por los proponentes, cuál de entre ellas ofrecía mayores garantías para la industria. Es pues, algo que no puede discutirse: la resolución acusada debe mantenerse (sic) y como consecuencia el contrato suscrito con el señor Siervo Castro Pérez, para la distribución de licorera de Boyacá, conserva también su validez jurídica".

"En varias oportunidades ha dicho el Consejo de Estado, que los proponentes de una licitación pública tienen todos las mismas garantías, pero por el solo hecho de ser proponentes no les da derecho a indemnización alguna al no adjudicárseles el contrato".

II. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

"La Industria Licorera de Boyacá, por medio de apoderado judicial, propuso las *excepciones de incompetencia de jurisdicción* y de *indebida acumulación de pretensiones*, en una réplica de la demanda de 17 páginas (folios 178 a 194 c. 1) que en lo sustancial sostiene: que los actos contractuales de la empresa demandada son de carácter estrictamente comercial y como tales están sometidas a las normas de contratación propias del derecho privado y los conflictos que se presenten como consecuencia de esos contratos deben ser sometidos a la justicia ordinaria. Apoya tales manifestaciones en que la demandada es una Empresa Industrial y Comercial del Departamento de Boyacá, reorganizada como tal por el Decreto Ordenanza Número 450 del 9 de mayo de 1978; que los Decretos 1050 y 3130 de 1968 disponen que "Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria". También afirma que no es posible acumular "acciones dicímiles (sic) en cuanto a su propia naturaleza, pues una es de carácter civil y otra de índole contencioso administrativo".

El demandado SIERVO CASTRO PAEZ, por conducto de apoderado judicial, también se opuso a las pretensiones de la demanda y coincide en que existe incompetencia de jurisdicción. Alega además que la resolución que adjudicó la licitación es un acto separable del contrato y que por lo tanto su nulidad no implica necesariamente la del contrato celebrado con su representado. Expresa que no hay nulidad en el convenio existente con la Industria Licorera de Boyacá y, finalmente, que no se puede pedir el restablecimiento cuando no se ha sido titular de ningún derecho subjetivo".

III. EL FALLO DEL TRIBUNAL

Hecho el recuento de rigor, sobre los planteamientos de ambas partes, el Tribunal avoca el tema relacionado con la incompetencia de jurisdicción y sobre el particular expresa que los argumentos expuestos en las providencias que resolvieron el incidente de nulidad promovido por el apoderado del señor SIERVO CASTRO PAEZ, invocando la mencionada incompetencia, son válidos para ratificarlos en la sentencia. Se refiere el Tribunal a lo dicho en los autos interlocutorios de doce de septiembre de 1980 (folios 44 a 52 C. 3) y de primero de octubre de 1980 (folios 58 a 64 C. 3), en los que razona así:

"... a luz de multiple jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y doctrina de tratadista de derecho público, se llega a la conclusión de que este Tribunal es competente para conocer del proceso que nos ocupa y que en consecuencia no existe la incompetencia de jurisdicción propuesta, que permita declarar la nulidad del proceso, porque uno de los criterios imperantes para distinguir los CONTRATOS ADMINISTRATIVOS de los COMUNES DE LA ADMINISTRACION es el de la inserción de las denominadas CLAUSULAS EXORBITANTES, que el memorialista considera recogido y archivado".

"Para el respaldo de lo aquí afirmado basta una breve transcripción de apartes de una de las varias jurisprudencias que reiteran tal criterio, como compendio de ellas:...".

Aquí se transcriben los párrafos pertinentes de un auto de 5 de diciembre de 1975, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, publicado en jurisprudencia

administrativa, Tomo I, Ediciones Rosaristas, 1979, páginas 112 a 113; de la ponencia de 4 de abril de 1974 del Consejero de Estado Dr. Luis Carlos Sáchica y, finalmente, de la de obra de Derecho Administrativo del Dr. Jaime Vidal Perdomo, 6a. edición, 1978, páginas 451 a 454. También transcribe apartes de un concepto del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Dr. Luis Carlos Sáchica, de 20 de febrero de 1975. Y continúa así el Tribunal:

"Aplicando por analogía a las Empresas Industriales y Comerciales del Orden Departamental y así, al caso que nos ocupa el contenido de la jurisprudencia y doctrina transcritas, sin más análisis y sin necesidad de estudiar otros aspectos como el de la licitación pública, es preciso concluir que el contrato que motivó este proceso, tiene naturaleza administrativa para todos los efectos, *por haberse pactado la cláusula de caducidad administrativa* y en consecuencia la controversia suscitada por motivo de tal contrato, es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la ordinaria como pretende el peticionario, lo cual impone denegar la presunta nulidad propuesta por incompetencia de jurisdicción". (folios 49 y 50 C. 3).

El *a-quo* no se refirió expresamente al fenómeno de la "indebida acumulación de pretensiones" (folios 193 y 194 C. 1), pero se deduce que si se ha sentado como base que la controversia propuesta era del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en todos sus aspectos no podía prosperar la excepción que se funda en que las varias pretensiones correspondan, unas a esta jurisdicción y otras a la ordinaria.

Sobre el asunto de fondo dice el Tribunal que como quiera que la acusación se funda en que la resolución adjudicó el contrato al proponente que no reunía las mejores condiciones "tales razones imponen al actor la carga de probar en el proceso, que las consideraciones tenidas en cuenta para proferir la resolución acusada, no corresponden a la realidad, lo cual equivale a la existencia de falsa motivación, al no reunir el adjudicatario las calidades exigidas, para hacerse acreedor a la adjudicación del respectivo contrato, pues, sin tal demostración por parte del actor, en virtud de la presunción de legalidad que conlleva el acto acusado, se debe tener la propuesta del adjudicatario favorecido como la que reunía las mejores condiciones". (folio 302 C. 1). Más adelante expresa el a-quo que:

"... indispensablemente se requieren conocimientos especiales técnicos y económicos sobre la materia, como reglas de experiencia, para poder evaluar con certeza las propuestas y llegar al convencimiento que permita determinar la mejor".

Así las cosas, como en sentir de la Sala, esta carece de tales conocimientos para poder evaluar la mejor propuesta, era indispensable, por lo menos, conocer los estudios y cuadros comparativos elaborados por la comisión nombrada por la Junta Directiva, de la que hablan las Actas respectivas (folios 19 a 32 C. 1) y dan cuenta también, los testimonios aportados al proceso (folios 175 a 185 y 234 vto. a 237 C. 4), documentos que no se aportaron a este, ni directamente por la parte actora, ni en la Inspección Judicial practicada (folio 163 a 173 c. 4), por haber desistido el acto expresamente de su evacuación ... sin tales documentos, obviamente la Sala no dispone de elementos verdaderos de juicio para llegar a la certeza necesaria en materia probatoria que permita afirmar, sin duda alguna, una u otra propuesta era la mejor o la que más convenía a la administración". (folios 304 a 305 C. 1).

Además en virtud de las mismas razones de carecer la Sala de especiales conocimientos técnicos y económicos sobre la materia, tampoco se produjo en el proceso la prueba pericial para la adecuada ilustración de la Sala al respecto (artículo 233 Código de Procedimiento Civil) de manera que con tal auxilio pueda esta determinar con certeza, cuál era la mejor propuesta o la que ofrecía "mejores garantías para

la industria", como exigencia del pliego de condiciones, factor este que, según el acto acusado, también sirvió de fundamento para la adjudicación del respectivo contrato".

Así las cosas, al no desvirtuar el actor, por medios probatorios eficaces las consideraciones afirmadas en el acto acusado como fundamento de la resolución de adjudicación, significa que el demandante no demostró la existencia en aquel de falsa motivación, buscada como lo sostiene el Honorable Consejo de Estado en el abuso o desviación de poder del funcionario que profirió el acto impugnado, en nuestro caso, el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá". (folio 305 C. 1).

IV. LOS ALCANCES DEL RECURSO

A. El apoderado de la parte demandada no presentó alegato de conclusión durante el trámite de la segunda instancia. En consecuencia, la Sala interpreta que el motivo de su inconformidad con la sentencia de primer grado que denegó la totalidad de las súplicas de la demanda, es por el resultado adverso y por las razones que expresó ante el *a-quo*, en cuanto no hayan sido debidamente refutadas en la sentencia del Tribunal.

B. El apoderado del señor SIERVO CASTRO PAEZ, tercero interviniente expresó como motivo de inconformidad (folios 310 y 311 C. 1) que:

"3.— En caso de que la sentencia GUARDE SILENCIO SOBRE COSTAS, el citado artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por extensión al procedimiento administrativo, dispone que se pueda interponer recurso de apelación para que el superior proceda a adicionar, completar, el texto de la sentencia".

"En las peticiones de la impugnación se solicitó que el demandante EMILIANO RIVERA, fuera condenado a pagar las costas y costos del proceso, sin embargo en el texto de la sentencia, no se dispone nada sobre el particular, con grave perjuicio de los intereses demostrados dentro del proceso del tercero (sic) interviniente SIERVO CASTRO PAEZ, no se siguieron las reglas aplicables a las costas, dentro de estas (sic) clases de procesos".

C. El apoderado de la Industria Licorera de Boyacá solicitó la confirmación de la providencia recurrida fundado en que la demandada es una empresa industrial del Estado, del orden departamental, y que como tal las actividades que desarrollan su objeto tienen reglamentación en el derecho privado; reitera que la licitación y el contrato se ajustan a las normas jurídicas que las regulan y que la adjudicación se hizo a la propuesta que el organismo competente consideró más conveniente, sin que a tal decisión se le pueda formular reparo alguno por motivos de legalidad.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. LA INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA, es una empresa comercial e industrial del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, conforme al estatuto orgánico expedido por la Gobernación de Boyacá, por medio del Decreto 0450 de 8 de mayo de 1978, artículo 1o., en ejercicio de las facultades conferidas por la Ordenanza Número 1 de 1977 y por el Decreto 1212 de 1977.

En el Estatuto Orgánico se dispuso que "Los actos y hechos que la empresa realice en desarrollo de sus actividades comerciales e industriales estarán sujetas a las reglas del Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competen-

cia sobre la materia. Aquellas que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que se le hayan conferido mediante las normas legales pertinentes, serán actos administrativos". (artículo 24 Decreto 450 de 1978).

También se estableció en el mismo Estatuto que "Los contratos que la Empresa celebre para el desarrolo de sus actividades comerciales e industriales no estarán sujetos, salvo disposiciones en contrario, a las formalidades establecidas para el Gobierno Departamental. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo se podrá pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere el caso, las cláusulas pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas". (artículo 25 ibídem).

B. Conforme al estatuto departamental que regula la actividad de la Industria Licorera de Boyacá, cuya observancia es obligatoria, los actos y contratos que celebre están sometidos al mismo régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional. Se colige de lo anterior que los conflictos que emanan de tales manifestaciones de voluntad están sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, por expreso mandato del Decreto 528 de 1964, de la Ley 19 de 1982 (artículo 4) y el Decreto 01 de 1984, cuando se pacte la cláusula de la caducidad.

C. Los contratos administrativos y los contratos privados en los que se haya incluido la cláusula de caducidad, están sometidos a conocimiento de la justicia contencioso administrativa, luego resulta innecesario determinar si el contrato de distribución de licores sometido al examen de esta jurisdicción es o no de carácter administrativo para el efecto de fijar su competencia, puesto que a cualquiera de las conclusiones a que se llegue sobre el particular, siempre se encontrará como competente al mismo juez.

D. Como en el caso que se estudia se pactó la cláusula de caducidad (folio 102 vto. C. 1), es claro que las controversias que se originen en relación con él deben ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa y por esa razón no prospera la petición formulada por el apoderado el adjudicatario SIERVO CASTRO PAEZ tendientes a la invalidez de lo actuado o a la inhibición definitiva.

E. En cuanto a la "indebida acumulación de pretensiones", el excepcionante la hizo consistir en que no es posible acumular acciones "disímiles" (sic) en cuanto a su propia naturaleza, señalando que las relativas al contrato son de carácter "civil" y las referentes a la resolución de adjudicación de índole contencioso administrativo. La Sala ya explicó suficientemente que la competencia para conocer de cada una de las pretensiones de la demanda se encuentra hoy radicada en la jurisdicción contencioso administrativa, dándole el Decreto 01 de 1984 competencia en primera instancia al Tribunal Administrativo y en segunda instancia a esta Corporación. No hay, entonces, lugar a declarar la prosperidad de esta otra excepción.

F. En cuanto a la cuestión de fondo, consistente en que la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA adjudicó el contrato de distribución de licores, en la Zona 8, a la propuesta que no era la mejor, desconociendo el derecho a la adjudicación que tenía el mejor proponente, el Tribunal la despachó favorablemente, fundado en que esa Sala "carece de conocimientos para evaluar la mejor propuesta" ya que "indispensablemente se requieren conocimientos especiales técnicos y económicos sobre la materia, como reglas de experiencia, para poder evaluar con certeza las propuestas". Y le reclamó al demandante que no le hubiera suministrado esas propuestas para evaluarlas, ni que se hubiera producido un dictamen pericial para ilustración de la Sala.

G. Al respecto observa esta Corporación: la carencia de conocimientos del fallador no es disculpa de recibo para negarse a decidir la controversia mediante un fallo que no

sea debidamente ilustrado y justo. El juez está obligado a utilizar los poderes que le otorgan las leyes procedimentales para allegar al proceso las pruebas técnicas necesarias a fin de darle suficiente claridad e inteligencia al asunto debatido y encontrar la verdad real sobre la apariencia que deja el exagerado culto al ropaje procedimental.

En el presente caso el demandante solicitó oportunamente la práctica de las pruebas que el *a-quo* dice que eran necesarias para el esclarecimiento de los hechos, lo cual facilitaba el completo entendimiento de la cuestión litigiosa, pero el Tribunal omitió, injustificadamente, ordenarlas.

Tan pronto como el juez observe que él ha cometido un error, es su deber corregirlo, aunque las partes no le hayan reclamado. Los errores judiciales no pueden servir como justificación para seguir cometiendo dislates y menos para sustentar en ellos una sentencia de fondo. En este proceso resultaba pertinente decretar las pruebas, mediante auto complementario, que las pruebas fueron oportunamente solicitadas. Abstenerse de hacerlo, como lo hizo el Tribunal es cercenar el derecho de defensa, que cobija por igual a todas las partes intervinientes.

Durante la práctica de la diligencia de Inspección judicial el apoderado de la parte demandante solicitó nuevamente el decreto de las mismas pruebas y otra vez le fueron negadas y se vió frustrada la reiterada petición, por una equivocada interpretación de las facultades otorgadas al juez, en materia de pruebas, principalmente en los ordinales 2o. a 6o. del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, que lo llevaron a concluir que se trataba de una "prueba nueva" y que esto impedía allegarlas a este proceso. Y abonó el análisis con el propio error del mismo Tribunal cometido cuando omitió ordenarlas al resolver la primera solicitud. Recurrida esta nueva decisión, el a-quo se mantiene en ella, no solo con base en parecidas razones a las que se hizo mención antes, sino que le agregó que posteriormente las decretaría "si lo considera necesario para esclarecer hehos relacionados con las alegaciones de las partes en busca de la verdad real" (folio 167 C. 4). Posteriormente, el Tribunal consideró que esas pruebas eran necesarias para ilustración de la Sala, y sin embargo, injustificadamente, no las decretó.

H. Los procedimientos de contratación administrativa, principalmente el de licitación pública, tienen como uno de sus objetivos esenciales la moralización en el manejo de los negocios públicos, como una forma de garantizar la correcta utilización de la facultad de decidir sobre la suerte económica de las entidades oficiales y como medio ético de repartir las utilidades normales que emanan de la correcta ejecución de los contratos que adjudica el Estado.

La garantía de cumplimiento de esos objetivos éticos de la comunidad, se halla radicada en primer lugar en la administración misma, cuyas decisiones en materia de contratación no pueden tener motivaciones secretas ni preferencias que se queden en el fuero interno de los funcionarios. Por estas razones, cuando se hagan adjudicaciones de contratos deben quedar expresados los fundamentos en que ellas se apoyaron para escoger una determinada propuesta como la mejor, relacionándola con las de los demás oferentes de una manera razonada.

Precisamente con el fin de lograr un mayor grado de certeza en el examen de las propuestas es que en múltiples ocasiones se integran comisiones técnicas para el estudio pormenorizado de todas y cada una de las ofertas, se elaboran cuadros comparativos y se utilizan diversos métodos de trabajo para sistematizar el proceso de análisis. En la misma medida en que se utilicen esos recursos se supone un mayor grado de acierto en la adjudicación. Pero si quien tiene el poder de decidir, resuelve separarse de los resultados o recomendaciones a que llegan los técnicos, y puede hacerse porque

esa facultad es inherente al poder de decisión, está en el deber de ilustrar con suficiencia el por qué de su rechazo a las recomendaciones de orden técnico. Callar esa motivación es darle vía libre a las decisiones caprichosas, arbitrarias, y en tal sentido perdería su razón de ser todo el proceso de licitación pública consagrado para la administración.

I. Pero si la administración se equivoca y se olvida de esos objetivos generales, la sociedad espera que sean sus jueces los encargados de restablecer el derecho, mediante la correcta aplicación de la ley y para ese efecto el fallador debe examinar detenidamente cómo se cumplió el proceso de contratación, evaluarlo y dictar la sentencia que corresponda a ese interés de la comunidad.

J. Para analizar los hechos que constituyen la *causa petendi* en el presente caso, la Sala procede a estudiar el contendio de las Actas de Junta Directiva números 6 y 7 y para ese efecto se transcriben los apartes pertinentes a la adjudicación cuestionada. Del Acta Número 6, se tiene:

"La Gerencia informa que la comisión nombrada por la Junta Directiva para la preselección de Distribuidores de Licores por Zonas en el Departamento ya elaboró el cuadro comparativo de las propuestas como también las recomendaciones para los dos oferentes que garanticen la mayor seriedad para esta distribución". (folio 21 C. 1).

"El Diputado Alfonso Mendoza Huertas informa que para la elaboración de estos cuadros se han tenido en cuenta las óptimas condiciones morales y comerciales de los proponentes y es por ello que se han clasificado a dos de estas propuestas las que recomiendan para que la Junta entre a calificar, escoger al distribuidor de cada zona". (folio 22 C. 22 C. 1).

"El señor Gobernador dice que prefiere retirarse de la Junta, designando su representante en la reunión y recomienda que se debe adjudicar la Distribución por zonas a las personas que tengan los mayores puntajes, en las recomendaciones que propone la comisión que elaboró este estudio y llegado el caso de presentarse un empate, se definirá por suerte".

"Se discute con amplitud las determinaciones que irán a tomar los miembros de la Junta en estas Adjudicaciones como también las conveniencias de la Empresa al tomarse la determinación de este sistema de Distribución".

"El Diputado Mendoza propone que para el estudio de recomendaciones para adjudicación de distribuidores de zonas se debe escoger al que tenga mayor puntaje". (folio 23 C. 1).

"El Diputado Riaño dice que se debe analizar cada caso y que la Junta escoja previo al Distribuidor de cada zona".

"La Junta decide tomar el informe de la Comisión y el cuadro comparativo de las ofertas como documentos de trabajo revisando en cada caso los puntajes asignados a los finalistas y los criterios que tuvo en cuenta la comisión".

Sentadas las anteriores bases, la Junta inicia el proceso de adjudicación y toma decisión respecto de diez zonas. Aplaza la adjudicación de tres de ellas, sin explicación ninguna. Se trata de las zonas 1, 2 y 8, en las cuales la misma Junta "acuerda en principio recomendar favorablemente la adjudicación de los contratos de distribución a los señores Héctor Pita Torres, Central de Distribuciones y Emiliano Rivera, respectivamente (sic) pero reservándose para la próxima Junta el tomar una determinación

definitiva y con la asistencia de tres miembros principales que no estuvieron en la presente reunión". Los tres miembros a que se refiere el acta Número 6 no son mencionados por sus nombres, pero en la siguiente reunión concurren los doctores JORGE CABRA PAEZ, HUMBERTO ZAMBRANO Y ANTONIO PEÑA RIVERA que no habían concurrido a esta reunión en que se adjudicaron los contratos para las restantes diez zonas.

K. En cuanto a la zona 8, fue la única en donde, a pesar de haberse acordado la presentación de dos finalistas, la comisión presentó tres, en el siguiente orden de mención en el Acta: Emiliano Rivera S., Siervo Castro Páez y Efrain Gonzáles Sánchez. No se dejó constancia de qué razones se tuvieron en cuenta para la clasificación, ni tampoco qué aspectos de las propuestas examinaron. Solo se hizo constar que "se discute y aplaza la decisión". (folio 25 C. 1). Esto ocurrió en la reunión del día 27 de abril de 1979. La reunión siguiente se celebró once días después, el 8 de mayo. Del acta Número 7 se transcribe:

"Aprobada el acta de la sesión anterior, el Diputado Riaño pide (sic) la palabra y manifiesta que se ha presentado problema en la recomendación de adjudicación unicamente en tres zonas puesto que para el resto se recomendó en principio la adjudicación por unanimidad y es partidario de que se analicen las zonas en donde existió disparidad de criterios y no se llegó a ningún acuerdo unánime como son las zonas Centro, Tundana y Occidente". (folio 29 C. 1).

(. . . . . .)

"El doctor Jorge Cabra propone que se ratifiquen las determinaciones de la Junta en las zonas en donde hubo unanimidad y en las que existió disparidad de criterios se entre a estudiar nuevamente". (Folio 30 C. 1). (...).

"Se procede a analizar las propuestas de distribución para la Zona de Occidente con cabecera en la ciudad de Chiquinquirá y por parte de la Subgerencia Comercial se dá lectura al cuadro comparativo elaborado por la comisión en la cual se recomienda tener en cuenta los nombres de Emiliano Rivera S.; Efrain Gonzáles y Siervo Castro Páez".

"Una vez discutidas y analizadas cada una de las propuestas el señor presidente pregunta a los miembros de la Junta si hay suficiente ilustración para que se proceda a la correspondiente votación nombrando al señor Contralor del departamento como escrutador, votación que dió (sic) los siguientes resultados:

Votos (sic) en Blanco: 1
Siervo Castro Páez: 6 votos
Efraín González: 1 voto
Anulados 1"
(folio 31 C. 1). (...).

"La presidencia pregunta a los miembros de la Junta si conceptúan recomendar la adjudicación de los contratos de distribución para la Zona Número 1 al señor Carlos Fernández, para la Zona Número 2 al señor Juan Nepomuceno Agudelo y para la Zona Número 8 al señor Siervo Castro Páez. La junta aprueba".

"El Diputado Riaño solicita a la Presidencia que se cite a una nueva reunión de la Junta Directiva para el día 9 de los corrientes a las 10 a.m. con el fin de impartir la aprobación correspondiente a las Actas de las Reuniones 006 y 007. Solicitud que es aprobada por unanimidad. (folio 32 C. 1).

Es decir, en la reunión correspondiente al Acta Número 6 se adjudicaron los contratos para diez zonas y se aplazaron para tres. Se escogieron "en principio" las personas que iban a ser los adjudicatarios de cada una de estas. No se sabe la razón por la cual ese acuerdo fue "en principio", y no definitivo ni porque motivo para estos tres casos se deseaba la "asistencia de tres miembros principales que no estuvieron en la presente reunión". La citación se hizo para once días después y en esa junta se adjudicaron los tres contratos restantes, precisamente a personas distintas a los tres que se escogieron "en principio".

Concretamente en relación con la Zona 8 no se dio ninguna explicación para ese cambio de nombre. E inclusive se observa que de los 8 votos depositados ninguno fue para la persona escogida "en principio" por unanimidad, siendo que solo hubo tres nuevos asistentes con derecho a voto.

L. Por no estar expresadas en las Actas ninguna razón para haberle adjudicado "en principio" a EMILIANO RIVERA SANCHEZ y después a SIERVO CASTRO PAEZ, lo cual deja sin fundamento ambas decisiones, la Sala procede a estudiar la fuente misma del conflicto, es decir las ofertas, para precisar si le asiste razón al demandante cuando afirma que su propuesta era la mejor. Al respecto el Fiscal Primero del Tribunal, Dr. Luis Alberto Gonzáles Gómez, expresó:

LA MEJOR PROPUESTA

Como uno de los fundamentos de esta demanda consiste en afirmar que se ha violado por parte de la Junta Directiva de la Industria Licorera de Boyacá, el principio de igualdad, y por lo mismo, el pliego de condiciones, al no escogerse al señor EMILIANO RIVERA como el mejor licitante, creemos que es necesario hacer un paralelo sobre los puntos básicos de la oferta, el que nos permitirá, en nuestro concepto, saber cuál de las propuestas era la mejor para la Industria Licorera de Boyacá".

SIERVO CASTRO PAEZ	EMILIANO RIVERA
"No era distribuidor de licores	Sí lo era desde el 11 de septiembre de 1975
Cajas compradas o a comprar 3.510	Cajas compradas o por comprar 5.000
Sistemas de venta. Combinado	Sistemas de venta. Combinado
Organización administrativa:	Con distribuidor de Zona.
Depósito y Oficina en Chiquinquirá y agencia en cada Municipio	Secretaría. Publicidad. Contabilidad. Tesorería. Cartera. Crédito. Ventas. Supervisor.
"Vehículos: dos furgones. Dos Toyotas combinados (sic) y un Nissan (sic) combinado (sic)	Camión Dogge. Camioneta Ford. Picot (sic) Ford.
Forma de pago: Contado. Carta de crédito.	De contado y carta de crédito
Balance: Activo: $ 6'500.000.oo Pasivo: $ 450.000.oo Capital: $ 6'050.000.oo	Activo: 14'625.753.oo Pasivo: $ 2'823.572.oo Capital: $ 11'802.181.oo
No figura como comerciante en Chiquinquirá.	Es comerciante según la Cámara de Comercio
No presenta recomendaciones comerciales aceptables (folio 154).	Referencias comerciales óptimas (folio 44 - 45 y 47)"

"Para este Ministerio Público, de esta comparación surge claramente que la mejor propuesta era la del señor EMILIANO RIVERA. No obstante, desconocemos los motivos que llevarán a la Junta Directiva de la Industria Licorera de Boyacá a recomendar definitivamente al licitante SIERVO CASTRO PAEZ y a que el señor Gerente profiera la resolución demandada ya que, la adjudicación se hace "a los proponentes que a su juicio reunen las mejores condiciones". (folio 3).

"Las mejores condiciones no pueden deducirse subjetivamente del licitante, sino que tiene que tenerse en cuenta cada uno de estos factores que hemos mencionado en el cuadro comparativo anterior. De ahí precisamente que el artículo 66 del Código Fiscal de Boyacá exprese:

"La adjudicación deberá hacerse previos los estudios del caso y, hecho el análisis comparativo al licitante cuya oferta se estime más favorable y ésté ajustada al pliego de condiciones. En la evaluación de las ofertas deberán tomarse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: el precio, el plazo y la calidad, seriedad, cumplimiento de contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de oferentes.

"En igualdad de condiciones, debe preferirse 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".

"No es entonces, el criterio subjetivo de los funcionarios encargados de hacer el estudio comparativo de las ofertas de los licitantes el que debe predominar en la escogencia definitiva de los adjudicatarios, sino cada uno de los factores a que hace referencia la norma transcrita y que contiene el pliego de condiciones. Y este análisis comparativo de factores nos llevan a compartir el criterio del abogado actor, para sostener que, EMILIANO RIVERA presentó a consideración de la Junta de la Industria Licorera de Boyacá, la mejor propuesta y por consiguiente, ha debido tenérsele en cuenta para ser (sic) la adjudicación definitiva".

M. Esta corporación acoge integralmente el concepto que se acaba de transcribir, pues en verdad se observa que en ninguno de los factores que inciden en el estudio de la propuesta resulta ser mejor SIERVO CASTRO PAEZ, mientras que en varios de ellos es mejor la oferta de EMILIANO RIVERA, tales como el hecho de que, el adjudicatario no tenía experiencia como distribuidor, el demandante sí; las compras las iba a hacer el adjudicatario, entre otros sistemas el de crédito simple, mientras que el demandante no pidió ese modo de comprar, el adjudicatario no disponía de instalaciones inmuebles propias en cambio el demandante sí las tenía y ofreció destinarlas al negocio de la Distribución y, finalmente, el adjudicatario solo ofreció comprar 3.510 cajas de licor mientras que el demandante ofreció comprar 5.000 cajas. No se encuentra entonces, en que era mejor la propuesta del adjudicatario frente a la del demandante, ni por cuales motivos era mejor para la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA vender menos licor (3.510 cajas) en esa Zona, como era la propuesta del adjudicatario, en vez de la cantidad mayor (5.000 cajas) que propuso el demandante.

N. De lo anteriormente expresado se deduce que el proponente EMILIANO RIVERA SUAREZ tenía derecho a la adjudicación del contrato de distribución de licores en la zona 8 de Boyacá, por haber presentado la mejor oferta. Como la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA no le hizo tal adjudicación, desconociéndole su derecho a ella, sino que le entregó la mencionada distribución al señor SIERVO CASTRO PAEZ, es nula la Resolución Número 164 del 15 de mayo de 1979 "por la cual se adjudica el Contrato de Distribución de licores para la Zona Número 8 de Boyacá, en

cuanto se dicto con violación de las condiciones que regían para la licitación, una de las cuales era que la adjudicación se haría al "proponente que ofrezca mayores garantías para la Industria" (folio ? C. 1), lo cual no se cumplió por parte del señor ALFONSO CAICEDO CHAPARRO como Gerente General de la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA.

Ñ. El Hecho de que el contrato lo hubiere ejecutado un adjudicatario distinto al que había ofrecido las mejores condiciones, hace responsable a la empresa demandada de los perjuicios causados al demandante, por lo menos en cuanto al lucro cesante ya que no aparece ninguna prueba de que hubiera existido alguno otro daño.

O. La condena al pago de perjuicios se hará en abstracto y para su cuantificación se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, tomando las siguientes bases:

"1. El Monto de la indemnización no podrá exceder del valor de la garantía de seriedad que legalmente debió exigirse y en todo caso no podrá ser superior a las cantidades pedidas en la demanda (puntos 1.31 a y b 1.32).

2. Deberá acompañarse al incidente copia auténtica de la resolución por medio de la cual la Contraloría Departamental determinó la cuantía de las garantías (en especial de la seriedad de la propuesta) y su término.

3. En caso de que la Contraloría Departamental no hubiere expedido la reglamentación correspondiente, habrá que traer a los autos la dictada por la Contraloría General para los contratos nacionales en relación con las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de seriedad de la misma. Deberá acompañarse, en estos casos, la Resolución Número 08660 de 1981 o la que con posterioridad la hubiere modificado, si fuere el caso.

4. Deberá establecerse, pericialmente o por otros medios, con base en el contrato celebrado con el señor Carlos A. Fernández G. a cuanto habría ascendido la garantía de seriedad de la propuesta, si se hubiera exigido con sujeción a la ley".

P. En cuanto a la pretensión consistente en la nulidad del contrato de distribución por la Empresa de Licores de Boyacá y el licitante SIERVO CASTRO PAEZ, habrá de prosperar porque el acto administrativo que se declara nulo inevitablemente implica también la invalidez de sus efectos. Luego si la adjudicación deja de tener vigencia queda sin soporte el contrato *por ser aquella el antecedente necesario de este.* Así se declarará.

Q. El apoderado del adjudicatario SIERVO CASTRO PAEZ solicitó que se condenara en costas al demandante EMILIANO RIVERA SUAREZ. El A-quo no hizo ningún pronunciamiento sobre esta petición, para acogerla o negarla, en el fallo recurrido.

En el escrito que obra a folios 310 y 311 del cuaderno Número 1, el mismo apoderado manifiesta su inconformidad con el fallo de primera instancia por no haber proferido la condenación que solicitó.

Fundamenta su petición en que el Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) vigente en la fecha del fallo apelado, no consagraba nada sobre costas y que por lo tanto tal vacio debía llenarse con las normas del Código de Procedimiento Civil, según el artículo 282, por lo que pedía la aplicación de los artículos que consagran la condenación en costas para el litigante vencido, en este caso el demandante para entonces. La

sentencia apelada no podía darle aplicación al Decreto 01 de 1984 porque no existía. En la fecha de este fallo ya está vigente el artículo 171 del nuevo Código Contencioso Administrativo que preceptúa que "En todos los procesos, 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".

En consecuencia, en los procesos de lo contencioso administrativo diferentes a los de simple nulidad y a los electorales, habrá pronunciamiento expreso sobre costas, aunque tal condenación no haya sido solicitada. Sin embargo, la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios no serán condenados en costas, por mandarlo así el mencionado artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. Tampoco podrá condenarse en costas a los establecimientos públicos, porque la naturaleza jurídica de ellas es distinta de la de los *particulares*, y gozan de privilegios y prerrogativas de la Nación (artículo 43 Decreto-Ley 3130 de 1968).

En el presente asunto el litigante particular vencido es el señor SIERVO CASTRO PAEZ y a él habrá de imponerse la condenación en costas, en relación con el demandante EMILIANO RIVERA SUAREZ, y en forma parcial, es decir, en un 30% de las causadas en el juicio.

En mérito de lo anteriormente expuesto y en desacuerdo con la colaboradora Fiscal de esta Corporación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, obrando en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia de primera instancia proferida el 21 de julio de 1982 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Plena.

SEGUNDO: En su lugar se dispone: A) Declárase la nulidad de la Resolución Número 164 del 15 de mayo de 1979, proferida por la Industria Licorera de Boyacá, en cuanto que ella desconoció el derecho del mejor proponente a la adjudicación; también se declara la nulidad del contrato de distribución de licores para la zona 8 de Boyacá celebrado entre la empresa adjudicante y el señor SIERVO CASTRO PAEZ. B) Como restablecimiento del derecho, se condena a la Industria Licorera de Boyacá, en abstracto, a pagarle al señor EMILIANO RIVERA SUAREZ, identificado con cédula de ciudadanía número 1'031.934 de Chiquinquirá, los perjuicios materiales causados con la no adjudicación de la licitación, los que serán liquidados por los trámites previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y sobre las bases dadas en la parte motiva de esta providencia. C) Una vez practicada la liquidación, mediante auto ejecutoriado, la Empresa demandada deberá pagar dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. D) La cantidad líquida reconocida devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

TERCERO: Se deniegan las restantes súplicas de la demanda.

CUARTO: Se condena en costas a SIERVO CASTRO PAEZ en beneficio del demandante, en un 30% de las causadas en el juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su Sesión celebrada el día noviembre nueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA.— PROCEDIMIENTO.— (Salvamento).— Situaciones que no tienen relevancia jurídica. COSTAS. APLICACION RETROACTIVA DE LA LEY PROCESAL.— El principio según el cual la ley procesal tiene efecto inmediato no puede aplicarse mecánicamente a todas las situaciones virtualmente pendientes. Es preciso examinar cada acto y sus distintas consecuencias para poder establecer si éstas, por continuar en ejecución o por estar ya cumplidas, son susceptibles o no de reencauzamiento procesal. LEY PROCESAL.— VIGENCIA.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Número 3743.
Actor: **Emiliano Rivera.**

Por considerar que no hubo ilegalidad en la adjudicación y que no puede condenarse en costas en este juicio iniciado en 1979, me separo con todo respeto de la mayoría.

El hecho de que la Junta en su sesión del 27 de abril de 1979 hubiese estudiado el asunto y lo hubiese aplazado (folio 25) y luego, en esa misma sesión, hubiese resuelto recomendar en principio la adjudicación al señor Emiliano Rivera "pero reservándose para la próxima Junta el tomar una determinación definitiva y con la asistencia de tres miembros principales que no estuvieron en la presente reunión", no altera en nada el procedimiento, por cuanto en verdad y tal como expresamente se deduce del acta no se trataba de ninguna decisión. Esta, la definitiva, quedaba expresamente diferida para la sesión siguiente.

La sesión siguiente tuvo lugar el 8 de mayo. En el acta se lee: "se procede a analizar las propuestas de distribución para la zona de Occidente con cabecera en la ciudad de Chiquinquirá y por parte de la Subgerencia Comercial se dá lectura al cuadro comparativo elaborado por la comisión en el cual se recomienda tener en cuenta los nombres de Emiliano Rivera S., Efraín González y Siervo Castro Páez. Discutidas y analizadas cada una de las propuestas el señor Presidente pregunta a los miembros de la Junta si hay suficiente ilustración para que se proceda a la correspondiente votación ... que dió los siguientes resultados: votos en blanco: 1, Siervo Castro Páez: 6 votos; Efraín González: 1 voto; anulados: 1 voto". (folio 31).

Si no había habido ninguna decisión el 27 de abril y expresamente se había dicho en el acta que la Junta solo decidiría en definitiva en la reunión siguiente, con un número mayor de asistentes, resulta claro que la Junta podía hacerlo, como lo hizo efectivamente, el día acordado.

Ahora bien, la Junta no solo podía votar sino podía votar libremente, con el único límite de la preselección. Observó ese límite, luego no puede hablarse de irregularidad.

Las circunstancias de que la Junta no hubiese explicado en el acta los motivos por los cuales en la votación de tanteo escogió un candidato y en la votación definitiva a otro, no tiene la relevancia jurídica que le dió la sentencia y que la llevó a anular la adjudicación y a entrar en el análisis de las otras propuestas.

La Junta podía omitir esas explicaciones porque, como se ha repetido, no había tomado la decisión definitiva y porque, cuando la tomó, no desconoció la preselección hecha por la comisión designada al efecto. Si hubiese desconocido esa preselección, entonces sí hubiera sido absolutamente necesario consignar las razones que la llevaban a apartarse del concepto técnico. Pero, como esto no ocurrió, no cabía anular el acto de adjudicación tal como lo sostuvo la señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado.

Por otra parte, encuentro que aplicar el gravamen de las costas establecido por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo de 1984, a un proceso iniciado en 1979 y cuya fase de controversia culminó en 1983, cuando se citó para fallo, es incurrir en aplicación retroactiva de la ley procesal.

El principio según el cual la ley procesal tiene efecto inmediato no puede aplicarse mecánicamente a todas las situaciones virtualmente pendientes. Es preciso examinar cada acto y sus distintas consecuencias para poder establecer si éstas, por continuar en ejecución o por estar ya cumplidas, son susceptibles o no de un reencauzamiento procesal. Así, es obvio que mientras el trámite de una demanda o la competencia para su conocimiento constituyen verdaderas situaciones en curso a lo largo de todo el proceso, lo relativo al acto mismo de la formulación y de la contestación de la demanda (oportunidad, formas, gravámenes) no constituye situación en curso sino una verdadera situación definida y pretérita, a la cual resulta inaplicable la nueva ley, dado que sus efectos concretos se cumplieron bajo la ley antigua, y conservan por tanto su eficacia.

En consecuencia, considero que este gravamen de las costas introducido infortunadamente en los procesos administrativos por el nuevo Código, no puede tener aplicación sino en los juicios y en los recursos extraordinarios iniciados con posterioridad a la expedición de ese estatuto.

Eduardo Suescún Monroy.

CAPITULO II

CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACION

CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION DOTADO DE CLAUSULA DE CADUCIDAD. La controversia pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa. (Decreto 222 de 1983). Pero el calificativo dado no es obstáculo para que además se rija por las reglas civiles. Contrato de Arrendamiento.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente Número 3918.— Apelación.
Actor: **Alberto Alvarez & Cía. Ltda.**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 8 de noviembre de 1982, mediante la cual el tribunal administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda, o sea declaró terminado el contrato de arrendamiento celebrado entre el Instituto de los Seguros Sociales (Caja Seccional de Antioquia) y la Sociedad Alberto Alvarez & Cía. Ltda. y condenó al mismo Instituto a restituir el inmueble arrendado.

Redacta esta sentencia el suscrito ponente, en vista de que el proyecto elaborado por el Dr. Valencia Arango, no obtuvo la mayoría.

Para arribar a esa conclusión, sostuvo el tribunal:

"Como fácilmente se desprende del estudio del documento contentivo del contrato de arrendamiento, origen de este litigio, la Sociedad ALBERTO ALVAREZ S. & CIA. LTDA. llamada "el arrendador" quedó con derecho a la terminación del contrato por dos causales diferentes, a saber: 1a) por las previstas en el artículo 518 del Código de Comercio, dada la hipotesis advertida en la cláusula Tercera, *siempre que este desahucio a "los arrendatarios" se verifique con seis (6) meses de antelación*, y 2a) por la falta de pago de los arrendamientos pactados y de los servicios públicos e impuestos municipales.

"Procede, entonces, formular este interrogante: ¿incumplió la parte demandada (Instituto de Seguros Sociales, Caja Seccional de Antioquia) algunas o todas las obligaciones asumidas por ella contractualmente, determinantes del derecho para la parte demandada de dar por terminado el respectivo convenio? La respuesta es afirmativa por estas razones:

"Existe en el proceso la copia de la comunicación suscrita por el Asesor Jurídico de la firma Escobar Alvarez & Cía Ltda. de fecha veintidós (22) de noviembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), dirigida a la CAJA SECCIONAL DE LOS SEGUROS SOCIALES DE ANTIOQUIA, recibida por la empleada Aleyda Muñoz, en la que se dá cuenta de la celebración del contrato de arrendamiento, se informa sobre la promesa de venta celebrada con los señores Mauricio González González y Rodrigo Restrepo Posada relativa al mencionado inmueble y finalmente se les manifiesta: *"En atención a lo convenido en la Cláusula 3a. del Contrato de Arrendamiento arriba mencionado, procedemos a requerirlos y desahuciarlos para que al vencimiento de un término de SEIS (6) MESES CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE LA PRESENTE, restituyan al propietario el local cuya tenencia motiva la presente, en razón de que, como ya quedó expuesto, se proponen levantar una nueva construcción".* (subraya y mayúsculas del Tribunal, folios 4 fte.).

"Quiere decir lo anterior que a la luz de lo pactado expresamente por las partes ahora litigantes, el INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES (CAJA SECCIONAL DE ANTIOQUIA), adquirió la obligación de hacer entrega del inmueble que le fue entregado en arrendamiento por la firma ESCOBAR ALVAREZ S. & CIA. LTDA. el día veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta (1980) y como en el expediente no obra prueba que desvirtúe la existencia de la mencionada comunicación u oficio o de la entrega real y material del bien tantas veces señalado, son viables las pretensiones elevadas en el memorial que contiene la *aclaración y corrección* de la demanda inicial.

"En lo que no asiste razón al apoderado de la Sociedad demandante es en lo afirmado en el hecho catorce del libelo inicial al imputarle también a la parte demandada otra violación del contrato, consistente en la obligación de pagar oportunamente los cánones acordados, motivo por el cual incurrió en MORA desde el mes de octubre de 1980 hasta el mes de enero de 198? ya que de folios 146 a 191 obran las fotocopias auténticas de los documentos que muestran el pago de los arrendamientos por parte del Instituto de Seguros Sociales, (Caja Seccional de Antioquia) por el sistema de consignación en el Banco Popular, cuyos títulos "se encuentran vigentes hasta la fecha" donde figura como beneficiario Alberto Alvarez & Cía. Ltda. cuyas fechas van del 14-11-80 hasta el 22-07-81, según prueba que obra a folios 95 del expediente".

Durante el trámite de esta segunda instancia, la señora fiscal, en su concepto de fondo que obra a fólios 247 y 248 consideró que la sentencia debía revocarse para en su lugar declarar la incompetencia para decidir. De esa vista, se destaca:

"El actor pretende la "resolución" del contrato de arrendamiento porque hubo incumplimiento de la Administración cuando no cumplió con el desahucio (artículo 518 Código de Comercio).

"Se observa, que aún aceptando que se trata de un contrato administrativo, afirmación que fácilmente se puede infirmar, en el presente caso no existe ningún conflicto contractual, que sería la materia sobre la que podría pronunciarse esta jurisdicción. En el presente caso se estipuló claramente en la cláusula 3a. del contrato las causa para no renovar el convenio, siempre y cuando se hiciera el aviso con 6 meses de antelación. Lo anterior se hizo y la Administración no ha entregado el inmueble. Para la restitución de la tenencia de inmuebles, la ley civil establece un procedimiento (artículo 414 del Código de Procedimiento Civil) y a él se ha debido ceñir el actor.

"Este despacho encuentra que la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para decidir en el presente caso. En consecuencia solicita a la Honorable Sala revoque el fallo apelado y en su lugar declare la incompetencia para decidir".

El señor apoderado del Instituto insiste en que la sentencia debe ser revocada, porque:

a) El contrato de arrendamiento con el ISS es administrativo no comercial.

b) El ISS es un establecimiento público y no una empresa comercial.

c) Su distinción entre entidad de carácter oficial y empresa comercial obedece a definición legal y no a convenio entre las partes.

d) No es lógico que se señale la destinación del local "pero con la terminante advertencia de que dicho bien es esencialmente comercial".

e) El Consejo carece de competencia para el conocimiento de las acciones instauradas por la actora.

Para resolver, se considera:

La motivación, dada la forma como está planteada la demanda, deberá hacer referencia a los siguientes aspectos:

a) Al contrato aquí cuestionado; b) la sujeción del mismo al derecho privado, bien comercial o civil; c) La acción propuesta y el lanzamiento.

El contrato celebrado entre la Sociedad Alberto Alvarez & Cía. Ltda. y la Caja Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia, más que un contrato administrativo típico es privado de la administración dotado de cláusula de caducidad. Aunque esta última calificación obedece a la terminología introducida en Colombia por el Decreto 222 de 1983 o estatuto de la contratación administrativa y seguida por el nuevo código administrativo o Decreto 01 de 1984, no por eso es menos aceptable. Aunque, claro está, dada la fecha de la celebración del contrato su naturaleza hay que enfocarla con los criterios vigentes a la sazón.

Antes de dichos decretos la presencia de una cláusula exorbitante, como la de caducidad, por ejemplo, le daba pie a la jurisprudencia y a la doctrina para calificar al

convenio que la comprendiera como administrativo como también servía para esa calificación el criterio del servicio público y de la definición legal. El criterio de la cláusula exorbitante, un tanto ligero, hizo carrera luego de la expedición del Decreto 528 de 1964 y permitió a la jurisdicción administrativa el conocimiento de las controversias derivadas del mismo, sin más discusión.

La nueva legislación colocó el problema en su exacta dimensión; zanjó el debate y amplió la competencia de la citada jurisdicción a los contratos tanto administrativos como privados dotados de cláusula de caducidad.

La cláusula décima quinta del contrato puede tomarse como criterio de amplitud como de esta índole. Ella dispone:

"Los arrendatarios" podrán dar por terminado el Contrato, en cualquier tiempo, de acuerdo a las causales establecidas por la ley, especialmente las siguientes: (a) Por necesidad de trasladar a otro lugar las oficinas que se instalen en el inmueble materia del contrato; (b) por construcción de la Sede Administrativa de la CAJA y (c) por incurrir "el arrendador" en incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones civiles y comerciales adquiridas en virtud del contrato".

Igualmente la décima octava o de multa impuesta unilateralmente por la administración coadyuva esa calificación. Ahora bien: Sea contrato administrativo o privado con cláusula de terminación unilateral, la controversia pertenece a esta jurisdicción.

Pero el calificativo dado no es obstáculo para que además se rija por las reglas civiles.

No es comercial, aunque se haya celebrado entre la Caja Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia y la sociedad comercial Alberto Alvarez Y Cía. Ltda. (ver certificado de la Cámara de Comercio de Medellín a folio 51), porque el inmueble no fue arrendado para un establecimiento de comercio y la destinación alegada en el contrato no puede modificar la índole del mismo.

Por lo demás, la sociedad demandante actuó solo como simple mandataria de la señora María Josefa Restrepo Uribe, dueña del inmueble. Aunque en el contrato no se hace esta advertencia, existe dentro del proceso la demostración plena de tal circunstancia (ver oficios 7-1190 de 22 de noviembre de 1979 a folios 4 del cuaderno principal, los certificados del señor registrador a folios 10 y 16).

Lo precedente permite concluir que no le son aplicables al convenio cuestionado los artículos 21 y 22 del Código de Comercio y menos los artículos 518 y siguientes del mismo.

El acto no es mercantil para ninguna de las partes. No se comprobó que la señora María Josefa Restrepo U. fuera comerciante en ese entonces y un establecimiento público como el Instituto de los Seguros Sociales no puede ser calificado, bajo ningún pretexto, como tal. Esto rechaza la operancia de los citados artículos 21 y 22 del ordenamiento aludido. Además, puede afirmarse que en principio, los contratos de arrendamiento celebrados por los entes territoriales y por los establecimientos públicos no pueden constituir en forma alguna actos de comercio; con lo que se excluye la operancia de dichos convenios de las previsiones contempladas en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio.

Tampoco la estipulación de las partes puede convertir en comercial el convenio que no lo es. Ninguna relevancia tiene la expresa manifestación hecha de que el contrato

versa sobre un local comercial, porque ni el ISS es comerciante ni la destinación dada al inmueble así lo califica. Basta pensar que el Instituto lo recibió en arrendamiento para el funcionamiento de oficinas y consultorios odontológicos.

En suma, el desahucio cumplido con base en el artículo 520 del Código de Comercio, no tiene la virtualidad de permitir la terminación del contrato, por su inoperancia frente al caso concreto. Y no varía este enfoque porque en la cláusula tercera se haya dicho que se aplicaría el artículo 518 ibídem, porque este aspecto no puede ser objeto de convenio entre las partes.

El contrato en cuestión, además de administrativo, está gobernado por el derecho civil. En tal sentido, la vía a seguir no era la del desahucio sino la de la licencia administrativa, dado que el Instituto no estaba en mora en el pago de los cánones mensuales. Para hacer la afirmación precedente debe tenerse en cuenta que el contrato en cuestión estaba sujeto al régimen de los Decretos 2770 de 1976, 063 y 2923 de 1977 y 2813 de 1978. En tal sentido, la parte arrendadora no podía pedir el inmueble por vencimiento del contrato. No le quedaba a ésta sino la salida que contemplaba el Decreto 063 de 1977, o sea para ocuparlo para su propia habitación, demolerlo para efectuar una nueva construcción o para reconstruirlo o repararlo con obras necesarias que no pudieran ejecutarse sin su desocupación. Esta exigencia está contemplada en el artículo 9 del antecitado decreto, el que, además, en su inciso final establece que para obtener la desocupación del inmueble se requería la licencia administrativa, mediante resolución motivada, concedida por el gobernador, intendente, comisario o alcalde mayor de Bogotá, respectivos.

Al respecto el Decreto 2813 de 1978 dispuso que a partir de 1979 esas licencias serían otorgadas en primera instancia por los alcaldes municipales y menores de Bogotá y en segunda por los funcionarios atrás aludidos.

En parte alguna se demostró que esa licencia se otorgó y menos que se pidió.

Este vacío muestra que no será posible acceder a 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:

Revócase la sentencia de 8 de noviembre de 1982, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia. En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 23 de agosto de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE NATURALEZA COMERCIAL. Lo que no obsta para que siendo comercial, por su naturaleza, no pueda ser simultáneamente administrativo, por la calidad de una de las partes y la naturaleza de las cláusulas exorbitantes. CRITERIOS para determinar la naturaleza del Contrato Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: 3918.
Actor: **Alberto Alvarez & Cía.**

Las razones de mi disidencia, aparecen expuestas en el proyecto de sentencia que sometí a consideración de la Sala y que no fue acogido.

Dice así:

A. Conforme al certificado de la Cámara de Comercio de Medellín (folio 51) la demandante, "ALBERTO ALVAREZ Y CIA LTDA.", es una sociedad comercial, cuyo objeto es *"la inmediación comercial como comisionista o corredores, avalúos comerciales y administración de bienes,* y aparece inscrita en el Registro Mercantil, por lo que tiene la calidad de comerciante a tenor de los artículos 13, ordinal 1o., 19 ordinal 1o., 126, 28 ordinales 1o. y 9o. del Código de Comercio.

B. El contrato cuestionado en este proceso, es comercial a tenor de los artículos 21 y 22 del Código de Comercio, pues no le es aplicable el artículo 156 del Decreto-Ley 222 de 1983, sobre contratación administrativa.

C. Lo anterior no obsta para que siendo comercial, por su naturaleza, no pueda ser simultáneamente administrativo, por la calidad de una de las partes y la naturaleza de las cláusulas exorbitantes.

D. En el controvertido contrato, se pactó la "cláusula de caducidad" en la cláusula 15 del convenio y la multa, unilateralmente impuesta "por acto administrativo" en la 18, lo que es suficiente para calificarlo como administrativo, según reiterada jurisprudencia de esta Sala:

"Tres son los criterios dominantes que se han ideado, como consecuencia de la amplia y larga controversia sobre esos contratos para distinguirlos: el de las cláusulas exorbitantes, el del servicio público, y el de la definición legal. En razón de aquellas la Administración se reserva privilegios imponiéndolos como poder y no obteniéndolos en calidad de contraprestación como cualquier contratante. En razón del segundo, se tiene como contratos administrativos aquellos que conllevan el desarrollo de una actividad que signifique prestación directa e inmediata del objeto mismo del servicio público. Es este el criterio que adoptó el Consejo de Estado Francés al decidir el asunto "Esposos Bertin", el 20 de abril de 1956, litigio originado en un contrato verbal pasado entre los esposos Bertin y la Administración Pública, mediante el cual aquellos se comprometieron a proporcionar alimentación a súbditos soviéticos albergados en el centro de repatriación de la Meaux y que estaban en espera de ser regresados a su país. Se entiende que la calidad de un contrato ha sido definida legalmente cuando la ley lo llama civil o administrativo o cuando determina la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que él origine. El que se exija la prestación directa e inmediata del objeto del servicio público para que dicho criterio tenga cabida, es explicable, porque mediatamente no hay convenio ni acto alguno de la administración que puedan concebirse sin una finalidad de interés público. Esta es también la finalidad de los contratos de derecho privado". (Sentencia de 19 de junio de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Sociedad Leonidas Lara e hijos). Anales Primer Semestre 1970, página 280).

"En un comienzo el Consejo, siguiendo a los doctrinales clásicos, vinculó la noción del contrato administrativo al servicio público, sosteniendo que administrativos eran los convenios celebrados por la Administración para satisfacer necesidades del servicio público. Más tarde convencido de la insuficiencia de dicha noción, por su vaquedad y amplitud se dijo que el sólo hecho de celebrar un contrato para un servicio público, no convertía tal acto en convenio administrativo. Posteriormente, y bajo la influencia de los tratadistas y la jurisprudencia francesa contemporáneos se expresó que contratos administrativos era el convenio celebrado por un ente público que contenía cláusulas exorbitantes. Sin embargo esta definición aunque precisa, peca en mi parecer de calificar una clase de actos por razón de su contenido. No, los contratos no son administrativos porque contengan cláusulas exorbitantes, sino que contiene cláusulas de este tipo precisamente por el hecho de ser administrativo. Por ello, debe definirse como administrativo el contrato en el cual la administración está obligada a utilizar ventajas derivadas de su privilegio estatal o que decida utilizarlo por las conveniencias del servicio. Entonces, se pregunta ¿cuándo se reconoce el empleo en una convención de ese "poder público" de la administración? y se responde: cuando quiera que el legislador o la persona de derecho público al celebrar un contrato con un particular, le obligue a aceptar la inserción de una de las llamadas cláusulas exorbitantes, que son aquellos que usualmente no se encuentran en los contratos de derecho privado. En otras palabras, las cláusulas exorbitantes son prerrogativas que indican la marca administrativa o empleo de la potestad pública atribuida al Estado. El elemento exorbitante incluido en un contrato demuestra claramente el carácter de público del mismo. Aunque esta definición bien pudiera criticarse por dejar en manos de la administración algunas veces la escogencia en el juez del contrato que se celebre, ello no es así, pues siempre es la ley la que otorga a la jurisdicción de lo contencioso administrativo competencia para conocer de tales actos, cosa distinta es que, por razones de facilidad y conveniencia para conocer de tales actos, en algunos casos se permita que la voluntad administrativa escoja la clase de contratos que debe celebrar; y es que en la actualidad atar a la administración a un determinado tipo de contrato, puede en un momento dado resultar perjudicial para la buena marcha de ella e, incluso convertirse en un impedimento para el funcionamiento de los servicios que presta. Claro está que en nuestro actual ordenamiento legal, por lo menos en el orden nacional, son mas los casos de contratos administrativos por disposición legal que los que puedan sucederse por simple o mera voluntad de la administración. En efecto, de acuerdo con los artículos 254 del Código Contencioso Administrativo, la Ley 4a. de 1964 y 32 del Decreto 3130 de 1968 todos los contratos que celebre la administración nacional y que tengan por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, y todos los celebrados por los establecimientos públicos serán contratos administrativos ya que en ellos la administración deberá utilizar procedimientos o prerrogativas de derecho público, indicadas por la presencia de la cláusula exorbitante de caducidad que debe pactarse con los mismos. Aunque esta determinación legal de los convenios de los entes públicos, resultaría en algunos casos conveniente, mientras estén vigentes dichos ordenamientos tendrá que sostenerse que todos los contratos celebrados por la administración nacional cuyos objetos sean los anotados en el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, en la Ley 4a. de 1964 y los celebrados por los establecimientos públicos del orden nacional, son contratos administrativos y el conocimiento de las controversias surgidas de ellos son de la competencia de esta jurisdicción. Resumiendo: es un contrato administrativo, el convenio celebrado por la administración en el cual, por mandato legal o por voluntad administrativa los entes públicos deben utilizar prerrogativas de derecho público, indicadas o señaladas por la inserción de las denominadas cláusulas exorbitantes y conoce de las controversias surgidas, la jurisdicción contenciosa administrativa".

(Adiciones al voto del Consejero Dr. Carlos Portocarrero Mutis en la sentencia de octubre 17 de 1974. Actor: La Nación contra Carlos Sojo Donado).

"Adoptando un criterio finalista y siguiendo el de doctrinantes como Jeze y Sarria, se dijo en un tiempo que eran contratos administrativos solamente los celebrados por la administración para el funcionamiento de un servicio público. A contrario sensu, todos los convenios que no tenían esa finalidad, se calificaban de derecho privado, aunque una de sus partes fuera un órgano estatal. Otros tratadistas, opinando que era absurdo suponer que el Estado tuviera una personalidad dual para actuar unas veces como tal y otras como particular, adoptaron un criterio formalista y, por tanto, conceptuaron que todo contrato en que interviniera una persona de derecho público, debía estimarse como administrativo, tuviera o no como objeto un servicio público. Surge también la tesis de que existe un contrato administrativo cuando la administración se reserva en el convenio ciertos privilegios que son inherentes a la noción de poder, como la caducidad; o que rompen el principio de la igualdad entre los contratantes, como es el sometimiento de una de ellas a las condiciones impuestas en el pliego de cargos cuando hay licitación pública, o que permitan la mutabilidad del acuerdo, como la revisión periódica de los precios acordados, sea que lo convenido se roce o no con un servicio público. En una palabra: que considera administrativo todo contrato que contenga o lleve implícitas cláusulas de las llamadas "exorbitantes". Ahora bien, nuestras leyes no han definido lo que es un contrato administrativo. Sin embargo, desde que entró en vigencia la Ley 4a. de 1964, reglamentada parcialmente por el Decreto 1518 de 1965 y dijo: "Los contratos administrativos que celebren la Nación, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales, con personas privadas naturales o jurídicas, para estudios, construcción, mejoras y conservación de la obra que corresponde ejecutar a esas entidades, se sujetarán a las disposiciones de la presente ley", condiciones que, entre otras, son las de someterse a la licitación pública cuando pasen de determinada cuantía, y la de pactar la revisión periódica de los precios alzados o unitarios convenidos, cuando ocurran las eventualidades previstas en la misma, parece, sin que pueda ello afirmarse rotundamente que hubiera adoptado un criterio ecléctico para estimar como administrativos los contratos oficiales que tuvieran por fin realizar estudio u objetivos relacionados con el servicio público, contentivos de cláusulas exorbitantes que los distinguen de los de derecho común". (Auto de 9 de noviembre de 1967. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Samuel de Sola Roncallo)".

E. Esa era la jurisprudencia antes de que normas positivas definieran o enumeraran los contratos administrativos y como el contrato *sub-júdice* se celebró el 28 de abril de 1975 y el primer Decreto-Ley sobre contratación administrativa, 1670 de 1975 (agosto 18) fue publicado el 29 siguiente (Diario Oficial 34388) no puede aplicársele por ser posterior, aunque con su aplicación la conclusión sobre la naturaleza jurídico administrativa del convenio controvertido sería la misma a que llega la jurisprudencia transcrita.

F. Demostrada la naturaleza administrativa del contrato y el uso legítimo que hizo el arrendador para darlo por terminado mediante el desahucio pactado, se impone la confirmación de la sentencia apelada.

G. Obvio, también, que cualquier diferencia entre las partes de un contrato administrativo sobre el acaecimiento de los hechos o circunstancias que originaron su terminación, solo puede ser resuelta por la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al Decreto-Ley 528 de 1964.

H. Si bien a esta jurisdicción le compete su conocimiento, en "fuero de cognición", no le corresponde el cumplimiento de la sentencia por ser ella incompleta, por carecer del "fuero de ejecución".

Y no hay norma alguna que entregue el cumplimiento forzado de esta clase de providencias a las autoridades de policía como parece entenderlo el *a-quo*, por lo que esta parte del fallo impugnado deberá revocarse.

Si la administración no cumple lo decidido por la justicia en el término del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, su cumplimiento forzado corresponde a la justicia ordinaria a tenor del artículo 179 del mismo estatuto.

Bogotá, D. E., agosto veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO VI

JUICIOS ELECTORALES

CAPITULO I

ELECTORES DEL ORDEN NACIONAL

SUSPENSION PROVISIONAL EN JUICIOS ELECTORALES BAJO LA VIGENCIA DEL DECRETO 01 DE 1984.— Al revivir la Ley 167 de 1941 por virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia quedó vigente el artículo 98 de esa ley que dispone:

"Artículo 98. No habrá lugar a suspensión provisional en los siguientes casos: 1. En los juicios electorales de que trata el Capítulo XX de esta ley ...".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., agosto veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente Número 1115.
Actor: **José Ignacio Vives Echeverría.**

Por hallarse ajustada a derecho habrá que aceptar la demanda formulada por el ciudadano JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA y enderezada a obtener la declaratoria de nulidad de la proposición Número 7 aprobada por el Honorable Senado de la República en la sesión plenaria del miércoles 25 de julio de 1984.

Pero como el demandante solicita simultáneamente que se decrete la suspensión provisional del acto acusado con fundamento en el hecho de que el Decreto 01 de 2 de enero de 1984 (nuevo Código Contencioso Administrativo) no hace excepción ninguna sobre la facultad de suspender los efectos de un acto demandado; es necesario entrar a decidir sobre la aplicación de esta medida cautelar.

Evidentemente el Título XVII del nuevo Código Contencioso Administrativo reglamenta la medida cautelar (suspensión provisional en comento) y no hace reserva alguna sobre la posibilidad de ser aplicable esta norma en todos los casos. Sin embargo el artículo 152, que determina las condiciones en que es procedente la suspensión señalada en su inciso final "Que la suspensión no esté prohibida por la Ley".

Igualmente el artículo 157 ibídem dispone que: "No habrá lugar a suspensión provisional cuando la ley expresamente lo disponga".

La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia dictada el 19 de julio del corriente año declaró inexequible la parte del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo que señala "La Ley 167 de 1941" como una de las normas o del conjunto de normas derogadas por el Código.

Ahora bien, como el nuevo Código no establece excepciones a la suspensión provisional reglamentada y tan solo dispone que para que opere la suspensión provisional es necesario que ella no esté prohibida por la ley, al revivir la Ley 167 de 1941 por virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, quedó vigente el artículo 98 de esa ley que dispone:

"Artículo 98.— No habrá lugar a suspensión provisional en los siguientes casos:

"1.— En los juicios electorales de que trata el Capítulo XX de esta ley;

"2.— En las acciones referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo;

"3.— En las acciones sobre el monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas, cuando no se trata de un acto de carácter general creador o regulador del tributo;

"4.— Cuando la acción principal está prescrita;

"5.— Cuando la ley expresamente lo dispone".

Como la presente demanda corresponde a la especie de los procesos electorales reglamentados por los artículos 223 a 251 del nuevo Código que sustancialmente coincide con las disposiciones pertinentes de la Ley 167 de 1941 complementadas con la Ley 28 de 1979 y las disposiciones de la Ley 85 de 1981; es aplicable a este negocio el numeral 1o. del artículo 98 de la Ley 167 de 1941 que prohibe la suspensión provisional en este tipo de procesos.

Por lo tanto no es procedente decretar la medida cautelar solicitada.

En consecuencia se dispone:

1.— Admítese la demanda formulada por el ciudadano José Ignacio Vives Echeverría, para que se declare la nulidad de la proposición Número 7 aprobada por el Honorable Senado de la República en la sesión plenaria del miércoles 25 de julio de 1984.

2.— Notifíquese por edicto que durará fijado cinco (5) días y al Agente del Ministerio Público.

3.— Notifíquese personalmente a los señores Marino Rengifo Salcedo y Arismendi Mora Perdomo.

4.— Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, con la prevención de que durante ese término podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas.

Cópiese y notifíquese.

Bernardo Ortiz Amaya,

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

ELECTORALES. COMISIONES PERMANENTES DEL SENADO.— Sólo se puede ser miembro de una de dichas comisiones (Ley 65 de 1982, artículos 10 y 19, Ley 17 de 1970, artículo 19).

Suspéndese provisionalmente la proposición Número 4 del Senado de la República aprobada en su sesión del 20 de julio de 1984).

SUSPENSION PROVISIONAL.— Normación bajo la Ley 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Jurisprudencia. Flagrancia. ¿En qué consiste?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: 1109.

El doctor Ignacio Vives Echeverría, en ejercicio de la acción pública electoral, ha demandado de esta Corporación que se declare la nulidad de la Proposición Número 4 del Senado de la República aprobada en su sesión plenaria del 20 de julio de 1984, que aparece en el acta Número 1 de la misma fecha.

La demanda llena todos los requisitos formales y los demás presupuestos exigidos por la ley para su admisibilidad. Por lo tanto debe estudiarse la solicitud de suspensión provisional para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Es del siguiente tenor:

"Proposición Número 4.

A partir de la fecha el Senador José Name Terán hará parte de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, y el Senador Federico Estrada Vélez pasará a la Comisión Primera.

Julio 20 de 1984

José Name Terán, Federico Estrada".

II. SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El demandante formula su solicitud de suspensión provisional en los términos que a continuación se sintetizan:

1. Según el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, procede la medida cautelar de la suspensión provisional cuando "haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación de las pruebas aportadas".

Con las pruebas acompañadas al escrito de demanda se acredita que el Senado de la República en su sesión del 20 de julio de 1984 y mediante su Proposición Número 4 acordó que el Senador José Name Terán hará parte de la Comisión Séptima Constitucional y que el Senador Federico Estrada Vélez pasará a la Comisión Primera; y, está demostrado también que el Senado en su sesión de 4 de mayo de 1983 había elegido, mediante elección como lo ordena la Constitución y leyes de la República, que dicho Senador Name Terán perteneciera a la Comisión Primera del Senado y el Senador Estrada Vélez a su comisión Séptima. De ello se deduce que tales senadores aparecen perteneciendo a dos comisiones permanentes, pues el Senado no podía y menos por una simple Proposición, invalidar la elección que legalmente efectuó en su sesión del 4 de mayo de 1984. En tales circunstancias, el acto acusado violó el artículo 19 de la Ley 17 de 1970 de conformidad con el cual un congresista no puede hacer parte de dos comisiones permanentes.

2. La Proposición impugnada viola también la Ley 65 de 1982, porque ésta fijó en 19 senadores el número total de los miembros de la Comisión Primera Permanente del Senado y en 10 senadores el número total de los miembros de la Comisión Séptima Permanente del mismo. Si no se suspenden los efectos de la susodicha Proposición, la Comisión Primera quedará con 20 senadores, incluyendo al Senador Estrada Vélez, y, la Comisión Séptima quedará con 11 senadores, incluyendo al Senador Name Terán. De lo que se sigue el quebranto ostensible de la Ley 65 de 1982.

3. Trasgrede la Proposición acusada el artículo 72 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones: De conformidad con esta norma, el Senado "elegirá", es decir designará mediante "elección" a los senadores que deberán integrar una Comisión Constitucional Permanente en cambio, a través de la Proposición Número 4 se designó a los senadores Name Terán y Estrada Vélez como miembros de las aludidas comisiones, sin haberse efectuado "elección".

4. No es el primer caso en que el Senado hace una elección contrariando la Constitución y las leyes, pues ya el Consejo de Estado en sentencia de 15 de diciembre de 1982 le había anulado la elección a todas sus Comisiones Permanentes por no haber acatado aquéllas.

III. CONSIDERACIONES

1. El instituto de la suspensión provisional de los actos administrativos, como excepción que es al principio de ejecutoriedad de éstos, se prevé para el caso de que infrinjan normas superiores de derecho de manera ostensible, a simple vista, prima facie "que se pueda percibir a través de una sencilla comparación", cual lo pregona el artículo 152 del Decreto Número 01 de 1984, y también lo contemplaba el anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941).

Así lo había entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado que con el nuevo estatuto Contencioso Administrativo continúa vigente. En auto de 19 de septiembre de 1945, dijo lo siguiente:

"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. Los actos administrativos llevan implícita una presunción de legalidad. Debe suspendérseles conforme con las disposiciones superiores de la jerarquía de la legislación. Unicamente cuando es flagrante la oposición es procedente la suspensión provisional porque de lo contrario podría paralizarse la acción administrativa, con argumentos de mayor o menor fuerza en un simple auto dictado sin que se hayan producido pruebas, sin que se hayan oído alegatos de las partes etc". (Auto de 19 de septiembre de 1945 del Consejo de Estado. Anales del Consejo Tomo LV, números 352-356, página 86).

2. Igualmente el nuevo Código Contencioso Administrativo contempla, expresamente la posibilidad de que la flagrancia en cuestión puede resultar del "examen de las pruebas aportadas" (inciso 2o. *in fine*, del artículo 152).

Sobre el particular esta Sala con ponencia del Consejero doctor Jacobo Pérez Escobar expresó lo siguiente:

"b) De otro lado se tiene que tampoco es posible jurídicamente decretar la suspensión provisional de los actos administrativos cuando la violación alegada tiene por fundamento cuestiones o circunstancias de hecho, porque entonces surge la necesidad de hacer determinadas valoraciones sin que las pruebas hayan sido publicadas y contradichas. Sin embargo, ha expresado esta Corporación en forma reiterada que es posible tener en cuenta hechos cuando su prueba se desprenda de los mismos actos acusados, porque tales actos deben acompañarse a la demanda en copias a las cuales la ley le da determinado valor probatorio, conforme lo prescribe el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo ante el artículo 86 de la Ley 167 de 1941. Sobre este punto resulta pertinente citar, entre otras, las siguientes providencias, cuya validez no desaparece con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo cuyo artículo 152 expresa que la suspensión provisional puede decretarse haciendo "el examen de las pruebas aportadas". A esta frase no se le puede dar más alcance que el anteriormente indicado por esta Corporación, en el sentido de que se aprecian las pruebas derivadas del mismo acto cuya nulidad se persigue o aquéllas que examinadas someramente tengan el mismo valor para los fines y alcance de la suspensión provisional". (Auto de 19 de junio de 1984. Ponencia del doctor Jacobo Pérez Escobar).

3. Del examen cuidadoso que la Sala Unitaria ha hecho del ordenamiento jurídico señalado como infringido por el demandante, encuentra que debe decretarse la suspensión provisional deprecada, por las siguientes razones:

Surge de la simple lectura de las sesiones del Senado de la República de 4 de mayo de 1983 y 20 de julio de 1984, recogidas en los Anales del Congreso del 9 de mayo de 1983 y 25 de julio de 1984, lo siguiente:

a) Que al haber sido asignados, mediante la Proposición Número 4 acusada, los senadores José Name Terán a la Comisión Séptima Permanente del Senado y Federico Estrada Vélez a la Comisión Primera, se excede en uno (1) el número de los senadores con que debe contar una (20 en vez de 19) y otra (11 en vez de 10). Este proceder quebranta no sólo el artículo 1o. de la Ley 65 de 1982 que fija en 19 y 10 respectivamente los senadores componentes de dichas comisiones, sino también el artículo 19 de la Ley 17 de 1970, de conformidad con el cual sólo se puede ser miembro de una de dichas comisiones Permanentes. Los referidos congresistas, entonces, en virtud de tal Proposición están perteneciendo a dos de tales Comisiones. Obsérvese, en efecto, que del texto de esta última se establece claramente que fueron destinados a las comisiones Séptima

y Primera, sin que allí se haga salvedad alguna sobre que se trata de un intercambio, esto es, que a su vez dejaren de integrar las Comisiones Primera y Séptima para las cuales fueron elegidos en la sesión del 4 de mayo de 1983.

b) Por ser suficientes las anteriores razones para decretar la presente suspensión, no se analizan los demás argumentos de la demanda.

En mérito de las consideraciones anteriores, se resuelve lo siguiente:

Admítese la anterior demanda. Para su trámite se dispone:

a) Notifíquese por edicto por cinco días y al Agente del Ministerio Público.

b) Notifíquese a los senadores José Name Terán y Federico Estrada Vélez.

c) Fíjese en lista por cinco días una vez cumplido el término de la notificación.

d) Comuníquese al Presidente del Senado de la República.

e) Decrétase la suspensión provisional de la Proposición Número 4 del Senado de la República aprobada en su sesión del 20 de julio de 1984 y cuyo texto aparece transcrito al principio de esta providencia.

f) Téngase como demandante del presente proceso al doctor José Ignacio Vives Echeverría.

Notifíquese y cúmplase.

Simón Rodríguez Rodríguez.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

PARTIDOS POLITICOS.— REPRESENTACION PROPORCIONAL.— Al establecer la parte permanente de esta norma, artículo 172 de la Constitución Nacional, el funcionamiento de la democracia representativa, fija un objetivo y señala un sistema para alcanzarlo. El objetivo es el mismo que viene desde 1910: la representación proporcional de los partidos. El Sistema. EL DEL CUOCIENTE ELECTORAL.

CUOCIENTE ELECTORAL.— (172 de la Constitución Nacional).

1. Indicación de ¿cómo se obtiene?.

2. ¿Cómo se efectúa la adjudicación de los puestos?.

3. La asignación de curules en las Corporaciones representativas se hace directamente a las LISTAS y no a los PARTIDOS. Jurisprudencia.

4. Parágrafo transitorio del artículo 172 de la Constitución Nacional. Significado.

ELECTORALES.— ACTAS DE ESCRUTINIO.—

1.— ¿Cómo se harán constar? (artículo 112 de la Ley 28 de 1979).

2.— ¿Cuándo son nulas? (artículo 172 número 3 ibídem).

3.— Si cada ejemplar es válido por disposición expresa de la ley, es obvio que su existencia así sea única, debe producir plenos efectos jurídicos.

4.— Apocrifidad.

ELECTORALES.—SUFRAGANTES MAYORES A LOS INSCRITOS EN EL REGISTRO NULIDAD.— Causal 6a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979: "... 6a. Cuando han sufragado en un jurado de votación mayor número de ciudadanos de los autorizados por ley.

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. ENTREGA EXTEMPORANEA.— Constituye violación del inciso 2o. del artículo 11 de la Ley 85 de 1981 tener en cuenta los pliegos que lleguen fuera del término.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., noviembre trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Ponente: **Eduardo Suescún.**
Referencia: Expediente 11091.
Juicios electorales acumulados de Nelson Amaya y de José Domingo Restrepo.

El doctor Nelson Amaya Arregocés formula demanda electoral para obtener de la jurisdicción las siguientes declaratorias y condenas:

"Primera.— Que se declare nulo el escrutinio realizado por la Corte Electoral en el Acuerdo Número 4 de 18 de mayo de 1982, por los cuales se hizo la declaración de elección de Senadores y Representantes a la Cámara por las circunscripción electoral de la Guajira, para el período constitucional 1982-1986, previa anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación enumerados en el punto 4o) del acápite titulado "Motivos por los cuales demando el acuerdo Número 4 de 1982 de este libelo, y de los registros por los cuales se computaron como válidos los votos depositados en dichas mesas de votación.

"Segunda.— Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene la práctica de un nuevo escrutinio de los votos emitidos el 14 de marzo de 1982 para Senado y Cámara por la misma circunscripción electoral, excluyendo del cómputo general los votos contenidos en los registros anulados, escrutinio que se practicará por el Consejo de Estado con sujeción a lo prescrito en los artículos 238 a 240 del Código Contencioso Administrativo.

"Tercera.— Que en el nuevo escrutinio que se practique por el Consejo de Estado se dé cumplimiento al artículo 12 de la Ley 96 de 1920, en cuanto ordena interpretar y ejecutar el cumplimiento del artículo 172 de la Constitución Nacional y su parágrafo transitorio, en el sentido de acatar en todo caso su letra y su espíritu aplicando en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos, y, en consecuencia, adjudicando sendas curules en Senado y Cámara al partido liberal y al partido conservador.

"Cuarta.— Que se haga la correspondiente declaratoria de elección, se expidan las correspondientes credenciales y se cancelen las expedidas a quienes legalmente corresponda, y que se comuniquen los resultados del nuevo escrutinio al Presidente de la Corte Electoral, al Ministro de Gobierno, al Gobernador de la Guajira, al Presidente del Senado y al de la Cámara de Representantes". (folios 21-22).

Como motivos de la demanda afirma:

"1o.— El pasado 14 de marzo tuvieron lugar en todo el país las elecciones populares para Corporaciones Públicas, a saber, Senado de la República, Cámara de Representantes, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, así como Consejos Intendenciales y Comisariales.

"2o.— Los escrutinios generales correspondientes a la circunscripción electoral de la Guajira, de los votos depositados el 14 de marzo de 1982 para la elección de miembros del Senado de la República y de la Cámara de Representantes fueron practicados, solamente en cuanto al cómputo general de votos, por los señores Delegados de la Corte Electoral y, en cuanto a la declaratoria de elección de miembros de dichas corporaciones, por la propia Corte Electoral mediante su Acuerdo Número 4 de 18 de mayo de 1982.

"3o.— La elección de Senadores y Representantes de la circunscripción electoral de la Guajira que estoy acusando, declarada mediante el acuerdo Número 4 de 1982 de la Corte Electoral adolece de los siguientes vicios:

a) Los votos emitidos en dicha elección fueron computados con violación del sistema electoral adoptado por la Constitución y la ley, en cuanto no se dió cumplimiento en la aplicación del cuociente electoral al precepto según el cual, dicho sistema rige en toda su plenitud en las elecciones de Senado y Cámara de Representantes a partir del 1o. de enero de 1974 para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos.

b) Se computaron actas de escrutinio de jurados de votación que están firmadas por menos de tres (3) de éstos en sus cuatro (4) ejemplares.

c) Se tuvieron en cuenta los votos de jurados de votación en los cuales sufragaron mayor número de ciudadanos de los que, según los propios registros, podían hacerlo legalmente.

d) De varias actas de escrutinio de jurados de votación, a pesar de aparecer que es falso o apócrifo su registro, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación, se hizo el cómputo de los votos en ellas contenidos.

e) Se computaron actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y a pesar de graves irregularidades que indican la alteración de los auténticos resultados electorales.

"4o.— Aunque los vicios enumerados en el hecho inmediatamente anterior afectan a gran número de registros o pliegos electorales, me he de referir en especial a los de los siguientes jurados de votación:

I) Del Municipio de Maicao: Mesas Números 32, 95, 99, 100, 117 y 101 todas cabecera, 6 del corregimiento de Carraipía, 1 y 3 del corregimiento de Majuyura.

II) Del Municipio de Uribia: Mesas Números 3 de corregimiento Cardón, 1 y 2 de Porshina, 1, 2 y 3 del Cabo de la Vela, 1, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de Carrizal, 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de Taguaira, 1 y 2 de Jojoncito, 1 y 2 de Casuso, corregimientos de dicho municipio.

III) Del Municipio de Fonseca: Mesa Número 5 de la Cabecera.

IV) Del Municipio de Riohacha: Mesa Número 1 del corregimiento de Camarones.

"5o.— En efecto, tanto las respectivas comisiones escrutadoras municipales de Maicao, Uribia, Fonseca y Riohacha como los Delegados de la Corte Electoral para la circunscripción Electoral de la Guajira, como la Corte Electoral misma en su Acuerdo Número 4 de 1982 en su condición de corporaciones electorales para las elecciones del 14 de marzo de 1982, computaron las actas de escrutinio de los jurados de votación relacionados en el ordinal 4) como si fueran registros válidos, a pesar de las expresas causales conforme a las cuales debían dichas corporaciones excluir del cómputo general los votos contenidos en tales registros ya que:

a) Ninguna de los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación tiene siquiera tres (3) firmas de estos; algunos carecen en absoluto de firmas de jurados, otros tienen solo una o dos firmas y, en algunos casos, los distintos ejemplares tienen en letra de imprenta, o simplemente manuscritos, los nombres de dichos jurados.

b) Los registros correspondientes a todas y cada una de las distintas mesas de votación que se dejan relacionadas en los puntos I), II), III) y IV) del hecho 4o.), esto es, pertenecientes a los Municipios de Maicao, Uribia, Fonseca y Riohacha, en su orden, como el registro general de votantes (formulario E 5) y el registro de sufragantes (formulario E 3) no estan firmados por siquiera tres (3) de los jurados de votación, lo que indica que dichos registros son apócrifos y que el acto de elección en dichas mesas es inexistente. Es decir, que los elementos que sirvieron para la formulación del acta de escrutinio de los jurados (Formulario E 6C), que no son otros que los registros de la elección misma aparecen apócrifos y, en algunos casos, como falsos.

En algunas mesas de las impugnadas en este libelo, los mismos registros de elección (formularios E-5 y E-3), esto es, el general de votantes y el de sufragantes no tienen la fecha de las respectivas elecciones, ni indican las corporaciones para las cuales se votó; no indican el orden de votación de los distintos electores, o el nombre completo de estos, o les falta el número de su cédula de ciudadanía y su lugar de expedición; o aparece en ellos que votaron ciudadanos cuyas cédulas no corresponden al lugar donde votaron, ni estaban inscritos allí para hacerlo, o dados de baja en el censo por inscripción en otro lugar para votar; o los nombres y apellidos no corresponden al titular de la correspondiente cédula. En fin, un sinnúmero de irregularidades que demuestran, o que el correspondiente registro es falso o apócrifo, o que lo son los elementos que sirvieron para su formación.

c) Confrontados los respectivos registros o formularios E-6C (Acta de escrutinio del jurado de votación), E-3 (Registro general de votantes) y E-5 (lista de sufragantes) entre sí, de las diferentes mesas acusadas de Maicao, Uribia, Fonseca y Riohacha se establece que en cada uno de dichos jurados de votación, es mayor el número de ciudadanos sufragantes al de quienes legalmente podían hacerlo y lo hicieron.

d) Los pliegos electorales correspondientes a las mesas instaladas en los corregimientos de Carrizal y Jojoncito del Municipio de Uribia, a pesar de haber sido entregadas a los claveros municipales fuera del término señalado por la Resolución 0076 de 25

de enero de 1982 del Registrador Nacional del Estado Civil, esto es, después de las 12 m. del lunes 15 de marzo de 1982, y de las graves irregularidades que exhiben, fueron computados y tenidos en cuenta en los escrutinios.

"6o.— Como si todo lo aterior fuera poco, la Corte Electoral al hacer la declaratoria de elección de los dos (2) Senadores y los dos (2) Representantes que corresponde elegir a la circunscripción de la Guajira hizo la adjudicación de los cuatro puestos por proveer a las listas de un mismo partido, el Liberal, no obstante que:

a) La votación total por Senado fue de 78.933 votos válidos, de los cuales el partido liberal obtuvo para sus candidatos 47.166 y el conservador 31.767.

b) Que el cuociente, por lo tanto, es de 26.311, o sea, obtuvo cada partido una votación superior al cuociente y, en consecuencia, proporcionalmente a cada uno de los dos partidos, el liberal y el conservador, le corresponde una curul o un puesto en el Senado de los dos (2) que elige el Departamento de la Guajira, de acuerdo con el sistema de representación proporcional previsto en la Constitución.

c) De la misma manera, la votación total para Cámara de Representantes fue de 78.855 votos válidos distribuidos, así: por el partido conservador 31.325 y por el partido liberal 47.530.

d) Siendo el cuociente para Cámara de Representantes de 26.285, es evidente que cada partido obtuvo una votación superior al cuociente para la elección de los dos (2) representantes que corresponden a la circunscripción de la Guajira y, por lo tanto, aplicando el principio de la representación proporcional de los partidos en toda su plenitud, según lo ordena la constitución, corresponde a cada partido, al liberal y al conservador, una curul en la Cámara de Representantes.

"7o.— Como la Corte Electoral, en consecuencia, no aplicó el sistema electoral adoptado por la constitución y las leyes de la República, según el cual a partir del 1o. de enero de 1974 debe aplicarse en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para garantizar la representación proporcional de los partidos políticos, al computar los votos de Senado y Cámara emitidos en la elección del 14 de marzo de 1982 para los dos (2) Senadores y los dos (2) Representantes que elige la circunscripción de la Guajira, sus actas de escrutinio son nulas". (folios 15-18).

Como disposiciones violadas señala: "A) de la Constitución Nacional, los artículos 2o., 20, 93, 99, 172 y 180; del orden legal, los artículos 7o., 152, (causales 4a. y 6a.), 173 (causales 2a., 3a. y 6a.) y 172 (causales 3 y 6) del Código Electoral, 11 de la Ley 85 de 1981, 195 (numerales 3 y 6), 196 (causales 2a., 3a. y 6a.), 197, 201, 204, 205 y 206 del Código Contencioso Administrativo y 12 de la Ley 96 de 1920.

El concepto de la violación lo plantea en los siguientes términos: "La Corte Electoral al hacer la declaratoria de elección de senadores y representantes demandada no interpretó, ni ejecutó, ni dió cumplimiento, en el sentido de acatar su letra y su espíritu al precepto contenido en el artículo 172 de la Constitución Nacional y en su parágrafo transitorio, según el cual en las elecciones de "Senado y Cámara de Representantes", a partir del 1o. de enero de 1974, ... en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos", ya que tanto los dos (2) puestos de Senado como los dos (2) de Cámara de Representantes los adjudicó a las listas de un mismo partido, desconociendo los resultados electorales según los cuales cada uno de los dos partidos, el liberal y el conservador, tiene derecho a sendas curules en cada Cámara por la circunscripción de la Guajira, en razón de que el cuociente electoral para una y otra corporación cabe en el

respectivo número de votos válidos de cada partido una sola vez, o sea, que para atender el principio de la representación proporcional constitucionalmente consagrado a favor de los partidos políticos, a cada uno de estos, el liberal y el conservador, deben asignarse sendos puestos de los dos a proveerse en Senado y Cámara de Representantes, y así no se procedió por la Corte Electoral al hacer el escrutinio y declaratoria de elección acusados.

"Se quebrantó en esta forma tanto el precepto constitucional analizado (artículo 50 del Acto Legislativo Número 1 de 1968) hoy 172 de la Carta, lo mismo que el artículo 12 de la Ley 96 de 1920.

"Dispone el artículo II, inciso 2o. "in fine" de la Ley 85 de 1981 que "los pliegos que llegaren después del correspondiente término no serán tenidos en cuenta en los escrutinios", modificando así la causal 3a. del artículo 196 de la Ley 167 de 1941, subrogado por el 173 del Código Electoral, y erigiendo en causal de nulidad de las actas o pliegos electorales el solo hecho de su cómputo, a pesar de la llegada extemporánea o entrega a los claveros municipales fuera del término señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil. Uno y otro precepto se infringieron con el acto acusado, por falta de aplicación, al ser tenidos en cuenta los pliegos electorales correspondientes a los jurados de votación de Carrizal y Jojoncito, municipio de Uribia, en los correspondientes escrutinios de Cámara y Senado de la circunscripción electoral de la Guajira, no obstante que las actas de esas mesas de votación no fueron entregadas oportunamente a los claveros municipales.

"Preceptúa el artículo 112 del Código Electoral que los jurados de votación deben elaborar cuatro (4) ejemplares de acta de escrutinio de cada mesa, las cuales deben ir firmadas por ellos. Así mismo prevé el artículo 152, causal 6a. ibídem, que las actas de escrutinio de jurados de votación que no estén firmadas siquiera por tres (3) de estos en sus cuatro (4) ejemplares debe abstenerse de computar su votación la correspondiente corporación escrutadora (artículos 17, inciso final, de la Ley 85 de 1981 y 134, inciso final, de la Ley 28 de 1979). Todos los preceptos que se dejan citados fueron quebrantados por el Acuerdo demandado, ya que ninguna de tales normas se aplicó al computarse la votación correspondiente a las mesas de los municipios de Uribia, Maicao, Riohacha y Fonseca que atrás se enumeraron, a pesar de adolecer del vicio de la falta de firmas de los jurados de votación, lo cual constituye causal expresa de nulidad al tenor del artículo 195, causal 3, de la Ley 167 de 1941.

"En los jurados de votación acusados se permitió la votación de personas sin cédula de ciudadanía, o con cédulas no inscritas a pesar de no haber sido expedidas en la localidad donde sufragaron sus titulares, o que no aparecían en la lista parcial (formulario E-5) de sufragantes o censo electoral de la respectiva mesa. De este proceder se infiere quebranto de los artículos 50, 51, 60 y 61 y concordantes del Código Electoral y, a términos de la causal 6 del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo, las actas de escrutinio de jurados de votación de las mesas demandadas son nulas, ya que la ley presume fraude en los registros de jurados de votación en los cuales aparece sufragando un mayor número de personas de las que se comprueba que lo hicieron en forma legal, como es el caso de las mesas de votación denunciadas en esta demanda.

"Con la falta de correspondencia de los nombres o apellidos de presuntos electores registrados en los formularios E-5 (lista de sufragantes) y E 3 (registro general de votantes), la inclusión de electores ficticios, la falta del orden de votación en la correspondiente mesa, la falta de firmas de los jurados de votación en los mismos registros, el no diligenciamiento completo de estos, la falta de fecha, los borrones, tachaduras, enmendaduras, etc. en los pliegos etc., son prueba fehaciente de que el acto electoral, o es falso o es apócrifo, aunque la correspondiente acta de escrutinio (formulario E 6C) de

jurados de votación aparezca en su forma externa ajustada a la ley, pues bien puede haber simplemente escrutinio sin que lo haya precedido el acto de elección. Es este precisamente el caso sancionado con nulidad del acta de escrutinio por el artículo 196, causal 2a. del Código Contencioso Administrativo, por ser falso o apócrifo el registro mismo, o ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación. Por consiguiente, las actas de escrutinio de las mesas querelladas son también nulas conforme a la norma invocada.

"Como se vé los votos emitidos en la elección de Senadores y Representantes de la circunscripción de la Guajira, el 14 de marzo de 1982, se computaron con violación del sistema electoral adoptado tanto por el artículo 172 de la Constitución como por los artículos 93, 99 y 180 ibídem y el Código Electoral y, por consiguiente, el acuerdo Número 4 de 18 de mayo de 1982 de la Corte Electoral debe ser anulado como lo dispone la causal 6a. del artículo 196 del Código Contencioso Administrativo". (folios 18-20).

Desde la iniciación de este juicio el ciudadano Lubín Ramírez Lorza se constituyó en parte impugnadora.

Proceso 909:

El doctor José Domingo Restrepo Gómez a su vez demanda para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.— Que es nulo el acuerdo número cuatro de mil novecientos ochenta y dos (1982) (mayo 18) expedido por la Corte Electoral. "Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los Delegados de la Corte durante el escrutinio general de los votos correspondientes a las elecciones realizadas el 14 de marzo de 1982 en la circunscripción electoral de la Guajira", pero únicamente en cuanto mediante dicho acuerdo se tuvieron en cuenta registros viciados de nulidad, así como se abstuvieron de computar registros que reunen todos los requisitos legales.

"Segunda.— Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene practicar y se practique por el Honorable Consejo de Estado un nuevo escrutinio para Senadores de la República, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea por la circunscripción electoral de la Guajira, período constitucional 1982-1986, escrutinio que se practicará únicamente con base en los registros que no se declaren afectados de nulidad en virtud del presente juicio, correspondientes a las elecciones del 14 de marzo de 1982 de la citada circunscripción y previa rectificación de los errores aritméticos que se demuestren jurídicamente.

Como motivos de su demanda expone:

"1o.— El 14 de marzo de 1982, pasado, tuvieron lugar en el territorio nacional las elecciones populares para corporaciones públicas.

"2o.— Los escrutinios Departamentales correspondientes a Senadores de la República, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea de la circunscripción electoral de la Guajira, fueron practicados por la Corte Electoral, mediante su acuerdo número 4 de 1982, toda vez que los delegados de esta Corporación se limitaron a hacer los recuentos de votos respectivos, en razón de que las reclamaciones y apelaciones formuladas ante ellos en Riohacha, les habían impedido legalmente hacer la declaratorias de elección o escrutinios propiamente dichos.

"3o.— Los escrutinios o declaratoria de elección para Senadores de la República, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea, contenidos en el acuerdo

número 4 de 1982 que estoy demandando mediante el presente libelo adolecen de graves violaciones del sistema electoral vigente, ya que en ellos fueron computados registros viciados de nulidad contra expresas prescripciones de la ley, según se verá más adelante y se demostrará en la secuela del juicio.

"4o.— Así mismo en los escrutinios o declaratoria de elección para Senadores de la República, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea, contenidos en el acuerdo número 4 de 1982, el cual, repito, estoy demandando en el presente libelo, adolecen de graves violaciones del sistema electoral vigente ya que en ellos se abstuvieron de computar registros que no adolecen de vicio alguno; y por tanto se ajustan a la ley, según se verá más adelante y también se demostrará en la secuela del juicio.

"5o.— En efecto:

a) Los pliegos electorales correspondientes a la mesa de votación número 5 del corregimiento de Bahía Honda no están firmados por los jurados de votación sino que las firmas de los presuntos encargados de dichas mesas fueron simuladas. No obstante lo anterior, tales registros computados en los escrutinios acusados.

b) Las actas de escrutinio correspondientes a la mesa de votación relacionada en el numeral anterior, no contiene las firmas autógrafas de quienes actuaron como jurados en ella, o sea, que por este aspecto, tales actas tienen el vicio de no haber sido suscritas por los jurados, sino que las firmas de los presuntos encargados de dichas mesas fueron simuladas y no obstante lo anterior fueron computadas en los escrutinios acusados.

c) Los pliegos de la mesa número 1 del corregimiento del Hatico del municipio de Fonseca fueron suscritos por personas que en el momento de firmarlos no tenían la investidura de jurados de votación y que, en el supuesto de que efectivamente hubieran estado encargados de ella, habían ya perdido la investidura de funcionarios electorales cuando firmaron.

d) Los registros de la mesa de votación número 1 del corregimiento del Hatico del municipio de Fonseca fueron extendidos y firmados en sitio distinto del local en que funcionó dicha mesa.

e) En las mesas número 1, 2 y 3 correspondientes al corregimiento de la Paz del Municipio de Maicao, mesa número 121 de la cabecera del municipio de Maicao, mesa número 2 del corregimiento de Carrizal del Municipio de Uribia, mesa número 90 de la cabecera del Municipio de Riohacha, mesa número 3 del corregimiento de Mingueo, del Municipio de Riohacha, mesa número 3 del corregimiento de Monguí, Municipio de Riohacha, mesa número 26 de la cabecera, del Municipio de Fonseca, mesas números 1, 2 y 3 del corregimiento de Aremasain del Municipio de Manaure, mesas números 1, 3, 4, 5 y 6 del corregimiento de el Pájaro, Municipio de Manaure, mesas números 1, 2 y 3 del corregimiento de San Antonio del Municipio de Manaure, mesas números 1 y 2 del Corregimiento del Hatico de los Indios del Municipio de San Juan del Cesar, mesas números 1 y 2 del corregimiento de Taparajin del Municipio de Uribia, las mesas 3, 4, 7, 8 y 9 de Puerto López, Municipio de Uribia; y las mesas 8 y 9 del corregimiento de Puerto Estrella del Municipio de Uribia, fueron llenados los registros electorales con nombres supuestos los cuales obviamente no corresponden a los números de cédulas de sus titulares en su mayoría además el hecho de que muchas de las cédulas están afectadas de irregularidades.

f) La mesa número 1 del corregimiento de Guarepá del Municipio de Uribia, mesa número uno del corregimiento de El Cardón del Municipio de Uribia y Nazareth, las actas de escrutinio correspondientes se encuentran firmadas por menos de tres de los

jurados de votación, ya sea porque no están plenamente identificados los jurados o por que las firmas de los jurados fueron simuladas y no obstante lo anterior los registros fueron computados en los escrutinios acusados.

g) Por último, tanto los pliegos como los registros correspondientes a las mesas números 12, 56, 59, 76, 117 y 122 de la cabecera de Maicao, como de la mesa número 3 del corregimiento de Carraipía, Municipio de Maicao y, mesa número 2 del corregimiento de Majuyura del Municipio de Maicao y la mesa número 2 del corregimiento de la Junta del Municipio de San Juan del Cesar fueron debidamente suscritas por tres de los jurados de votación correspondientes no obstante lo anterior, tales registros no fueron computados en los escrutinios acusados.

"6o.— Como las Corporaciones Electorales respectivas no se abstuvieron de computar los registros de que tratan los literales a, b, c, d, e y f del punto anterior por una parte y por la otra se abstuvieron de computar los registros de que trata el literal g, del punto anterior como lo ordena la ley, ni se dió motivación válida para sus decisiones al respecto, el escrutinio practicado por la Corte Electoral mediante el acuerdo número 4 de 1982 es acusable de nulidad ante el Honorable Consejo de Estado por ser dicho acto precisamente el que mueve la declaratoria de elección de Senadores de la República, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea por la Circunscripción electoral de la Guajira (artículos 199, 200, 206 y 207 del Código Contencioso Administrativo y concordantes).

"7o.— No han transcurrido aún veinte (20) días hábiles a partir del siguiente a la expedición del acuerdo número 4 de 1982 por la Corte Electoral, si se tiene en cuenta que fueron inhábiles los días 20, 23 y 30 del mes de mayo y los días 6 y 10 del mes en curso y en consecuencia, me encuentro dentro de la oportunidad legal contemplada en el 209 de la Ley 167 de 1941 modificada por el artículo 167 de la Ley 28 de 1979 para acusar ante la Jurisdicción de lo Contencioso el referido acto administrativo electoral". (folios 18-22 expediente 909).

Al desarrollar el concepto de la violación dice: "El acuerdo número 4 del 18 de mayo de 1982 de la Corte Electoral quebrantó las siguientes disposiciones: Los artículos 2o., 20, 55 y normas pertinentes del título XVII sobre elecciones, de la Constitución Nacional; las Leyes 85 de 1916, 7a. de 1982, principalmente su artículo 14, la Ley 167 de 1941, Capítulo XX, la Ley 89 de 1948, la Ley 28 de 1979 y la Ley 85 de 1981 y todas las demás normas constitucionales y legales concordantes con las citadas.

"El quebranto en general, de las normas constitucionales y legales citadas como violadas por parte del acto administrativo de declaratoria de elección que es materia de acusación en este libelo, fluye de la simple consideración de que en la expedición del acuerdo número 4 de 1982, la Corte Electoral no dió aplicación correcta al sistema de escrutinio consagrado por las leyes electorales vigentes, ya que como más adelante se analizarán al estudiar cada una de las causales de nulidad que se configurarán en el proceso electoral *sub-júdice*, ni las normas pertinentes de la Ley 85 de 1916, ni las de la Ley 7a. de 1932 ni las de la Ley 167 de 1941, ni las de la Ley 28 de 1979, ni las de la Ley 85 de 1981 fueron atendidas por las corporaciones escrutadoras y, por ende, se desconoció la letra y el espíritu de los preceptos constitucionales referentes a elecciones y escrutinios contenidos en el título XVII de la carta. Estas transgresiones son tanto más ostensibles en cuanto se advierte que el acto electoral demandado incurrió en ellas por vía de elucidación de las corporaciones electorales, la cual, por lo demás, está nítidamente delimitada por el artículo 14 de la Ley 7a. de 1932 en concordancia con el artículo 198 del Código Contencioso Administrativo.

I

"Al computar los registros de la mesa de votación número 5 del corregimiento de Bahía Honda del Municipio de Uribia, no obstante adolecer de los vicios de apocrifidad o falsedad descritos en el literal a) del punto 5o.) del Capítulo anterior fueron quebrantadas las normas superiores invocadas, especialmente el artículo 14 de la Ley 7a. de 1932 y el artículo 198 del Código Contencioso Administrativo por no aplicación de estos preceptos que ordenan excluir del computo general de escrutinios los registros electorales referidos, exhibiendo como exhiben los vicios e irregularidades que dan mérito para ello, al tenor de las mismas normas, se incurrió así en el vicio de nulidad que consagra el artículo 173 numeral segundo de la Ley 28 de 1979 que modificó el artículo 196 del Código Contencioso Administrativo por cuanto tales registros son apócrifos y lo son aquellos para los cuales sirvieron como elementos de formación, ésto es, los de los registros municipales correspondientes y los del escrutinio contenido en el acuerdo demandado.

II

"El acuerdo de la Corte Electoral impugnado violó todas las normas arriba citadas, y precisamente el artículo 173, numeral 4o. de la Ley 28 de 1979 con respecto a los registros correspondientes de la mesa número 1 del corregimiento del Hatico del Municipio de Fonseca por haber sido extendidos y firmados en sitio distinto de aquel en que funcionó la corporación electoral, son nulos porque dicha irregularidad, expresamente está erigida como causal de nulidad de ellos según la norma el referido artículo 173, numeral 2 de la Ley 28 de 1979 que modificó el artículo 196 del Código Contencioso Administrativo.

III

"Así mismo los registros de la mesa número 1 del corregimiento de Guarepá del Municipio de Uribia, mesa número uno del corregimiento de El Cardón del Municipio de Uribia y mesa número 7 del corregimiento de Nazarth del Municipio de Uribia contrarían flagrantemente el artículo 172 numeral 3o. de la Ley 28 de 1979 y el artículo 173 numeral 2o. de la misma ley por cuanto fueron computados a pesar de estar por menos de tres de los jurados de votación y a la vez por ser falsos y apócrifos no solo los registros sino también los elementos que sirvieron para su formación.

IV

"Así mismo son falsos y apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de los registros correspondientes a las mesas números 1, 2 y 3 correspondientes al corregimiento de la Paz del Municipio de Maicao, mesa número 121 de la cabecera de Carrizal del Municipio de Uribia, mesa número 3 del corregimiento de Mingueo del Municipio de Riohacha, mesa número 90 de la cabecera del Municipio Riohacha, mesa número 3 del corregimiento de Monguí, Municipio de Riohacha, mesa número 26 de la cabecera del Municipio de Fonseca, mesas números 1, 2 y 3 del corregimiento de Aremasain del Municipio de Manaure, mesas números 1, 3, 4, 5 y 6 del corregimiento de El Pájaro, Municipio de Manaure, mesas números 1, 2 y 3 del corregimiento de San Antonio del Municipio de Manaure, mesas números 1 y 2 del Corregimiento del Hatico de los Indios del Municipio de San Juan del Cesar, mesas números 1 y 2 del corregimiento de Taparajín del Municipio de Uribia, las mesas 3, 4, 7, 8 y 9 de Puerto López, Municipio de Uribia; y las mesas 8 y 9 del corregimiento de Puerto Estrella del Municipio de Uribia, por cuanto los registros electorales fueron llenados con nombres supuestos que como se anotó anteriormente, no corresponden a las cédulas de sus titulares, hecho que constituye causal de nulidad de conformidad con el artículo 173 numeral 2o. de la Ley 28 de 1979 y a pesar de ello fueron computadas por las corporaciones escrutadoras.

V

"Por último tanto los pliegos como los registros electorales correspondientes a las mesas números 12, 56, 59, 117 y 122 de la cabecera del Municipio de Maicao, como de las mesas números 3 del corregimiento de Carraipía Municipio de Maicao y mesa número 2 del corregimiento de la Junta del Municipio de San Juan del Cesar fueron debidamente suscritas tanto los registros como los elementos que sirvieron para su formación y a pesar de ello las corporaciones electorales se abstuvieron de computarlos violando en tal forma no solo las leyes electorales sino desconociendo el sagrado Derecho del sufragio, contemplado en el artículo 15 de la Constitución Nacional a varios centenares de compatriotas

"Cada una de las ilegalidades que se dejan analizadas constituyen para si solas vicios que hieren de nulidad los respectivos registros por una parte o atentan gravemente contra el sagrado derecho constitucional del sufragio por otra, como se explicó en el concepto de violación caso por caso". (folios 18-22 expediente 909).

En este juicio se constituyeron en parte impugnadora los doctores Nelsón Amaya Arregocés, William Martínez Santamaría, José Vicente Berardinelli y Eduardo Abuchaibe Ochoa.

Preliminares:

Las dos demandas fueron presentadas el 12 de junio de 1982, dentro del período de vigencia de la respectiva acción electoral. Tramitadas inicialmente en juicios separados, la Sala decretó su acumulación mediante auto del 21 de octubre de 1982.

Terminada la etapa probatoria, las partes formularon las alegaciones que aparecen a folios 199-496. A ellas se hará la correspondiente referencia en la medida en que se avance en el análisis de los distintos aspectos de la controversia.

Antes de entrar a resolver, es preciso despejar lo relativo a la ineptitud de la demanda que plantea el señor Lubín Ramírez, impugnador en en el expediente 910 (folio 40). Según él, en el expediente 909 se incurrió en inepta demanda al acumular indebidamente la pretensión segunda que busca ordenar un nuevo escrutinio no solo para senadores y representantes sino también para diputados.

Vista la demanda 909 se encuentra que efectivamente en ella se pide no solo la elección de los senadores y representantes por la circunscripción de la Guajira sino también la de los diputados a la Asamblea de esa misma circunscripción, con base en la presunta nulidad o, en su caso, validez de unos mismos registros electorales.

La Sala luego de analizar distintos puntos de vista sobre esta acumulación encuentra que no es procedente, toda vez que el Consejo de Estado solo tiene competencia para conocer de las demandas por elección de diputados en segunda instancia, al tenor del artículo 191 del Código Contencioso Administrativo vigente cuando la acción fue planteada.

Ha sido jurisprudencia de esta Corporación que cuando el juzgador puede decidir definitivamente sobre unas pretensiones y no puede hacerlo en igual forma sobre otras, por acumulación indebida de pretensiones, debe dictar sentencia de mérito con relación a las procedentes y declararse inhibido frente a las otras.

En consecuencia, las pretensiones formuladas en estos procesos acumulados se decidirán en el fondo, excepción hecha de las relativas a la elección de diputados sobre las cuales se hará solo pronunciamiento de forma.

Se considera:

Como la demanda 910 contiene un cargo de carácter general, se iniciará por ella el análisis de la controversia.

Primer cargo: "Los votos emitidos en la elección fueron computados con violación del sistema electoral adoptado por la Constitución y la ley, en cuanto no se dió cumplimiento en la aplicación de cuociente electoral al precepto según el cual, dicho sistema rige en toda su plenitud en elecciones de Senado y Cámara de Representantes a partir de enero de 1974 para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos".

La Corte Electoral, según la demanda, al hacer la declaratoria de elección de Senadores y Representantes de la Guajira no interpretó ni ejecutó el artículo 172 de la Constitución Nacional y su parágrafo transitorio, así como el artículo 12 de la Ley 96 de 1920 sobre interpretación de la ley electoral, en cuanto declaró electos a senadores y representantes de un mismo partido político y dejó sin representación proporcional al otro partido.

El demandante advierte que, en razón de que a la circunscripción electoral de la Guajira corresponde elegir solo dos Senadores y dos Representantes a la Cámara, resulta forzosa la aplicación del artículo 172 de la Constitución para garantizar la representación proporcional de los partidos "y únicamente de los partidos, no de listas, movimientos, agrupaciones u otros conceptos colectivos al azar". Pone de presente que el total de votos válidos para Senado fue de 78.933, distribuidos en 47.166 para el partido liberal y 31.767 para el partido conservador, de lo cual resulta un cuociente de 23.311 votos por lo cual, la primera curul del Senado corresponde al partido liberal y la segunda al partido conservador. Advierte que el sistema de listas del mismo partido solo rigió hasta el primero de enero de 1974 y que su actual aplicación lesiona el derecho de representación de las minorías.

Invoca el demandante los fallos del 29 de agosto de 1974 y del 5 de septiembre de 1974 del Consejo de Estado, la sentencia del 14 de septiembre de 1955 y la del 3 de noviembre de 1981 de la Corte, para concluír que el acuerdo impugnado resulta violatorio de la citada norma constitucional.

El artículo 172 dice:

"A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular en una Corporación Pública, se empleará el sistema del cuociente electoral.

"El cuociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer.

"Si se tratare de la elección de solo dos individuos, el cuociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer, más uno.

"La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos.

"Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos, en orden descendente.

"Parágrafo transitorio

"En las elecciones para Senado y Cámara que se realicen en el año de 1970 y en las que estas corporaciones efectúen hasta el 19 de julio de 1974, si hubiere dos o más listas de un mismo partido y los puestos que a éste correspondieren fueren dos o más, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido.

"En las elecciones para Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que se verifiquen a partir del 1o. de enero de 1970, y en las de Senado y Cámara de Representantes, a partir del 1o. de enero de 1974, dejará de regir la regla transitoria sobre composición paritaria de dichas corporaciones, y en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos (artículo 50 del Acto Legislativo Número 1 de 1968)".

Al establecer, la parte permanente de esta norma, el funcionamiento de la democracia representativa, fija un objetivo y señala un sistema para alcanzarlo. El objetivo es el mismo que viene desde 1910: la representación proporcional de los partidos. El sistema, el de cuociente electoral.

El constituyente de 1968, conciente de la trascendencia de este sistema del cuociente, se ocupó de regular su aplicación en forma directa, sin dejarla diferida a la ley. Así, estableció un procedimiento claro y completo: los incisos segundo y tercero de la norma (112 de la Constitución Nacional) indican cómo se obtiene el cuociente y el inciso cuarto señala cómo se efectúa la adjudicación de los puestos. Este último inequívocamente dice que la adjudicación de los puestos representativos se hace a *cada lista* proporcionalmente a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos.

Conforme al texto la asignación de curules en las corporaciones representativas se hace directamente a las listas y no a los partidos. Esto es explicable no solo porque el artículo 171 de la Constitución consagra el derecho al sufragio directo de todos los ciudadanos, sino porque el artículo 172 regula a través de las listas, la presencia electoral de los movimientos políticos. Por eso el ordenamiento ha elaborado toda una reglamentación en torno a las listas y no a los partidos. Las listas son el instrumento jurídico a través del cual funciona nuestra democracia representativa.

El Consejo de Estado ha destacado que el juego electoral para las corporaciones públicas está "montado sobre un sistema de listas" (Sala Plena, sentencia 2 de agosto de 1983 expediente 918). Y la Sección Segunda en reciente fallo en que negó la prosperidad del mismo cargo que aquí se estudia dijo refiriendose al artículo 172 de la Constitución: "La norma no tiene como finalidad adjudicar las curules según el número de votos depositados por cada partido, pues expresamente el inciso cuarto dice que la adjudicación se hace de acuerdo a los votos de cada lista.

"De otro lado, la adjudicación de las curules, en proporción al número de votos depositados por cada lista, asegura, en una forma auténtica, la manifestación de la voluntad popular, pues indudablemente, el resultado conduce a que las distintas listas obtengan curules en proporción al respaldo que les ofrezcan los ciudadanos mediante su voto depositado en las urnas libremente". (sentencia 8 de septiembre de 1983 expediente 935 acumulados).

En cuanto al parágrafo transitorio, el primer inciso estaba destinado a mantener la paridad de los partidos hasta 1974. Por eso hablaba que la adjudicación proporcional de los puestos se haría entre las listas de cada partido.

Y el inciso segundo del parágrafo consagró precisamente el fin de esa paridad. A partir de 1974, dice la norma, "dejará de regir la composición paritaria de dichas corporaciones, y en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos". Lo que quiere decir justamente que los puestos representativos se adjudican desde 1974 entre las listas inscritas, con independencia de los partidos a que ellas pertenezcan, tal como lo indica el inciso cuarto de la parte permanente de la norma. Es la consagración de una democracia más abierta y real, en la cual la proporcionalidad de la representación no está prefijada por la ley paritariamente entre los partidos y proporcionalmente entre sus listas sino que surge del volumen real de votos obtenidos por las distintas corrientes de opinión, computados solo a través del instrumento de las listas legalmente inscritas. El cuociente electoral ya no se obtiene con base en la suma de los votos de cada partido sino en la suma del total de votos depositados por todos los ciudadanos y por todas las listas en la respectiva circunscripción.

Por eso constitucionalmente el cuociente electoral es hoy el único sistema que determina la proporcionalidad de la representación. Y las listas el único medio para efectuar el computo electoral y la adjudicación de los puestos.

En consecuencia, los partidos y demás movimientos políticos o corrientes de opinión tienen la opción de presentar sus candidatos ante el electorado en listas únicas o separadas. Es cuestión de su propia autonomía. Pero el escrutinio para establecer la representación se efectúa sobre el total de votos depositados por todas las listas en orden a establecer el cuociente y a asignar, directamente entre esas listas, los puestos representativos.

El Consejo de Estado ha dicho: "El sistema electoral de las corporaciones públicas está diseñado sobre la votación por listas de manera que pueda aplicarse el cuociente electoral para efectos de la representación proporcional. Esto quiere decir que la adopción de las listas por los partidos y los grupos políticos y su posterior inscripción legal tienen una particular trascendencia dado que este último acto está destinado a señalar los términos precisos en los cuales va a desarrollarse la contienda electoral. Por eso la ley es tan cuidadosa al señalar las formalidades y los plazos de la inscripción de listas". (Sala Plena, sentencia 2 agosto de 1983 expediente 913).

Precisado así el sentido y alcance del artículo 172 de la Constitución y visto el acuerdo, se encuentra que la Corte Electoral al expedirlo no hizo sino dar cabal cumplimiento a esa norma.

En efecto, a folios 8 y siguientes, puede verse que en el acuerdo, tómó los siguientes resultados:

"SENADO

LISTAS LIBERALES	Votos
Encabezadas por:	
Nellit Narciso Abuchaibe Abuchaibe	27.887
Eduardo Abuchaibe Ochoa	19.279
Total de votos liberales para el Senado	47.166
LISTAS CONSERVADORAS	
Encabezadas por:	
Nelson Rafael Amaya Arregoces	19.217
Cristóbal Fonseca Siosi	12.550
Total de votos conservadores para el Senado	31.767
Total de votos válidos para el Senado	78.933
en blanco	20
nulos	244

CAMARA DE REPRESENTANTES

LISTAS LIBERALES	Votos
Encabezadas por:	
Román Gómez Ovalle	28.427
José Vicente Berardinelli Solano	19.103
Total de votos liberales para Cámara de Representantes	47.530
LISTAS CONSERVADORAS	
Encabezadas por:	
Rodrigo Dangond Lacoutre	17.948
Luis Aurelio Iguarán Iguarán	12.295
Arnoldo Enrique Aponte Urbina	1.082
Total de votos conservadores para Cámara de Representantes	31.325
Total de votos válidos para la Cámara de Representantes	78.855
en blanco	28
nulos	264".

Luego dijo:

Hechas las operaciones aritméticas conforme al artículo 172 de la Constitución, los cuocientes electorales son:

26.311 para el senado
26.285 para la cámara
5.300 para la asamblea". (folio 9).

Y más adelante concluyó la Corte:

"Dividido el número de votos de la lista liberal para el senado encabezada por Nellit Narciso Abuchaibe Abuchaibe (27.887) por el cuociente 26.311, esta lista obtiene un (1) renglón por cuociente y deja un residuo de 1.576.

"Como las demás listas por las que se sufragó para el senado no alcanzan al cuociente electoral, el renglón que falta por proveer debe ser adjudicado a la lista de mayor residuo, o sea a la encabezada por Eduardo Abuchaibe Ochoa (19.279).

"Dividido el número de votos de la lista liberal para la cámara encabezada por Román Gómez Ovalle (28.427) por el cuociente 26.285, esta lista obtiene un (1) renglón por cuociente y deja un residuo de 2.142.

"Como las demás listas por las que se sufragó para la cámara no alcanzan al cuociente electoral, el renglón que falta por proveer se debe adjudicar a la lista de mayor residuo, en este caso a la encabezada por José Vicente Berardinelli Solano (19.103)". (folio 10).

Como se ve el acuerdo impugnado, por tratarse de una circunscripción que solo elige dos senadores y dos representantes, aplicó el cuociente especial previsto en el inciso tercero del artículo 172, en cuanto dividió por tres el número total de votos válidos. Y luego, adjudicó los puestos de Senado y Cámara de Representantes entre las listas en proporción al cuociente y al mayor residuo, conforme al inciso cuarto de la misma norma.

No prospera, por consiguiente, el cargo. Como se ha visto, la Corte Electoral aplicó la norma invocada por el demandante y lo hizo correctamente. La adjudicación de los puestos representativos la efectuó entre las listas legalmente inscritas, con lo cual dió cumplimiento no solo al texto de la misma sino al gran objetivo que ella contiene como es el de la representación proporcional de los partidos. Representación que, como se ha dicho en esta decisión, se realiza a través de las listas inscritas, con independencia de los partidos a que pertenezcan, precisamente para asegurar una más libre participación de todas las corrientes políticas, tal como lo sostuvo también, para rechazar este mismo cargo, la Sección Primera del Consejo de Estado en fallo del 20 de abril de 1983, expediente 933.

Segundo cargo: "Se computaron actas de escrutinio de jurados de votación que están firmadas por menos de tres de estos en sus cuatro ejemplares.

La demanda invoca los artículos 112 y 152-6 de la Ley 28 de 1979 y pide que se aplique la causal 3a. del artículo 172 ibídem.

El artículo 112 de la Ley 28 de 1979 dice que el resultado del computo de votos que realicen los jurados de votación se hará constar en un acta de la cual se deben extender cuatro ejemplares iguales, con la firma de los miembros del jurado de votación y con destino uno al arca triclave, otro a los Delegados del Registrador Nacional, otro al Registrador del Estado Civil y el cuarto al Tribunal Contencioso Administrativo.

Por su parte el artículo 172-3 de la Ley 28 de 1979 dice que son nulas las actas de escrutinio de los jurados de votación "cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres de estos".

De la norma anterior se deduce que la nulidad solo se deriva cuando los cuatro ejemplares de las actas aparezcan firmados por menos de tres jurados. Es decir cuando todos los cuatro ejemplares del acta carezcan de las tres firmas; o en otros términos, cuando no haya siquiera un ejemplar del acta que ostente la firma de tres jurados.

A la anterior interpretación se llega no solo por el texto transcrito, que es el mismo del artículo 152-6, sino por el citado artículo 112 de la Ley 28 de 1979 que, en forma expresa, le otorga validez a todos los cuatro ejemplares. Si cada ejemplar es válido, por disposición expresa de la ley, es obvio que su existencia así sea única, debe producir plenos efectos jurídicos. Basta, por consiguiente, que un ejemplar tenga la firma de tres jurados para que el acta tenga validez.

Adelantado el examen probatorio y luego de una cuidadosa revisión de las actas de los jurados de votación de las mesas que señala la demanda, se encontró que, con excepción de la mesa 117 de Maicao que fue anulada administrativamente (folio 55, C 2, expediente 909), de todas las mesas hay por lo menos un ejemplar del acta firmado por tres jurados así:

	Mesa	Expediente 910
Uribia-Carrizal:	13	folio 178 C 2
	12	190 C 2
	11	Arca Triclave
	10	213 C 2
	9	225 C 2
	8	731 C 2
	6	260 C 2
	5	272 C 2
	3	284 C 2
	1	308 C 2

	Mesa	Expediente 910
Uribia-Cabo de la Vela:	3	320 C 2
	2	332 C 2
	1	344 C 2
Uribia-Porshina:	1	356 C 2
	2	635 C 2
Uribia-Taguaira:	6	392 C 2
	5	404 C 2
	4	416 C 2
	3	428 C 2
	2	Arca Triclave
	1	452 C 2
Uribia-Casuso:	1	380 C 2
	2	368 C 2
Uribia-Cardón:	3	144 C 3
Uribia-Jojoncito:	1	876 C 2
	2	898 C 2
Fonseca:	15	155 C 2
Riohacha-Camarones:	1	556 C 3
Maicao:	32	449 C 3
	95	25 C 3
	99	473 C 3
	100	485 C 3
	101	523 C 2
Maicao-Carraipitía:	6	535 C 2
Maicao-Majuyura:	3	95 C 3
	1	547 C 3

Queda así acreditado que de cada una de las mesas relacionadas, hay en el expediente por lo menos un ejemplar del acta de escrutinio con la firma de tres jurados. No prospera, por consiguiente, el cargo en lo referente a que dichas actas carecen de firmas o tienen solo una o dos firmas.

Corresponde ahora analizar el otro aspecto del mismo cargo dirigido a cuestionar la autenticidad de esas firmas, es decir, a verificar si "en algunos casos, los distintos ejemplares tienen en letra de imprenta, o simplemente manuscritos, los nombres de dichos jurados".

En la discusión de la ponencia la Sala, luego de examinar los alcances del cargo y su aspecto probatorio, decretó para mejor proveer un examen grafológico sobre la documentación de once de las mesas impugnadas con el fin de buscar la verdad real. Este informe técnico fue solicitado al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), con los siguientes interrogantes: "a) Si las firmas de las actas de escrutinio de los jurados de mesa corresponden a las firmas que aparecen en las respectivas actas de instalación o posesión; y si estas firmas son de puño y letra de las mismas personas; y b) si los nombres que figuran en letra de imprenta en las actas de los jurados de mesa fueron puestos por una misma persona en cada acta de escrutinio".

El DAS a través de uno de sus grafólogos rindió el informe que aparece a folios 467-472 y oportunamente fue puesto en conocimiento de las partes.

Los impugnadores dentro del término del traslado del dictamen, pidieron que este no se tenga en cuenta por haber sido rendido cuatro días después de vencido el plazo de veinte días señalado por el juez y por la ley, y por no haberse efectuado sobre cada uno de los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio sino solo sobre uno de ellos.

Los anteriores argumentos no son de recibo. La circunstancia de que el informe se haya producido cuatro días después del término previsto, no puede desvirtuar la legalidad formal de la prueba, en cuanto éste retardo en nada afecta el derecho de defensa de las partes. La consideración de que el examen grafológico se hizo únicamente sobre un solo ejemplar de cada acta, tampoco resulta atendible toda vez que se trata de cuatro ejemplares de una misma acta, por lo cual el examen podía hacerse sobre uno cualquiera de los cuatro dado que todos corresponden a un mismo documento. Y en este caso, fueron examinados los ejemplares autógrafos que provienen del arca triclave.

A título de alegación en torno al dictamen del DAS, los impugnadores presentaron otro informe grafológico sobre los mismos documentos, elaborado oficialmente a solicitud suya por dos grafólogos de la Policía Judicial DIJIN (folios 525-536), informe al cual se hará referencia conforme lo previsto en el artículo 238-7 del Código de Procedimiento Civil.

Procede en consecuencia el estudio de la documentación de las once mesas con el objeto de establecer fundamentalmente si las firmas de los jurados en las actas de escrutinio son ficticias, como lo plantea el cargo.

1. Mesa 32 de Maicao.

El informe del DAS dice:

"a) Analizados entre sí las firmas y los nombres de los formularios E-1 y E-6, folios 1 y 2, respectivamente, se encontró que todos los escritos fueron producidos por un mismo escribiente. A pesar de este haber hecho en el llenado dos tipos de letra diferente, cursiva e imprenta, introdujo en ellas individualidades propias a su gesto gráfico que lo identifican como el autor.

"En este caso concreto existe o aparece un choque entre la escritura conciente y la escritura automática, en la que el amanuense por mucho cuidado que ponga al momento de escribir, lo traiciona el subconciente e introduce sus propios elementos escriturales.

"Como se dijo inicialmente una misma persona produjo todos los escritos, por lo tanto también queda resuelto el interrogante b)".

Como puede apreciarse el informe no hace referencia directa a las firmas del acta de escrutinio que figuran al folio 14 sino que parece referirse solo a las firmas y nombres que figuran a los folios 1 y 2, de los cuales hace mención expresa.

En estos folios figuran el acta de instalación y la primer hoja del acta de escrutinio; sobre ellos hace énfasis el informe, pero la cuestión fundamental que consiste en establecer la autenticidad o inautenticidad de las firmas de los jurados en el acta de escrutinio (folio 14), la deja sin una respuesta clara y expresa.

En estas circunstancias, debe estarse a la autenticidad de este documento público.

Por lo demás, los grafólogos de la Policía Judicial, que ensayan un estudio más detallado del asunto, dicen:

"El llenado manuscritural y firmas que aparecen en el formulario E1, Acta de instalación de los jurados de votación, visibles al folio 1, así como los del formulario E6-C del folio Número 2, fueron estudiados y comparados, se determinó que son de una misma autoria, puesto que concuerdan en movimiento, presión ejercida con el instrumento escritor, proporciones, trazos iniciales, terminaciones, calidad lineal, enlaces y disociaciones, obturación de las letras de óvalo, orientación de los movimientos gráficos, base sustentatoria, signos complementarios e idiotismos (pequeños detalles). Entendiendose por idiotismo lo exclusivo y lo propio de un amanuense, toda vez que su etimología proviene del Griego "Idios", de dichos detalles, no puede prescindir el que intenta desfigurar su propia letra o imitar una grafía ajena. La compilación de los referidos aspectos gráficos, obligan a conceptuar que son uniprocedentes.

"Hecho los estudios de rigor sobre las firmas de vicepresidente y vocales que ostenta el formulario E6-C, visible al folio 14, se comprobó que son de distinta autoridad, en razón a que discrepan en lo referente a ritmo escritural, inclinación de los ejes gramáticos, calidad lineal, trazos iniciales, acabado, torsiones, bases sustentatorias e idiotismos o constantes gráficas, características opuestas que en conjunto demostraron ademanes escriturales de distinto puño y letra.

"En el formulario Número E-5, obrante al folio 24, no aparecen firmas de Presidente, Vicepresidente y vocales.

"El llenado manuscritural y firmas del formulario visibles a folios 1 y 2, fueron trazados por el amanuense que estampó la signatura del primer vocal cédula de ciudadanía 84.040.310, visible al folio 14".

2. Mesa Número 101 de Maicao.

El acta de escrutinio no fue enviada al perito por no encontrarse entre los documentos del arca triclave.

3. Mesa Número 1 Camarones:

El informe grafológico del DAS dice:

"a) Se estudiaron los dibujos gráficos que aparecen en los formularios E-1, folio 36 Acta de Instalación de los jurados y Formulario E 6, folio 37 Acta de Escrutinio del jurado de votación, encontrandonos ante un conjunto escritural uniprocedente, es decir, para su confección unicamente intervino una sola persona; a pesar de esta tratar de desfigurar un poco su normal desenvolvimiento caligráfico, como se ve claramente al empequeñecer un poco la escritura del folio 37, no logrando evadir su identidad manuscritural".

En este caso resulta clara la uniprocedencia de las firmas del acta de escrutinio que figura al folio 48 y a la cual hace alusión directa el concepto. La Sala, vistos los fundamentos del dictamen y el análisis que efectua sobre dichas firmas, lo acoge.

Desvirtuada la autenticidad de esta acta de escrutinio, correspondiente a la mesa Número 1 de Camarones, del Municipio de Riohacha, debe procederse a la anulación de los votos registrados en ella. Estos votos son los siguientes:

PARA SENADO:	
Nelson Amaya	21
Eduardo Abuchaibe	31
Nellit Abuchaibe	24
Cristóbal Fonseca	1
PARA CAMARA:	
Román Gómez	33
José Berardinelli	29
Luis Iguarán	1
Rodrigo Dangón	12

4. Mesa Número 1 de Taguaira.

El informe del DAS dice:

"Directamente se resuelve el numeral a y b; por que se encontró que estas escrituras a pesar de aparentar ser heterogéneas, no lo son y pertenecen a una misma persona, encontrandonos ante un amanuense muy agil, es decir, un escribiente que tiene un nivel escritural alto y por ende se le facilita desfigurar o hacer varias clases de tipos de escritura (cursiva e imprenta), cualidad que no puede tener una persona de un nivel escritural bajo, o sea, captar escrituras de un nivel más alto al suyo, por que el sistema nervioso que es el que dirige la escritura, no se lo permite; podemos apreciar claramente que entre las escrituras del formulario E1 folio 59 hay identidad escritural con el Formulario E-5, llegando por lo tanto, aplicando la ley transitiva, a encontrar identidad manuscritural, en donde un primer escrito es igual a un segundo y este a su vez a un tercero, por lo tanto el tercero es igual al primero. Ver dígitos 9 y 4; en donde el escribiente en el número 9, por norma general, en la parte inferior del dígito, hace un arponcito, el que se produce por un movimiento contrario, el que se aprecia con mucha claridad al microscopio, individualidad muy propia a cada persona; el 4 se ve en la firma del vicepresidente, folio 59, en el que predominan los trazos rectos con inclinaciones y terminaciones muy particulares, ver folios 72, 73 y 74; si apreciamos la U de Uribia, en los encabezamientos de los formularios E-1, E-6 y el número de cédula de ciudadanía del presidente folio 59, tanto en forma como estructura se identifican, en donde el trazo izquierdo es mas corto que el derecho y por último hay un elemento muy esencial y es la terminación de la gracia de la letra a la que es acerada y ascendente, es decir, sin presión y veloz. Encontramos terminaciones más lentas, las que se detectan por el grueso de las líneas y la presión, pero se detecta que el escribiente las hizo en forma conciente, mas no espontánea.

"Por lo tanto quedan resueltos los numerales a y b en donde todos los escritos fueron producidos por una misma persona".

Dada la forma como esta absuelta la pregunta en este caso, la Sala acoge el dictámen por encontrarlo serio y atendible, y por no haber, como en el caso de la mesa anterior, ninguna alegación de fondo en su contra.

En consecuencia, se debe anular también la votación registrada en esta acta de Taguaira Número 1 del Municipio de Uribia, por carecer el acta de escrutinio de tres firmas de jurados de votación dado que, como se ha establecido, las firmas fueron puestas por una misma persona. Dicha votación fue:

PARA SENADO:	
Eduardo Abuchaibe Ochoa	82
Nellit Abuchaibe Abuchaibe	70
Nelson Amaya Arregocés	1
PARA CAMARA:	
José Vicente Berardinelli	82
Román Gómez Ovalle	70
Rodrigo Dangond Lacoutre	1

5. Mesa Número 2 de Taguaira.

El informe del DAS dice:

"a) El Formulario E-1 folio 82 correspondiente al Acta de Instalación de Jurados y el Formulario E-6 folio 83; aparece firmado como presidente una persona y dice Rosa Díaz cédula de ciudadanía 22.409.938 de Barranquilla y además con la misma letra aparece llenando las casillas que dicen Actuaron y actuaran como Presidente la misma persona que firma; como Vicepresidente en el folio 82 Acta de Instalación aparece un nombre que dice "Juan Carlos Pimienta cédula de ciudadanía 84.026.768 de Riohacha", nombre ni escritura aparecen en el otro formulario E-1 Acta de Escrutinio; donde se deduce que no participó ya sea por omisión o por acción; dejando de presente, que aparece este nombre y escritura en otra mesa de votación (la número 6 de Taguaira) de la que se hablará más adelante.

"Como vocal hay una firma (nombre) que dice: Manuel Curvelo B cédula de ciudadanía 17.801.419 de Riohacha, la que no se identifica con ninguna otra escritura de esta mesa motivo de estudio.

"b) Referente a este interrogante el que es hecho en la solicitud; el llenado (nombres) se estableció que la persona que firma como Presidente en el formulario E1 folio 82, fue la autora de los datos de los formularios folios 82 y 83 exceptuando los escritos (firmas) del Vicepresidente, del vocal a folio 82 y en folio 83 los manuscritos de tinta negra.

"Nota: la firma del folio 94 del Presidente se identifica con la relacionada inicialmente, mientras que la del Vicepresidente y la del vocal no se identifican con ningún otro escrito motivo de estudio".

A pesar de la confusa redacción del concepto en este punto, se pone en evidencia que el dictámen no descalifica las tres firmas del acta de escrutinio que figuran al folio 94. Por consiguiente, la autenticidad del documento se mantiene.

6. Mesa Número 6 de Taguaira.

El informe del DAS dice:

"Los formularios que componen la mesa en estudio (número 6 de Taguaira) E-1, E-6 folios 105 y 106 respectivamente; los escritos, nombres y firmas que aparecen en los formularios excepto, la firma nombre de la vocal que dice "Juan Carlos Pimienta G. cédula de ciudadanía 84.026.768 de Riohacha" fueron producidas por una misma persona; reunen los elementos morfoestructurales que los identifican como de una misma autoría.

"Quiero dejar aclarado, que descarto inicialmente, mas no de plano, el nombre de la Vocal relacionada anteriormente, porque se hace necesario de material gráfico que

pertenezca a la persona que hizo el resto de los escritos de los folios 105 y 106, esto en base, a que la firma de que se hace relación presenta ciertas características con el resto del material escritural que aparece en los documentos de estudio, dándome cuenta que la firma "Juan Carlos Pimienta G. cédula de ciudadanía 84.026.768 de Riohacha" fue hecha en una forma muy conciente, por tal razón para descartar o encartar de plano esta, con el resto de escritos, se hace necesario de lo solicitado. Así queda resuelto los interrogantes a y b respectivamente".

Lo transcrito, especialmente el párrafo primero en el cual el perito hace referencia directa a las tres firmas puestas por los jurados en el acta de escrutinio, no aparece lo suficientemente atendible, dada la falta de una fundamentación detallada.

Si se observan el informe de los grafólogos de la Policía Judicial y el transcrito, se pone de presente que en este último no se hicieron todas las confrontaciones y apreciaciones necesarias para llegar a una conclusión tan rotunda. En efecto, sobre el mismo punto dice el informe de la Policía Judicial:

"Analizados los grafismos que aparecen ejecutados en los formularios E1 y E6-C, se determinó que los llenados fueron ejecutados por la misma persona que firma como presidente del jurado en los formularios de los folios 105, 117 y 127.

"*Las firmas del formulario E1* del folio 105, fueron confrontados entre sí, se comprobó que tienen discrepancias escriturales *que demuestran autorías diferentes. Las firmas del presidente, vicepresidente y vocal trazadas en el formulario E6-C, folio 117, sus funciones escriturales son totalmente disímiles* y demuestran distintos orígenes o autorías. En el formulario E5 del folio 127, existen dos firmas correspondientes al presidente y vocal, las cuales también fueron ejecutadas por personas distintas, pues presentan divergencias notorias en variados aspectos.

"Continuando con el estudio que nos ocupa se determinó *que las firmas del presidente del jurado de los folios 105, 117 y 127, son auténticas*, en razón a que fueron realizadas por una misma persona, claro está que distinta a las que plasmaron las firmas correspondientes a vicepresidente y vocales. *Las firmas del vicepresidente del folio 105 y 117, también son genuinas, ya que son concomitantes en numerosos aspectos kinéticos*, tanto intrínsecos como extrínsecos, demuestran que provienen de un mismo amanuense. La firma del primer vocal cédula de ciudadanía número 17.890.529 del formulario del folio 105, no guarda ninguna relación con las trazadas en los formularios de los folios 117 y 127, pero si conlleva las mismas correspondencias morfodinamográficas con las del vicepresidente plasmada en el formulario del folio 94 de la mesa de votación número 2 de Taguaira. Las firmas de Juan Carlos Pimienta, trazadas en los folios 105, 117 y 127, al ser cotejadas entre sí, se comprobó su uniprocedencia; conviene recordar que este amanuense, también aparece firmado como vicepresidente en el formulario E1 del folio 82, mesa de votación número 2 de Taguaira".

En este caso, como en los demás en estudio, en que la Sala no encuentra en el dictámen plenos elementos de convicción y queda una duda, esta debe resolverse como es natural por la presunción de autenticidad que tienen los documentos públicos.

Por otra parte, debe anotarse que según constancia del acta de escrutinio, el vocal Pimienta pasó a ser jurado de esta mesa habiendo actuado inicialmente en la número 2 de Taguaira "por pertenecer al mismo grupo político". En la constancia oficial del folio 430 aparece que actuó en esta última, si bien no fue designado por resolución.

En consecuencia no es del caso considerar desvirtuada la utenticidad del acta de escrutinio correspondiente a esta mesa.

7. Mesa Número 8 Carrizal.

El acta de escrutinio no fue enviada al perito por no haberse encontrado en los documentos del arca triclave.

8. Mesa Número 11 de Carrizal.

El informe del DAS dice:

"El escribiente que firma como Presidente del jurado en el folio 161 formulario E-1 y que dice "Oscar Gutiérrez cédula de ciudadanía 5.089.144 de Robles", es el mismo que llena lo datos y nombres de este mismo folio, además también se le atribuye el llenado (datos y nombres) que aparecen estampados en el formulario E-6 folio 162, por tener en común actas grafías elementos que afirman su uniprocedencia; el amanuense trata de hacer a veces una escritura más desorganizada que la otra, pero no logra deshacerse de sus propios elementos e inconcientemente los plasma sobre el papel; aparece una firma ilegible con número de cédula de ciudadanía 5.089.144 Robles, en el folio 173, en la casilla correspondiente al vicepresidente; la que proviene de la misma fuente escritural del material gráfico ya relacionado en este asunto.

En el folio 161, hay una firma ilegible en el espacio reservado para el vicepresidente; la misma firma aparece también en el folio 173 en la casilla de un Vocal; no hay bases grafológicas para afirmar que corresponden a la misma persona que firma como presidente, por lo tanto hasta tanto no haya muestras gráficas del Presidente no se podrá afirmar su autoría y por último la firma Patricio Gómez cédula de ciudadanía 17.867.921 de Uribia, presenta un nivel escritural muy bajo, como si fuera dibujado y si no se conoce el historial gráfico del que llenó los Formularios, no se podrá dar auto de esta firma".

Como puede apreciarse el informe hace énfasis sobre el folio 161 que contiene el acta de instalación, pero nada define sobre la autenticidad de las firmas del acta de escrutinio que figura al folio 173. Hace una serie de alusiones confusas, de las cuales no se puede en manera alguna deducir una conclusión contraria a la autenticidad de documento.

9. Mesa Número 13 Carrizal.

Dice el informe del DAS:

"En la mesa 13 de Carrizal; sus documentos presentan a un presidente firmando y llenando los folios 184 Formulario E-1 Acta de Instalación de Jurado y Formulario E-6 folio 185 Acta de Escrutinio del Jurado, por tener estos manuscritos la misma estética, la cual no da márgen para ninguna duda y poder afirmar que provienen de un mismo puño y letra; se ve una escritura tipografiada, a veces con enlaces largos y rectos, una inclinación constante y mucha claridad.

"Como en los casos anteriores, aparece una firma del Vicepresidente que dice "Arnoldo Vizcaino cédula de ciudadanía 17.866.623 de Uribia", folio 184 Acta de Instalación Formulario E-1; y una firma del vocal en el mismo folio Formulario y que se lee "Luis González cédula de ciudadanía 17.840.731 de Maicao"; las cuales por ahora, hasta tanto no se tenga el historial gráfico del que llenó el resto de los dos Formularios (folios 184 y 185), no se podrá darle autoría a otras personas o a la misma que hizo el llenado y firmó como Presidente y que en estos casos es aventurado decirlo porque puede llegar a suceder que se trate de una firma simulativa o realmente pertenecer a una persona determinada".

Las anteriores anotaciones y disquisiciones del perito, dejan en firme la autenticidad del acta de escrutinio dado que no descalifica las firmas que presenta.

10. Mesa Número 1 de Porshina.

Dice el informe del DAS:

"El Formulario E-6 folio 198, fue llenado (datos y nombres) por una persona la cual plasmó todos sus caracteres grafológicos en esta escritura; anotando que la persona autora de los escritos de este folio, con el material que se tiene no se puede encartarla o afirmar que pudo haber hecho alguna de las tres firmas que aparecen en el Acta de Instalación de los jurados, folio 197.

"El Formulario E-1 folio 197; los nombres de los ciudadanos que reunieron y los nombres de los que actuaron como Presidente ... etc... además de los números de cédula de ciudadanía y su lugar; vistos a tinta color azul, corresponden a una misma escritura, o sea, que provienen de un mismo gesto gráfico, por tener los elementos de forma y de estructura iguales.

"Las tres firmas que aparecen en esta Acta, en las casillas del Presidente, Vicepresidente y Vocal, vistas a tinta negra (folio 197), no es posible afirmar o desvirtuar si son de una sola persona o de varias, ya que no presentan caracteres que las individualicen totalmente".

Como puede verse el dictamen nada dice de las firmas del acta de escrutinio o formulario E-6. El primer párrafo, único que hace referencia a este formulario, dice que los datos y nombres que en él aparecen fueron llenados por una misma persona pero guarda silencio con relación a si las firmas de los jurados en ese mismo formulario son o no uniprocedentes.

En consecuencia, se mantiene su autenticidad.

11. Mesa Número 2 de Porshina.

Dice el informe del DAS:

"Se analizó el folio 220 Formulario E1 y se estableció que el llenado (nombre de los ciudadanos que se reunieron y los que procedieron a instalarse como Presidentes), los números de cédula de ciudadanía y el lugar a que corresponden, pertenecen estas grafías a un mismo nivel manuscrital, por lo tanto se encontraron particularidades tanto intrínsecas como extrínsecas que las identifican como tal.

"Nota: Este formulario fue llenado por el mismo escribiente que llenó el folio 197 correspondiente a un Acta de Instalación de jurados, la cual corresponde a la mesa relacionada anteriormente.

"Las tres firmas que tienen este formulario, no se identifican con el autor de los manuscritos del mismo folio, inclusive no presentan elementos que afirmen que el pudo haber hecho alguna de ellas, no pudiéndose afirmar si pertenecen a una sola persona o a varias.

"El formulario E-6 folio 221 presenta una sola escritura con la que llenaron los nombres de las personas ... integrado por los ciudadanos y actuaron como Presidente ... no identificandose ni con las firmas ni el llenado del otro Formulario, es decir, folio 220".

Como de lo transcrito nada se deduce concretamente contra la autenticidad de las firmas del acta de escrutinio (folio 232), debe estarse a la presunción de su autenticidad.

En conclusión este cargo prospera solo en cuanto a la anulación de las actas de escrutinio de las mesas número uno de Camarones, Municipio de Riohacha y número uno de Taguaira, Municipio de Uribia, en las cuales se estableció que dichas actas carecen de firmas de tres jurados de votación, dado que, las que figuran, son ficticias (artículo 172-2 y 3 de la Ley 28 de 1979). No prospera en lo demás.

Tercer cargo: "Se tuvieron en cuenta los votos de jurados de votación en los cuales sufragaron mayor número de ciudadanos de los que, según los propios registros, podían hacerlo legalmente".

El actor funda el cargo en que "confrontados los respectivos registros o formularios E-6C (acta de escrutinio) y E-5 (lista de sufragantes), entre sí, de las diferentes mesas acusadas de Maicao, Uribia, Fonseca y Riohacha se establece que en cada uno de dichos jurados de votación, es mayor el número de ciudadanos sufragantes al de quienes legalmente podían hacerlo y lo hicieron".

De lo anterior se deduce que el cargo consiste en que en las mesas de votación indicadas el número de votantes fue mayor al número de ciudadanos legalmente registrados para votar en dichas mesas. Es decir que las listas de sufragantes fueron excedidas por el número de votantes. Aunque el actor no desarrolla el cargo en el concepto de la violación se puede entender por amplitud que está fundado en la causal 6a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979, invocada dentro de las disposiciones violadas y que dice:

"... 6. Cuando han sufragado en un jurado de votación mayor número de ciudadanos de los autorizados por la ley".

Revisados los sobres que estaban en el arca triclave y que fueron enviados por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, se encontró lo siguiente:

	Mesa		
Uribia-Carrizal:	12	Lista de sufragantes:	353
		Votantes-Registro General:	18
	13	Lista de inscritos:	359
		Votantes-Registro General:	No aparece
		Según acta jurado:	214
	11	Lista de Sufragantes:	175
		Votantes-Registro General:	169
	10	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	270
	9	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	128
	8	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	73

	Mesa		
	6	Lista de Sufragantes:	400
		Otras Listas:	8
		Votantes-Registro General:	No aparece
		Según acta jurado:	47
	5	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	58
	3	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	55
	1	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	49
Uribia-Cabo de la Vela:	1	Lista de Sufragantes:	330
		Votantes-Registro General:	57
	2	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	60
	3	Lista de Sufragantes:	92
		Lista de inscritos:	9
		Otra lista de inscritos:	83
		Votantes-Registro General:	119
Uribia-Porshina:	1	Lista de Sufragantes:	174
		Lista de inscritos:	1
		Votantes-Registro General:	222
	2	Lista de Sufragantes:	268
		Votantes-Registro General:	245
Uribia-Taguaira:	6	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	174
	5	Lista de Sufragantes:	360
		Votantes-Registro General:	179
	4	Lista de Sufragantes:	389
		Votantes-Registro General:	242
	3	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	167
	2	Lista de Sufragantes:	297
		Lista de inscritos:	45
		Votantes-Registro General:	165
	1	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	153
Uribia-Casuso:	1	Lista de Sufragantes:	262
		Lista de inscritos:	55
		Otras listas de inscritos:	158
		Votantes-Registro General:	80
	2	Lista de Sufragantes:	273
		Lista de inscritos:	148
		Otras listas de inscritos:	10
		Votantes-Registro General:	150

	Mesa		
Uribia-Cardón:	3	Lista de Sufragantes:	400
		Otras listas de inscritos:	3
		Registro General-Votantes:	No aparece
		Según Acta de Jurado:	151
Uribia-Jojoncito:	1	Lista de Sufragantes:	229
		Lista de autorizados:	3
		Votantes-Registro General:	161
	2	Lista de Sufragantes:	362
		Lista de autorizados:	1
		Votantes-Registro General:	309
Fonseca:	15	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	157
Riohacha-Camarones:	1	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	81
Maicao:	32	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	101
	95	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	125
	99	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	90
	100	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	108
	101	Lista de Sufragantes:	400
		Votantes-Registro General:	73
	117	Lista de inscritos:	400
		Votantes-Registro General:	93
Maicao-Carraipitía:	6	Lista de inscritos:	400
		Votantes-Registro General:	120
Maicao-Majuyura:	3	Lista de inscritos:	331
		Otra Lista de inscritos:	60
		Votantes-Registro General:	25
	1	Lista de Sufragantes:	264
		Lista de inscritos:	130
		Votantes-Registro General:	66

Como puede verse en ninguna mesa sufragó un número mayor de 400 votantes, que es el máximo autorizado por la ley (artículo 78 parágrafo Ley 28 de 1979).

Tampoco en ninguna mesa el número de votantes excedió al número de ciudadanos que figuraban en las listas de sufragantes, en las listas de inscritos y en las listas de autorizados.

Podría considerarse que este no es el caso de la mesa Número 1 del corregimiento de Porshina, Municipio de Uribia, en la cual en el registro general figuran 222 votantes y dentro del sobre contentivo de los documentos electorales solo aparece una lista de sufragantes de 174 ciudadanos y una de inscritos de un ciudadano. Pero esta virtual

inconsistencia con relación a lo indicado en los documentos provenientes del arca triclave quedó superada con la copia auténtica del formulario E-4 o lista general de inscritos enviada por la Registraduría Nacional (folio 549-553).

En efecto al confrontar esta lista con el registro general, formulario E-5 se encontró que los votantes inscritos estaban legalmente autorizados para hacerlo.

Con todo hay que anotar que en esa mesa aparece una irregularidad consistente en que en el acta del jurado de votación figuran 225 votos mientras que en el registro general solo hay 222 votantes. Pero este hecho no constituye nulidad, toda vez que la ley solo prevé al respecto que los votos excedentes se sustraigan al azar del recuento general y se incineren (artículo 105 ley 28 de 1979).

No prospera en consecuencia el cargo.

Cuarto cargo: "De varias actas de escrutinio de jurados de votación, a pesar de aparecer que es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación se hizo el cómputo de los votos en ellas contenidos".

Como motivo del cargo el actor señala que "en algunas mesas de las impugnadas en este libelo" (folio 17) la lista de sufragantes y el registro general de votantes no indican las corporaciones para las cuales se votó, ni el orden de votación de los electores; y en ellos falta el nombre completo de los votantes, el número de sus cédulas de ciudadanía y el lugar de expedición. Que en los registros aparecen votos de ciudadanos cuyas cédulas no corresponden al lugar donde votaron, ni al lugar de inscripción y, votos de quienes habían sido dados de baja en el censo, por inscripción en otro lugar; que hay en ellos nombres y apellidos que no corresponden al titular de la respectiva cédula.

Esta acusación basada en el artículo 173-2 de la Ley 28 de 1979, aparece sin embargo formulada en la demanda con una vaguedad que no permite tenerla en cuenta. En efecto, para su procedencia era necesario señalar con precisión cuáles actas de escrutinio o cuáles mesas eran las acusadas e indicar además por que hechos en cada caso concreto podían considerarse afectados de nulidad, de manera que esta controversia de anulación electoral, quedara claramente ubicada dentro de límites precisos.

Eso no lo hizo la demanda y dejó así a la parte contraria en imposibilidad de enfrentar la acusación. En consecuencia, este aspecto del cargo no puede tenerse en cuenta y debe ser negado, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en ocasiones anteriores. En efecto en sentencia del 8 de agosto de 1963, expediente 1989, la Sala dijo:

"... La demanda (folio 60 Código de Procedimiento Penal) pide subsidiariamente la nulidad de las mesas" en donde se sufragó con documentos falsos, tales como el Jurado de Votación Número 9 y varios del Corregimiento de Curumaní".

"La sola lectura del cargo hace imposible su estudio, pues, de una parte, el de falsedad una precisión absoluta respecto de los elementos o documentos afectados de tal vicio y de la forma y alcance de la falsedad. Esta es misión que corresponde al actor, y el Consejo no puede, en búsqueda oficiosa a través de los distintos documentos que integran el proceso electoral en cada municipio, desentrañar los auténticos y los falsos, pues siendo ellos públicos y estando amparados de una presunción de legalidad, a su contenido debe atenerse mientras no se pruebe en contra de su autenticidad. Como en el caso presente y en forma concreta no se ha dicho respecto de la mesa Número 9 cuales son los documentos falsos y en que consiste la falsedad, el cargo no prospera. En cuanto al segundo aspecto, tampoco es atendible, pues la demanda ha debido precisar cuáles eran los jurados que actuaron en Curumaní afectados de falsedad documentaria. La

afirmación de que son "varios" induce que no son todos, y ello mismo obliga al actor a señalar los vicios y a formular concretamente los cargos respecto de cada uno. Se deshecha el cargo".

Otro aspecto del cargo hace referencia a que el registro general de votantes (E-5) y el registro de sufragantes (E-3) de todas las listas impugnadas carecen de la firma de tres jurados. La demanda sostiene que, por este hecho, dichos registros son apócrifos y el acto de elección inexistente.

Para negar la prosperidad de esta acusación basta con afirmar que, la ausencia de las firmas de los jurados en estos documentos no está dirigida por la ley en causal de nulidad y que, por consiguiente para los efectos del cargo no es suficiente la falta de esta simple formalidad administrativa. Es necesario probar una verdadera discordancia material entre los registros y la realidad, que indique fraude, y esto no se probó.

No prospera el cargo.

Cargo quinto. "Se computaron actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y a pesar de graves irregularidades que indican la alteración de los auténticos resultados electorales".

El actor concreta el cargo en el hecho de que los pliegos electorales correspondientes a las mesas instaladas en los corregimientos de Carrizal y Jojoncito del municipio de Uribia (ord. D. folio 17), fueron entregadas a los claveros municipales después de las 12 m. del lunes 15 de marzo de 1982, es decir, fuera del término previsto por la Resolución 0076 del 25 de enero de 1982. Y sostiene que hubo así violación del inciso 2o. del artículo 11 de la Ley 85 de 1981 que ordena no tener en cuenta pliegos que lleguen fuera del término previsto.

A folio 141 del C2 aparece la resolución del señor Registrador Nacional del Estado Civil por medio de la cual fijó como término para la entrega de los documentos electorales correspondientes a los corregimientos de Carrizal y Jojoncito del Municipio de Uribia, las 12 del día lunes siguientes a las elecciones (15 de marzo de 1982).

A folios 157 del C2 se encuentra el recibo de los documentos electorales del corregimiento de Carrizal, municipio de Uribia, correspondiente a las mesas 1 a 13, suscrito por el Registrador de Estado Civil de Uribia, en el cual aparece que dicha entrega se hizo a las 10:30 P.M. del 14 de marzo de 1982. Al folio siguiente, se encuentra también el recibo de los documentos electorales correspondientes a las mesas 1 a 5 del corregimiento de Jojoncito del mismo municipio de Uribia, suscrito también por el Registrador Municipal del Estado Civil: en él consta que dicha entrega se hizo a las 11 p.m. del 14 de marzo de 1982.

Los anteriores documentos públicos indican que la entrega se efectuó el mismo día de las elecciones, dentro del plazo señalado por la resolución. Indican además que la entrega se hizo al funcionario competente como es el Registrador Municipal, quien a la vez esta llamado por la ley a actuar como clavero. En consecuencia no puede prosperar la causal invocada, toda vez que no se incurrió en la entrega extemporánea de las actas, ni se acreditaron graves irregularidades que indicaran la alteración de los resultados (artículo 173-3o., Ley 28 de 1979).

El hecho de que la introducción de los pliegos al arca se hubiese efectuado el lunes 15 a las 12 y 30 del día, como se desprende de la constancia dejada a posteriori por los claveros, (folio 166 C 2), no altera la situación, porque la conducta sancionada con la

anulación por la causal 3a. del artículo 173, es solo la entrega extemporánea de los pliegos y, en el expediente como se ha visto, esta demostrado que esa entrega se hizo en forma oportuna.

Si como lo sostiene uno de los impugnadores en su alegato, dicha constancia a posteriori implica irregularidades censurables, debe comunicarlo así a las autoridades respectivas.

Proceso 909:

Primer cargo: "Los pliegos electorales correspondientes a la mesa de votación número 5 del corregimiento de Bahía Honda no están firmados por los jurados de votación sino que las firmas de los presuntos jurados fueron simuladas. No obstante lo anterior, tales registros fueron computados en los escrutinios acusados".

El actor en el concepto de la violación invoca al respecto el artículo 14 de la Ley 7a. de 1932, el artículo 198 de la Ley 167 de 1941 y sostiene que en este caso se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral segundo del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, que dice:

"Las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán anuladas por las siguientes causas:

"2o. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

En el curso del juicio se ordenó remitir para examen grafológico los cuatro ejemplares del acta de esta mesa (folios 148 y ss. C 2) con el fin de indagar si las firmas de los jurados (José M. Curvelo como presidente, Benjamín Losada como vicepresidente y Elías Velásquez como vocal), que aparecen en dichos documentos habían sido puestas por una misma persona o si había en ellas alguna anomalía que indicara inautenticidad.

En un primer dictamen elaborado por expertos del Instituto de Medicina Legal se dijo que de las tres firmas que figuran, las de Lozada y Velásquez "deben tomarse en principio como apócrifas" (folio 170 C1). En otro dictamen realizado posteriormente por el grafólogo del DAS, se dijo:

"Con la técnica e instrumentos requeridos para el caso, tales como lupas, microscopios, transportadores, retículas milimétricas, se sometió la parte cuestionada a un detallado estudio el cual produjo el siguiente resultado:

"Respecto a las firmas que aparecen en las Actas de Escrutinio de la mesa número cinco (5) del Municipio de Uribia, Inspección Rural de Bahía Honda, fueron ejecutadas por una misma persona; los aspectos dinámicos y morfológicos que transcurren permiten establecer la uniprocedencia, basta observar las rutas gráficas de la B, L, a, n, guarismos como 5, 2, 7, para obtener el convencimiento de lo afirmado". (folio 195 C Ppal expediente 909).

Estas dos apreciaciones técnicas y suficientemente fundamentadas llevan a la Sala, con vista en los cuatro ejemplares del acta a que se ha hecho alusión, a aceptar que las tres firmas que aparecen en dichos documentos fueron escritos por una misma persona, es decir, que se simuló la firma que cada uno de los jurados debía poner en el acta, conforme lo ordenan los artículo 112 y 114 de la Ley 28 de 1979.

Establecido lo anterior, tiene que concluirse que el acta de la mesa número 5 de Bahía Honda, municipio de Uribia, es apócrifa y por consiguiente debe ser anulada, al tenor de lo previsto en la causal segunda del artículo 173 de la Ley 28 de 1979.

En consecuencia, se anularon los votos registrados en dicha acta y que fueron computados en el acuerdo impugnado. Esos votos son los siguientes (folios 150-154 C2):

PARA SENADO:	
Dr. Nelson Amaya	26
Dr. Eduardo Abuchaibe	6
Dr. Cristóbal Fonseca	43
PARA CAMARA:	
Dr. Rodrigo Dangond	9
Dr. José Vicente Berardinelli	6
Dr. Luis Aurelio Iguarán	60

Segundo cargo: "Los pliegos de la mesa número 1 del corregimiento del Hatico municipio de Fonseca fueron suscritos por personas que en el momento de firmarlos no tenían la investidura de jurados de votación y que, en el supuesto de que efectivamente hubieran estado encargados de ella, habían ya perdido la investidura de funcionarios electorales. Los pliegos "fueron extendidos y firmados en sitio distinto del local en que funcionó dicha mesa".

El actor funda el cargo en el numeral 4o. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979 y en el numeral 2o. de la misma norma, que establecen como causales de nulidad la injustificada suscripción del acta en lugar distinto a donde debía funcionar la respectiva corporación electoral y, como ya se vió, la ausencia de autenticidad en los registros o en los elementos que sirven para su formación.

Para que obraran en el expediente se pidieron los documentos electorales que reposaban en el arca triclave. Así, se encuentran el acta de posesión y el acta de escrutinios, según los cuales tomaron posesión y actuaron como jurados de esa mesa Nuris Acosta Molina, Amparo Peñaranda, Amayra Medina Pérez y Edith Solano Suárez. Hay constancia de que la votación se abrió a las 8 a.m. y se cerró a las 4 P.M. El acta de escrutinio aparece suscrita en la localidad del Hatico, con la firma de los cuatro jurados referidos.

Los hechos anteriores, respaldados por la autenticidad de los documentos públicos de los cuales se deducen, no fueron desvirtuados en el juicio. El cargo en consecuencia no puede prosperar.

Tercer cargo: "En las mesas números 1, 2 y 3 correspondientes al corregimiento de la Paz del Municipio de Maicao, mesa número 121 de la cabecera del Municipio de Maicao, mesa número 2 del corregimiento de Carrizal del Municipio de Uribia, mesa número 90 de la cabecera del Municipio de Riohacha, mesa número 3 del corregimiento de Mingueo, del Municipio de Riohacha, mesa número 3 del corregimiento de Monguí, municipio de Riohacha, mesa número 26 de la cabecera del Municipio de Fonseca, mesas números 1, 2 y 3 del corregimiento de Aremasain del Municipio de Manaure, mesa número 1, 3, 4, 5 y 6 del corregimiento de el Pájaro, Municipio de Manaure, mesas números 1, 2 y 3 del corregimiento de San Antonio del Municipio de Manaure, mesas número 1 y 2 del Corregimiento del Hatico de los Indios del Municipio de San Juan del Cesar, mesas números 1 y 2 del corregimiento de Taparajin del Municipio de Uribia, las mesas 3, 4, 7, 8 y 9 de Puerto López, Municipio de Uribia; y las mesas 8 y 9 del corregimiento de Puerto Estrella del Municipio de Uribia, fueron llenados los registros electorales con nombres supuestos los cuales obviamente no corresponden a los números de cédulas de sus titulares en su mayoría además el hecho de que muchas de las cédulas están afectadas de irregularidades".

Como puede verse el cargo está fundado en dos motivos: a) que los registros electorales de las mesas referidas fueron llenados con nombres supuestos y b) que muchas cédulas de esos registros estaban afectadas de irregularidades.

La falta de precisión en el planteamiento de este último motivo, lo hace irrelevante procesalmente. Hablar de "irregularidades" sin decir en qué consisten, es dejar la acusación en el terreno de la vaguedad y de la indeterminación, lo que significa que no podrá haber defensa válida ni menos aún juzgamiento. El examen se concretará por consiguiente al primer motivo.

El actor funda el cargo en la ya referida causal 2a. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, por ser apócrifos o falsos los registros o los elementos utilizados para su formación. En este caso por cuanto los registros fueron llenados con nombres supuestos, que no corresponden a las cedulas de sus titulares.

La demostración de este hecho, sin embargo, no fue posible en el juicio con las pruebas aportadas. En efecto, como las listas de sufragantes solo traen el número de las cédulas, sin indicación de los nombres respectivos, estas resultan elemento insuficiente para ello. Para establecer la veracidad de los nombres de los votantes y de las cédulas que aparecen en los registros generales de votantes de las mesas impugnadas, era necesario confrontar dichos documentos con un listado del censo electoral que tuviese los nombres y números de las cédulas de los ciudadanos autorizados para votar en esas elecciones. Y esta prueba no se aportó al proceso.

Los listados parciales que aparecen a folios 260 y 380 no pueden tenerse en cuenta por cuanto carecen de fecha y de titulación, de manera que no sirven para establecer la elección ni el lugar para los cuales fueron elaborados.

Ante esta ausencia de prueba no puede prosperar el cargo.

Cuarto cargo: "La mesa 1 del corregimiento de Guarepá del municipio de Uribia, mesa número 1 del corregimiento de El Cardón del municipio de Uribia y Nazareth, las actas de escrutinio correspondientes se encuentran firmadas por menos de tres de los jurados de votación, ya sea por que no están plenamente identificados los jurados o porque las firmas de los jurados fueron simuladas y no obstante lo anterior los registros fueron computados en los escrutinios acusados.

El actor sostiene que al computar actas de jurados de votación firmados por menos de tres testigos se incurrió en la causal 3a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979 y al computar actas apócrifas o falsas se incurrió así mismo en la causal segunda del artículo 173 de la misma ley.

Examinados los documentos electoriales de la mesa número 1 del corregimiento de Guarepá Municipio de Uribia, que reposaban en el arca triclave se encontró que en dicha mesa actuaron como jurados los señores Balmes Brito, Roberto González y Adenis Iguarán y que el número de sus cédulas figuraba al pie de sus firmas en el acta de instalación. En cuanto al ejemplar del acta de escrutinio que aparece dentro de esos documentos, está firmada en legal forma por los tres jurados citados. No, hay, en consecuencia en esta mesa las irregularidades que señala la demanda.

Examinada el acta correspondiente a la mesa número 1 del corregimiento del Cardón del Municipio de Uribia se encontró que figuran tres ejemplares de la misma (folios 191 y ss. del C-2). El acta aparece suscrita por los siguientes jurados: Vilma Torres López, como Presidente, Luis Mejía como Vicepresidente, y Jorge Rafael Díaz como vocal.

Los grafólogos del Instituto de Medicina Legal, a quienes se les pidió concepto sobre la autenticidad de las firmas del acta de esta mesa, opinaron que la del Vicepresidente del jurado señor Mejía era auténtica pero sobre las de Vilma Torres y José Rafael Díaz luego de adelantar algunas apreciaciones de duda, se abstuvieron de dar un concepto definitivo y en cambio pidieron otros elementos de juicio (folio 170).

El anterior dictamen fue materia de objeción en este aspecto por no haber contestado los peritos todas las cuestiones que se les había planteado (folio 181). Esta objeción no puede prosperar, porque tal como se anotó, los expertos grafólogos lejos de dar concepto solicitaron otros documentos y grafismos para con base en ellos, proceder a darlo. Si no hubo verdadero dictamen, mal puede imputársele error. En consecuencia, la objeción planteada debe ser negada.

Con todo como a través de esa objeción se produjo otro dictámen sobre el mismo punto, por parte del grafólogo del DAS, debe tenerse como prueba en el juicio ya que se produjo dentro de las formalidades propias de ese medio.

Según este último dictámen la firma del vocal Jorge Rafael Díaz o que aparece en los tres ejemplares no coincide con la que del mismo ciudadano figura en el acta de instalación del jurado (folio 196). Dice:

"Respecto a las signaturas vistas en las Actas de Escrutinio Mesa número 1 Sector Rural del Cardón Municipio de Uribia; la firma como de Jorge Rafael Díaz ejecutada en los formularios número E6C, folios 13, 25 y 37 no se compenetran en identidad con la realizada en el Acta de Instalación de Jurados de Votación (documentos señalados como patrón).

"Los elementos morfodinámicos encontrados en las partes dubitada como indubitada son totalmente antagónicos desde el punto de vista grafológico; esto permite establecer que las firmas cuestionadas tienen su origen en una fuente distinta". (folio 196).

El anterior concepto seriamente fundamentado es suficiente para deducir que la firma del vocal Díaz puesta en los tres ejemplares del acta es apócrifa por no coincidir con la que el mismo jurado estampó en el acta de instalación.

Queda así en evidencia que de los tres únicos ejemplares del acta que aparecieron en el curso del juicio (cfr. oficio del Registrador Nacional del 16 de septiembre de 1983), ninguno de ellos está firmado válidamente por tres jurados, ya que la tercera firma correspondiente al vocal resultó apócrifa.

En consecuencia con aplicación de la causal tercera del artículo 172 de la Ley 28 de 1979, debe anularse el acta de escrutinio a la mesa número 1 del Cardón, municipio de Uribia y por consiguiente los votos registrados en ella. Esos votos fueron los siguientes:

PARA SENADO:	
Nelson Amaya	80
Eduardo Abuchaibe Ochoa	8
Nallit Narciso Abuchaibe	78
PARA CAMARA:	
Ramón González Ovalle	81
Rodrigo Dangond L.	74
José Vicente Berardinelli	12

Quinto cargo: "Por último, tanto los pliegos como los registros correspondientes a las mesas números 12, 56, 59, 76, 117 y 122 de la cabecera de Maicao, como de las mesas número 3 del corregimiento de Carraipia, Municipio de Maicao y, mesa número 2 del Corregimiento de Majuyura del Municipio de Maicao y la mesa número 2 del corregimiento de la Junta del municipio de San Juan del Cesar fueron debidamente suscritas por tres de los jurados de votación correspondientes, no obstante lo anterior, tales registros no fueron computados en los escrutinios acusados".

El actor funda el cargo, en que al haber dejado de computar los votos de las referidas actas, habiendo debido hacerlo por estar ellas suscritas por tres de los jurados de votación, se violó el artículo 15 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de elegir y ser elegido.

Las actas de las mesas 12, 56, 59, 76 y 122 de Maicao fueron excluídas del cómputo electoral conforme lo resuelto en el acuerdo impugnado, por no existir ningún ejemplar suscrito por tres jurados.

Ese hecho no se desvirtuó en el juicio. Por el contrario vistos los documentos electorales remitidos del arca triclave se encontró:

En la mesa 12 no aparece acta de escrutinio. En la 56 el acta aparece sin ninguna firma, con la sola anotación de las cédulas de los jurados. En la 59 en igual forma, con la salvedad de que la anotación del número de cédulas es solo de dos. El acta de la mesa 76 aparece sin firmas. El acta de la mesa 122 también sin firmas, con la sola anotación manuscrita del número de las cuatro cédulas de los jurados.

Las mesas 117 de la cabecera de Maicao y 3 de Carraipía y 2 de Majuyura del mismo Municipio de Maicao se dejaron de computar en el escrutinio municipal por la misma causa que las anteriores y tampoco se desvirtuó en ellas ese hecho.

En los documentos del arca triclave que fueron remitidos al juicio no aparece el acta de escrutinio de la mesa 117, el acta de la mesa 3 de Carraipía está sin ninguna firma y lo mismo la mesa de Majuyura.

En cuanto a la mesa número 2 del corregimiento de la Junta del Municipio de San Juan del Cesar si aparece firmada por cuatro jurados, pero no hay constancia ninguna de que esta mesa haya sido excluída del cómputo electoral.

En consecuencia, no prospera el cargo.

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.— Decláranse nulas las actas de escrutinio de las mesas número uno (1) de Camarones, Municipio de Riohacha y de las mesas número uno (1) de Taguaira, número cinco (5) de Bahía Honda y número uno (1) del Cardón todas estas del Municipio de Uribia y los votos registrados en ellas en las elecciones realizadas el 14 de marzo de 1982, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Segundo.— Como consecuencia de lo anterior, declárase nulo el acuerdo número 4 de 1982 expedido por la Corte Electoral, pero solo en cuanto tuvo en cuenta las actas anuladas en el numeral anterior para declarar la elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de la Guajira.

Tercero.— Ordénase la práctica de nuevo escrutinio de los votos emitidos en la elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de la Guajira, celebrada el 14 de marzo de 1982, para excluír de él los votos anulados en el numeral primero de esta sentencia. Para la práctica del escrutinio, señálase la hora de las nueve de la mañana (9 a.m.) del quinto día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta providencia.

Cuarto.— Si como consecuencia de los escrutinios ordenados en el ordinal anterior hubiere alteración en el resultado de los mismos, expídanse las credenciales a quienes corresponda, quedando por el mismo hecho sin valor ni efecto las expedidas a otras personas y háganse las comunicaciones pertinentes.

Quinto.— Declárase inhibida esta Corporación para decidir en el fondo las pretensiones sobre la elección de Diputados a la Asamblea Departamental de la Guajira.

Sexto.— Niéganse las demás peticiones de las demandas acumuladas en este proceso.

Séptimo.— Dése cuenta a la Procuraduría General de la Nación de las irregularidades a que se refieren los cargos primero y cuarto del proceso 909 y segundo del proceso 910, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Betancur Jaramillo, Salvamento de voto, **Miguel Betancur Rey,** ausente, **Samuel Buitrago Hurtado, Víctor Corredor Rodríguez, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Gustavo Humberto Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

PARTIDOS POLITICOS.— REPRESENTACION PROPORCIONAL.— (Salvamento).

1.— La representación de las Corporaciones Públicas en la historia Colombiana.

2.— La Constitución de 1886 tampoco garantizó la representación de las minorías y en cuanto al derecho del sufragio la reglamentó en forma restringida.

3.— Acto Legislativo Número 8 de 1905 artículo 4o. Consagró la representación de las minorías. (Artículo 7o.). Aplicación de esa regla en la elección de diputados a las Asambleas.

4.— Acto Legislativo Número 3 de 1910, consagra la representación proporcional de los partidos.

5.— Acto Legislativo Número 1 de 1945 artículo 77.

6.— Reforma plebiscitaria de 1957. Se introdujo una modificación transitoria hasta 1974, pero fue sustituida por la reforma de 1968.

7.— Acto Legislativo Número 1 de 1968 artículo 50. Dispuso como quedaría el artículo 172 de la Constitución Nacional.

8.— Lo primero que el Constituyente garantiza es la representación proporcional de los partidos y luego garantiza la adjudicación de los puestos a las distintas listas de cada partido según el cuociente electoral. La regla de oro no es otra que la de: a mayor votos mayor representación.

9.— No puede funcionar una democracia en la cual es posible que la totalidad de la representación política se la lleve un partido minoritario, por simples divisiones mecánicas, artificios calculados y artificiales.

10.— Con la tesis de la representación proporcional de los partidos, NO EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE UN PARTIDO MAYORITARIO SE QUEDE SIN REPRESENTACION EN LAS CORPORACIONES PUBLICAS.

Salvamento de Voto del Consejero de Estado doctor Jorge Valencia Arango.

Referencia: 11091.
Actor: **José Domingo Restrepo Gómez y Nelson Amaya Arregocés.**

Me separo de la anterior sentencia por considerar que las pretensiones aducidas en el proceso Número 910, demandante NELSON AMAYA ARREGOCES han debido prosperar con base en el primer cargo, violación del artículo 172 de la Constitución Política.

I. LA REPRESENTACION PROPORCIONAL DE LOS PARTIDOS

a) Colombia vivió en guerra civil todo el siglo pasado y ellas siempre siguieron a un certamen electoral, por cuanto el fraude electoral y la ley absorbente de la mayoría, condenaba, en cada caso a la minoría, al ostracismo, al negarle toda representación en las Corporaciones Públicas.

"Muy poco hacía que los Estados Unidos, se habían dado sus respectivas constituciones, en armonía con la Constitución Nacional, cuando sucesivamente ocurrieron revueltas locales en los Estados del Magdalena, Santander, Bolívar y Cauca. En Riohacha, Pamplona y el Valle del Cauca eran los conservadores quienes apelaban a la insurrección o la violencia contra las instituciones o los gobiernos de sus respectivos Estados; y en el de Bolívar eran los liberales o federalistas quienes verificaban el alzamiento. Ni unos ni otros supieron resignarse a soportar el predominio de sus adversarios ni a esperar que con la paz y el tiempo les viniese el remedio de los abusos, reales o falsos, de que se quejaban. Si en Santander los radicales establecían la elección de los diputados por escrutinio de lista de todo el Estado, dejando así a la minoría sin posible representación ni medio de hacerle oír; a su vez, años después, los conservadores hicierón otro tanto en Antioquia. Dondequiera, se imponía de manifiesto que el interés del partido se sobreponía a todo principio y a todo interés verdaderamente patriótico; se patentizaba que no había respeto a la libertad y la pureza de función soberana del sufragio, esto es, por la conciencia pública resultante de la condensación de las conciencias individuales; se mostraba más o menos desprecio por la legalidad,

única base firme y garantía de la libertad; y a los partidos y caudillos los preocupaba mucho más lo que entendían ser de su egoísta conveniencia, que el bien general". (José M. Samper "Derecho Público Interno de Colombia", página 182).

"Poco tiempo después de sancionada la Constitución de 1863, se empezó a notar que en todas partes el fraude y la violencia de las elecciones hasta el punto de volverse aforismo político esta odiosa frase: 'El que escruta elige, o se elige'. Cada Estado legislaba a su arbitrio en materia de elecciones, y la Unión entera estaba obligada a dejarse imponer lo que se hacía en los Estados, aceptando presidentes, magistrados, senadores, representantes, gobernadores y diputados que derivaban sus empleos del más vergonzoso origen. Así, el sufragio, base necesaria de la república quedó completamente pervertido y degradado; todo poder careció de legitimidad; toda elección fue una comedia más o menos trágica; el país vivía aterrado con las elecciones, frecuentísimas zambras de violencia y pellerías, y no había seguridad para los intereses, ni base de dignidad en la vida y las evoluciones de los gobiernos, las legislaturas y los Congresos.

"Así las cosas, cada Estado tenía interés en ser de los últimos para votar, cada dos años, se renovaba la sarracina electoral y se hacía (que se elegía) nuevo presidente de la Unión; amén de las contiendas de interés puramente local, que eran más frecuentes. De ahí la diversidad de fechas en que se verificaban las votaciones y los escrutinios; sucediendo que las legislaturas más morosas en hacer tales escrutinios, los verificaban con conocimiento de lo hecho en los demás Estados, y decidían de la suerte de las elecciones, según el modo con que escrutaban los votos del respectivo Estado. A tal extremo llegó el escándalo que, habiendo suficiente número de peticiones de las legislaturas, el Congreso de 1976 aprobó un Acto reformatorio de la Constitución, reducido a un solo artículo; Acto que pudo ser ratificado, en el senado, por la unanimidad de las diputaciones de los Estados. El artículo fue el siguiente:

'La votación para elegir presidente de la Unión, y la declaración del voto de cada Estado, se verificarán en todos ellos, respectivamente, en unos mismos días, los cuales serán señalados por una ley nacional'. (José M. Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", página 217).

"Pero todo esfuerzo quedó frustrado por el interés que el partido radical tenía en que se mantuviese incólume una Constitución que era el sancta sanctorum de sus ideas, y sin embargo, no podía ser legalmente ejecutada, ni dejaba de producir guerra civil casi permanente y la anarquía. En una ocasión (1874) llegó a estar aprobado por ambas cámaras un proyecto de muy importantes reformas constitucionales, solicitadas por cinco o más legislaturas; pero al votarse la ratificación, faltó el voto de Cundinamarca, porque dos de sus senadores se opusieron, contra el querer y las instrucciones de la legislatura que representaban. Cuando en 1884 un nuevo y poderoso movimiento de opinión solicitó otra vez la reforma de muchos artículos de la Constitución, y pareció indudable que la decretase, al reunirse el Congreso de 1885, una vasta insurrección radical estalló en toda la república; quedando comprobada, una vez más la imposibilidad de la reforma por medios pacíficos y con el concurso de todos los partidos'.

"Entretanto, la imposibilidad de gobernar sin gobierno, esto es, con un gobierno sin autoridad, ni fuerza, ni prestigio; la necesidad que tenía el poder ejecutivo de contar con el Senado, para gran número de nombramientos, y con ambas cámaras, para obtener el voto de los presupuestos y de las leyes, sobre pie de fuerza armada, así como de muy amplias autorizaciones; la renovación constitucional que cada dos años debía hacerse de todo el personal gubernativo y administrativo, como lo preceptuaba expresamente la Constitución; el ansia de los Estados de repartirse los bienes nacionales, y de muchos especuladores, de obtener subvenciones para toda clase de empresas, aun las

más extravagantes, o ficticias o desacordadas; los hábitos de empleomanía y despilfarro del Tesoro público que se habían adquirido; el poder que de hecho se proporcionaba el gobierno general, por medio de combinaciones en los Estados, tumbando o levantando gobiernos locales *todo esto había conducido a la práctica de un vergonzoso sistema de tráfico entre el gobierno federal y las diputaciones de los Estados; a un régimen de contratos de do ut des, fatio ut fatias, con el cual se reformaban las mayorías parlamentarias, se prodigaban al gobierno las delegaciones de facultades propias del Congreso, se repartían los empleos y se hacía de la administración pública un mercado. Tales eran los frutos de la Constitución, en los puntos de vista parlamentario, electoral y gubernativo; y fue cosa evidente que, para gobernar, era necesario violar aquella misma Constitución a cada momento.*

"Cuanto a las intervenciones, si con la ley de 1867 que las prohibía, se habían ejecutado varias en diversos Estados, el Congreso de 1876 la derogó simplemente, no para trazar al gobierno reglas de procedimiento equitativo que remediasen o conjurasen el mal de las insurrecciones, sino para dejarle el campo libre. Faltando toda regla, el gobierno general intervino en las contiendas domésticas de los Estados, cuando quiso y como quiso, según los intereses de partido, ya sosteniendo gobiernos, ya derrocándolos o ayudando sin embozo a derrocarlos. Así la ley sobre orden público de 1880, fue dictada por una experiencia de diez y ocho años de anarquía y de abusos, y una imperiosa necesidad de orden, regla, medida y estabilidad.

"Y la ley era tanto más necesaria, cuanto no era posible prevenir las insurrecciones, dada la libertad constitucional de posesión y comercio de toda clase de armas y municiones. *No solamente se había vuelto costumbre de los particulares el andar armados por todas partes de revólveres, puñales, cachiporras y bayonetas-sables (llamadas peinillas), sino que los armamentos eran asunto predilecto de todos los partidos. A más de los parques nacionales, cada Estado tenía el suyo o los suyos, a costa de enormes sacrificios; y cada partido tenía su armamento de guerra, cada caudillo su parque privado y oculto, y cada pueblo sus medios de apelar a las armas.* De ahí la facilidad con que estallaban dondequiera las insurrecciones, improvisándose batallones y guerrillas que hacían todo el mal posible. De ahí el hecho muy significativo de que, por ejemplo, en la guerra civil de 1876-1877 se hubiesen armado en pocos meses cosa de 62.000 hombres entre el gobierno general y sus contrarios, y en 1885 más de 50.000 sin contar escuadrillas fluviales y marítimas de ambos beligerantes, de no poca importancia.

"¿Qué estabilidad, qué orden, qué paz, qué gobierno ni qué seguridad de intereses ni de personas podía haber en un país condenado por sus mismas instituciones a los horrores del fraude electoral, de las vías de hecho y de la guerra? ¿A tal situación había llegado Colombia?" (José M. Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", página 218).

"Pero no era menos grave el aspecto social que el político. La libertad absoluta de la prensa y de la palabra, así como de la industria, estaba en posición abierta con la seguridad personal, con la propiedad, con la dignidad de las creencias religiosas y del culto, y con la libertad individual que la Constitución reconocía. En el orden político y social todas las concesiones al derecho que lo hacen absoluto o ilimitado, se contradicen y se destruyen recíprocamente. Esto es inevitable, porque si cada cual, en su respectivo modo de actividad, siente que puede obrar a su arbitrio, sin límite ni responsabilidad, seguramente ha de abusar contra el derecho ajeno. Donde todo es absoluto, en el orden social, todo es indefinido; y el derecho que no está definido y garantido con una sanción segura, es nulo, no existe, no es derecho, sino la anarquía en el abuso y la violencia.

"Así, con la libertad absoluta de la expresión del pensamiento, de palabra y por escrito, los ciudadanos pacíficos y honrados vivían en continua alarma y a discreción de los insolentes y matones; la prensa no tenía freno alguno en sus absurdas lucubraciones,

su desvergüenza y sus excitaciones al delito; la autoridad era de mil modos irrespetada y vilipendiada, y había caído en general menosprecio; la injuria y la calumnia se atrevían a todo sin respetar ni el santuario de la familia; la religión de todo pueblo colombiano era impunemente objeto de irrisión y befa; y en tanto que las sociedades secretas gozaban de toda seguridad y auge, el clero católico era perseguido y molestado por cien modos, sin que las garantías individuales fueran efectivas para ninguna comunidad religiosa. Por último, la corrucción de las costumbres era manifiesta". (José M. Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", página 218).

"¿Qué recurso quedaba al que se sentía atropellado en sus derechos o atacado en su honra o la de su familia? Apelaba, para su defensa, al revólver, al sable, al rifle, al palo o al látigo, tratando de hacerse justicia por sí mismo; y de ahí resultaban frecuentísimas y escandalosas escenas de violencia en calles y plazas, fondas y garitos, teatros y caminos públicos, así como de los comicios populares, en las barras de los congresos y legislaturas y hasta adelante de los tribunales y juzgados. Las riñas, los duelos, los homicidios y asesinatos y vías de hecho se volvieron rasgos permanentes de nuestra sociedad; y como el germen de todos estos atentados estaba en la impunidad constitucional de los abusos que lo motivaban, a su vez las autoridades aseguraban la impunidad de los duelistas, vapuladores y alborotadores, y los jurados absolvían a los homicidas y asesinos". (José M. Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", página 220).

"Así se hallaban las cosas (bien que a pesar de todo se notaba algún progreso en el movimiento económico y literario de Colombia, gracias a la buena índole de la sociedad y a sus recursos naturales y resortes de sana actividad), cuando los acontecimientos políticos que se enlazaron durante las administraciones Núñez (1880 a 1882), Zaldúa (1882), y Otálora (1883), arrastraron la república a gravísimas complicaciones y muy serios peligros, causando suma recrudescencia en la exaltación de los ánimos. Ardiente fue la lucha electoral de 1883, y de ella resultó la reelección popular del doctor Rafael Núñez, debida a la alianza de los partidos conservador e independiente contra el radical. *Irritóse éste, por extremo, de su derrota, y todos sus actos tendieron a preparar una nueva guerra civil y provocarla, contando con elementos que podían ofrecerle casi todos los Estados, y principalmente los de Antioquia y el Tolima, Bolívar y Santander y aun Boyacá.* Al cabo, la insurrección comenzó en Santander y Cundinamarca, en connivencia con los gobiernos del Tolima y Antioquia, a fines de 1884, y en breve se generalizó. El radicalismo quiso jugar el todo por el todo, cuando, si hubiera sabido esperar y obrar con calma y previsión, habría podido señorearse, por otros caminos, de cinco o seis Estados, y por lo tanto, de la nación entera.

"¿A qué narrar, ni sucintamente siquiera, los sangrientos episodios de la última guerra civil, que asoló a Colombia, principalmente en el año de 1885? Sobrado recientes son los acontecimientos; y a más de la notoria conveniencia que hay de apaciguar los ánimos, no es pertinente la narración de sucesos militares en una reseña histórica que solamente se refiere a las vicisitudes del derecho constitucional en Colombia. Limitémonos, por lo tanto, a considerar los hechos que han conducido directamente a operar en la república una sustancial modificación de aquella parte del derecho Colombiano, fundamental de todos los cambios producidos en la legislación.

"La historia del cuarto de siglo transcurrido desde que se fundó la federación y los Estados proclamaron su soberanía, puede sintetizarse en estas dos proposiciones:

"Primera. *Dado el error capital de disociar la república, dividiendola en estados soberanos la nación que había sido una, es incuestionable que la Constitución de 1863, expedida para organizar la unión federal y 'asegurar (que se decía entonces) las conquistas del liberalismo', es una de las más claras, mas lógicas, y metódicas, mas perfectas que se han dado entre los pueblos de organización federal.*

"Segunda. *Bajo el imperio de esa Constitución, fueron nulas casi todas las garantías individuales que ella quiso asegurar; fue imposible el mantenimiento de la paz; no fueron realmente soberanos los Estados, ni éstos representaron la soberanía nacional; y las más preciosas libertades públicas o colectivas se quedaron escritas, o fueron audazmente atropelladas o no pudieron ser efectivas.*

"¿Qué prueba este paralelismo de verdades políticas; este contraste entre la relativa excelencia de la Constitución (para su objeto), y la miserable situación que se produjo en Colombia, más o menos agravada desde 1863 hasta 1885? ¿Prueba que los gobernadores eran todos perversos corrompidos y corruptores? No; puesto que es notorio que muchos de ellos pertenecientes a distintos partidos políticos fueron inteligentes y honrados, patriotas y bien intencionados.

"¿En dónde, pues, estaban la incapacidad y la corrupción? ¿Acaso en todo los pueblos de Colombia? Menos aún; que tres cuartos de siglo de lucha, vicisitudes y vida republicana han patentizado la clara inteligencia de los colombianos, y las altas virtudes que son capaces de comprender y practicar".

"Entonces ¿dónde residía el mal? ¿Dónde la causa de que unas instituciones sabiamente calculadas para hacer funcionar la federación, solamente produjeran errores y violencias, antinomias y miserias? Estaba en la federación misma; en la imposibilidad histórica, moral, política y material de hacer vivir en paz y prósperamente, dividida en nueve Estados soberanos, una nación creada, formada, organizada y mantenida, hasta 1855, para existir y desarrollarse en la unidad política, en la confraternidad de sus pueblos, y en la mancomunidad de los sus intereses sociales". (José M. Samper, "Derecho Público Interno", página 221).

"El poder ejecutivo, en apariencia, sometía a la aprobación del Senado los nombramientos que podía hacer libremente. Pero esto, en realidad, nada valía, porque, en cambio las resoluciones aprobatorias del Senado, fácilmente corruptible, el gobierno otorgaba a los senadores empleos, para ellos o sus protegidos, gastos, subvenciones para los Estados, distritos compañías etc., y todo linaje de favores.

"Ninguna ley llegó a decir: 'se delegan al poder ejecutivo tales o cuales funciones propias del Congreso'; y sin embargo, las delegaciones evidentes fueron innumerables desde 1863 hasta 1884, en la forma de autorizaciones ilícitas para crear empleos y señalarles dotaciones, para crear y organizar impuestos, para imponer penas, para modificar el crédito público, para aumentar el pie de fuerza armada, para hacer gastos ilimitados, y para celebrar contratos sin verdadera fijación de estipulaciones, y sin someterlos a la probación del congreso.

"La Cámara de Representantes jamás representó al pueblo colombiano, sino a los Estados, ya porque las elecciones se hicieron siempre por Estados y exclusivamente dentro de ellos; ya porque no había en la Unión reglas comunes sobre el sufragio; ya, en fin, porque cada Estado imponía únicamente su legislación y sus escrutinios, en materia de elecciones.

"La guerra fue hecha por el gobierno general a los Estados, de hecho y a su arbitrio, cada vez que le pareció convenir a sus intereses sin hacer caso alguno del artículo 19 de la Constitución; y de ello dieron la prueba los sucesos de Panamá (en 1865), de Cundinamarca y el Tolima (en 1868), de Boyacá (en 1871), de Cundinamarca, Bolívar, el Magdalena y Panamá (en 1875), del Tolima y Antioquia (en 1876 y 1877), del Magdalena y Antioquia (en 1879), y de algunos otros años, en diversos Estados. *El artículo 91 servía para dejar derrocar, o derrocar directamente los gobiernos que no gustaban, o*

sostener a los que eran adictos por entero al Gobierno General. Y de este modo se respetaba el principio federal de la obligatoria neutralidad en las contiendas domésticas de los Estados.

"El tesoro federal fue un mercado, una feria. De él se dispuso arbitrariamente, contra los mandatos de la Constitución, para monopolizar la dirección de la enseñanza pública, para otorgar innumerables pensiones y condonaciones de deudas, para proteger empresas públicas o de particulares, muchas de ellas ficticias, para conceder exenciones de impuestos, y para repartir, como bienes de una herencia abandonada, los edificios, minas, tierras y demás bienes de la nación.

"No obstante la prohibición de legislar sobre materias que expresa, especial y claramente no fuesen de la competencia del gobierno general, se dieron muchas leyes sobre organización y dirección, exclusivas, de la instrucción pública, sobre apertura de caminos y construcción de ferrocarriles y otras obras, sobre concesión de pensiones y gracias, y hasta sobre religión y servicio de los ministros de los cultos.

"Los presupuestos eran fijados anualmente, conforme a la Constitución; pero jamás fueron respetados por el gobierno, ni por las cámaras, y arbitrariamente se alteraban las rentas de aduanas y salinas, y se hacían gastos no apropiados en las respectivas leyes, o en mayor cantidad que los apropiados.

"Seguramente por leyes de efecto retroactivo, no habían de entenderse las ejecutivas y procesales, que no afectaban a derechos adquiridos. *Pero sí se dieron muchas leyes y decretos de esta última clase, principalmente en materia de crédito público, que violaron los más claros derechos preestablecidos y tendieron a conculcar los efectos de hechos consumados. Para esto y otros abusos, se inventó lo de 'la verdad en la deuda pública', y se dieron inicuas leyes sobre desamortización de bienes.*

"Cuando ocurrieron guerras civiles, el gobierno aplicó, según su conveniencia el artículo 91 de la Constitución. Trataba a sus adversarios en armas, unas veces como a beligerantes, y otras como a rebeldes; de suerte que lo del régimen especial del derecho de gentes era una ficción. Aun las personas neutrales, las más inofensivas, eran tratadas como enemigas, para vejarlas y arruinarlas, y las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas se reducían a meras teorías constitucionales.

"¿Por qué todo esto? volvemos a preguntar. No precisamente por iniquidad, ni corrupción, ni amor a la violencia o a las violaciones del derecho; sino por imposibilidad de hacer funcionar correctamente una Constitución que no armonizaba con las tradiciones, las necesidades sociales, los hábitos ni el espíritu de los colombianos. *Las instituciones impuestas desde 1863, y en virtud de ellas, eran cuadernos o libros oficiales, de forma legislativa, pero no eran verdaderas leyes; y no tenían este carácter porque no eran la expresión real de las fuerzas directivas y orgánicas de nuestra sociedad. ¡De ahí el que se produjeran antagonismos y contradicciones, inseguridad y conflictos frecuentes, incertidumbres, obscuridad y trastornos, el caos en todo!.*

"Eso ha sido la federación, y tal será (como lo ha sido desde 1811) la suerte de Colombia, siempre que los legisladores y gobernantes obren contra la necesidad de conciliar dos casos imperiosos inseparables, a saber:

"La unidad política o de soberanía, con fuerza suficiente en la autoridad para mantener el orden y proteger y hacer efectivas la libertad del individuo y la estabilidad colectiva, y

La mayor suma posible de descentralización administrativa, para dar vida y contentamiento a los intereses locales, y educar con acierto la democracia colombiana". (José M. Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", página 225).

"Mucho se ha discutido y se discute en el mundo sobre la verdadera significación del sufragio; sobre lo que constituye realmente el gobierno democrático; sobre lo injusto del gobierno exclusivo de las mayorías, que no viene a ser sino el de los partidos, y sobre los diversos inconvenientes que ofrece toda elección, si el escrutinio ha de hacerse de la manera comúnmente practicada. Ya se reconoce universalmente la justicia y conveniencia de dar representación parlamentaria a las minorías: y no solamente grandes pensadores y sociedades científicas, sino también congresos libres especiales, y *aun cuerpos de legisladores, se han ocupado en la resolución del problema, excogitando diversos medios para obtener que las mayorías y las minorías sean simultáneas y proporcionalmente representadas en las cámaras o corporaciones legislativas.* De estos medios los más acreditados y que parecen más practicos son cuatro, a saber:

"1o. El de la elección única, por circunscripciones electorales de territorio continuo con población numéricamente igual en lo posible, de manera que se elija un representante o diputado por cada circuscripción;

"2o. El de la votación total o colectiva, con escrutinio de lista, pero incompleta de modo que para elegir el número de los elegibles, y se declare la elección en favor de todos los que han obtenido la mayoría relativa, hasta el completo de los que deben ser elegidos;

"3o. El de la votación total y en escrutinio de lista, pero como voto acumulativo, de tal manera que cada sufragante pueda acumular, si quiere, todo voto sobre un solo candidato, repitiendo el nombre de éste tantas veces cuantas sean necesarias para completar el número de los elegibles, y

"4o. El de la votación limitada y distributiva, según la cual los votos de cada lista, después de asegurada la mayoría de cada candidato hasta cierto número (el mayor de los elegibles) pasan a figurar en favor de otros candidatos de las minorías, o son desechados para que puedan distribuirse algunos de los elegibles, proporcionalmente, entre esas minorías.

"A. *De todos estos procedimientos, el más común, el que prima generalmente en los países que tienen gobierno representativo, es el primero y desde luego se contrapone al de simple escrutinio de lista en votación total que es el peor de todas. Colombia ha practicado siempre, hasta 1884, este sistema que daba en cada círculo, provincia o Estado, a un solo partido triunfo exclusivo, mediante la elección íntegra de los diputados, por el voto de la mayoría. Este modo de elección, cuyos resultados han sido funestos, no ha podido ser implantado en Francia en estos tiempos, es rechazado en Inglaterra y en muchos Estados constitucionales, y ha sido proscrito por la Constitución Colombiana de 1886.*

"B. El segundo de los medios indicados es halagador a primera vista, por su sencillez; pero a poco que se medite en su estructura, se echa de ver que carece de base justa. Nosotros mismos llegamos a encarecerlo como acertado, preocupados con el buen deseo de asegurar sencillamente representación a las minorías; pero una reflexión más dura nos hizo comprender que la base del procedimiento es falsa.

"Cuando se va a verificar una elección y se abren los comicios populares, no hay nada conocido, en cuanto al estado de las ideas, opiniones y voluntades; en todo hay una incógnita, y precisamente para conocer las opiniones y voluntades y darles representación se ocurre al sufragio popular. No existe por lo tanto, a priori, ningún dato que indique en qué proporción están los ciudadanos electores clasificados entre los diversos partidos, ni hay modo de saber cuales de estos partidos son mayorías o minorías. Ni siquiera se sabe, ni se puede saber cuantos electores concurrirán a los comicios, ni

cuantos de los miembros de los diversos partidos serán calificados como aptos para sufragar. Mucho menos puede saberse a priori nada de esto cuando se expide la ley sobre elecciones que regulariza el ejercicio de la función del sufragio; y si después de hecha una votación se sabe aproximadamente en qué proporción general se hallan los electores de los diversos partidos, es evidente que al cabo de poco tiempo esa proporción se ha modificado de un modo incalculable.

"Siendo esto así ¿qué base puede tener el legislador para calcular la proporción de los partidos? *Si se han de elegir en cada departamento nueve diputados, por ejemplo, ¿hay base cierta para adjudicar a la mayoría 5, 6 ó 7 de los elegibles, y las minorías asegurarles la elección de 4, de 3 ó de 2? La base de distribución falta por completo. En un departamento puede haber solo un partido, o casi uno solo, y sería inicuo privarle de la totalidad de la representación; en otro puede un partido contar con los dos tercios de los votos, y no sería justo darle solamente la mayoría absoluta de la representación y en otro, en fin, podrá un partido tener de su parte la mayoría absoluta solamente, mientras que la minoría está dividida entre dos, tres o más partidos desiguales, y, por lo tanto habiendo varias minorías, no es justo dar a una sola el resto de la representación".*

"C. Para obviar estas dificultades se propone el voto acumulativo. Así si se trata de elegir nueve diputados en un departamento, en vez de votar en lista por nueve candidatos, se permitirá que cada elector repita o acumule sus votos como quiera, verbigracia votando tres veces por sólo tres candidatos o cinco veces por uno y cuatro por otro, o nueve veces por uno solo. De esta suerte resultará que, si bien los que están en mayoría elegirán cinco de sus candidatos, si votan sin discrepancia alguna, los de las minorías elegirán algunos diputados mediante la acumulación de votos.

"Pero desde luego ocurre contra este sistema una objeción capital. Sufragio quiere decir emisión de voluntad, y esta voluntad no puede referirse racionalmente sino a la representación que es materia de elección y mandato si un pueblo (departamento, distrito electoral o lo que se quiera) es llamado a elegir nueve ciudadanos que lo representen, su conciencia y su voluntad se refieren a esos nueve, no a uno solamente ni a dos, y el mandato que da es uno solo, para que lo ejerzan nueve mandatarios, cosa totalmente distinta de dar nueve mandatos a un solo mandatario. Si esto fuera racional, en justa y lógica proporción podría ser elegido por voto acumulativo votar en la cámara como nueve diputados, o con la autoridad, en cada caso, de nueve mandatos. Es más: en todo acto concreto, ningún hombre puede tener más de una voluntad, 'nueve voluntades simultáneas respecto de un hecho, son un absurdo en cada persona. Y si el hecho de que trata es la delegación del ejercicio de la soberanía ningún elector o sufragante está en capacidad de delegar nueve veces esa soberanía a un solo representante, cuando de lo que se trata es de delegarla una sola vez a nueve personas que componen la representación legal'.

"D. Si el sistema del voto acumulativo en lista no resiste al examen, tampoco resiste el cuarto medio indicado. Fuera del grave defecto de la compilación de operaciones, muy ocasionada a fraudes, o a errores, o a incertidumbre en los resultados, el procedimiento tiene por base una ilógica distribución de la minoría de representación entre las minorías de sufragantes. *Si el principio de la representación de las minorías tiene su base en la justicia, no hay razón para que solamente dé derecho al triunfo, siquiera relativo, la plenitud del cociente electoral. Nos explicaremos.*

"La cuenta que se hace es la siguiente:

"Si han votado verbigracia 46.000 electores, por lista de 9 candidatos, no se cuentan individualmente los 46.000 nombres o votos detallados, para escrutar el resultado, sino que, dividiéndose el total de 46.000 voluntades por el número de los elegibles, se saca el

cociente, que es 5.110, y este guarismo, que se llama cociente electoral, es la única base de la elección. Todo candidato que ha obtenido este cociente, es elegido, pero con limitación para los candidatos de la mayoría. Supongamos, pues, que, concurren a votar 46.000 sufragantes, los cuales votan sin discrepancias por sus nueve candidatos, y que esos sufragantes pertenecen a cinco partidos o fracciones, distribuyéndose los votos así:

El partido A	23.500
El partido B	10.500
El partido C	6.000
El partido D	5.250
El partido E	0.750
Total de votos	46.000

"Según la artificial combinación imaginada, como 5.110 caben solamente cuatro veces en 23.500, los que forman la mayoría absoluta (más de la mitad de 46.000) no obtienen sino 4 diputados; los de la más alta minoría obtienen 2, porque 5.110 caben 2 veces en 10.500; los de las dos siguientes minorías obtienen de a 1 diputado, por cuanto cada parcialidad dio más de 5.110 votos; y sobran los votos del quinto partido, que nada valen, y las fracciones de los otros. Pero ¿a quién se le adjudica el noveno diputado? Acaso, mediante otro artificio, se le concede, faltándose al principio de representación distributiva, al partido que obtuvo mayor sobrante de votos, aun cuando no haya alcanzado a cubrir así el cuociente electoral.

"Prescindiendo de las muchas dificultades aritméticas y de justicia que pueden ocurrir en la aplicación del sistema, desde luego ocurre preguntar: ¿Qué fundamento científico, o filosófico o moral hay que sirva de regla eso que se llama el cociente electoral? ¿Por qué una cuestión de intereses sociales, de representación de intereses y voluntades, de confianza para dar un mandato, se ha de sujetar a la operación aritmética de dividir el número de los electores por el de los elegibles, y adoptar el cociente que resulte como base única de la elección? Y si nueve candidatos de una sola lista han obtenido este conciente más de cuatro veces, ¿por qué no les han de contar dos votos, una vez que los llenan, sino que prescinde de ellos (que constituyen mayoría absoluta y gran mayoría relativa), sólo por el gusto de distribuir gran parte de la representación entre las minorías? ¿Acaso las minorías por el hecho de llegar a cierto número tienen derecho de representación? ¿Y lo han de tener a expensas de la justicia que asiste a las mayorías?

"Muchas otras interrogaciones se podrían formular, y cada una de ellas bastaría a poner de manifiesto que el sistema del cociente electoral es contrario al sentido común y no se apoya en principio alguno de justicia. Si en cada localidad la minoría ha de tener derecho a la representación cada cuerpo representativo será una torre de Babel política. Si la representación de las minorías se funda en la justicia y la conveniencia, no hay razón para negarla a ninguna fracción o minoría, por insignificante que sea; y en este caso, se cae en el absurdo, en lo imposible, pues no hay modo de distribuir en proporción aritmética la representación. Si todas las voluntades se emiten en lista no hay razón para dislocar una lista, privando de gran número de sus votos a los candidatos, dado que el acto de voluntad de los electores es indivisible. Y en fin si el cociente electoral es justo por sólo ser matemático, mayor justicia contiene la cantidad de que es componente la mayoría del total.

"E. *Contra este cúmulo de errores y dificultades se presenta un hecho claro y sencillo: la natural formación y distribución de las ideas, aspiraciones y opiniones entre los diversos grupos sociales (ciudades, villas, municipios, aldeas, etc.), según la radicación de los intereses, la influencia de los climas, los temperamentos, razas, variedades y*

caracteres, el grado de ilustración popular, las tradiciones políticas y locales, la industria y riqueza de las poblaciones, y otras circunstancias. De todo esto se deriva una gran variedad en la apreciación de los intereses políticos, en la dirección que se da a los partidos, en la combinación de los intereses locales con los nacionales, y en todo aquello que contribuye a formar opiniones individuales y a darles cierta cohesión que las vuelve colectivas. Por lo tanto, si de suyo hay variedad y divisibilidad de opiniones, en todo un Estado, y de suyo ellas se condensan de un modo especial en grupos homogéneos de población, es patente que estos grupos son la base natural de toda representación sana, justa y verdadera. Y así mismo, si la justicia consiste en la igualdad de representación, según las voluntades, es obvia la necesidad de adoptar una base común de población, y es justo que donde quiera que esta base exista, allí se manifieste por igual la votación que sirve para constituir el mandato representativo.

"De ahí deducimos que lo único racional, práctico y equitativo es buscar a los ciudadanos en los centros o agrupamientos sociales, allí asegurarles representación, pedirles que con sus sufragios la constituyan, ora conforme a sus ideas políticas, ora modificándolas a los intereses predominantes o las necesidades que más les afecten. Este es el sistema adoptado en Inglaterra, Bélgica y Holanda, en Francia, Italia y España, y generalmente en Europa, así como en varias de las repúblicas americanas; y él conjura igualmente la iniquidad del simple escrutinio de lista, así como las injusticias, extravagancias, arbitrariedad y compilación de los demás sistemas imaginados. Por primera vez, la Constitución actual en Colombia ha establecido la elección de los representantes por circunscripciones o distritos electorales. Conforme a ella, los departamentos deberán ser divididos en distritos de 50.000 almas, compuestos de municipios que formen territorio continuo, inalterables en tanto que el censo de población no haga necesario el modificarlos, para asegurar la justicia en la representación. Como los partidos se modifican según los intereses, las influencias topográficas y muchas otras circunstancias, es seguro que las mayorías y las minorías serán simultáneamente representadas con la elección uninominal por distritos electorales. No las minorías parciales de cada distrito, pero sí las de toda la nación, que si en unos círculos no podrán triunfar de la mayoría, en otros se convertirán de minorías en mayorías.

"Pero pueden ocurrir dos dificultades: o que haya ciudades o distritos municipales que por sí solos pueden formar uno o más distritos electorales, por contener 50.000, o 100.000 o más almas; o que, hecha la distribución de algún departamento en círculos electorales de a 50.000 almas, poco más o menos, quede un sobrante de población considerable. Los dos casos están previstos en los párrafos tercero y cuarto del artículo 178. En el primero, no se divide la localidad, porque esto, a más de dislocar sus intereses y opinión, ofrecerá graves dificultades en la práctica; sino que se forma un solo distrito electoral, y este elige los representantes que según su población le corresponden. En el segundo caso, si el exceso de población de un distrito electoral, o de varios distritos municipales no comprendidos en alguno, alcanza a pasar de 25.000 almas, este sobrante da derecho a elegir un representante más, por cuanto contiene la mayoría del guarismo de 50.000 fijado como base.

"F. La parte puramente doctrinaria de nuestro comentario, en este delicado asunto, nos ha distraído del comento especial de un párrafo muy importante (el segundo) del artículo 178. Volvamos a él. Dice este párrafo: 'compete a la ley, o, a falta de ésta, al gobierno, hacer la demarcación a que se refiere el párrafo anterior'; esto es la demarcación de distritos electorales para la elección de los representantes.

"Es esta disposición, en cuanto habla del gobierno, una de tantas larguezas que hubo en la Constitución, en el sentido de extender con exceso la autoridad del poder ejecutivo. Nada es más peligroso que dejar al gobierno la facultad de establecer a su arbitrio las demarcaciones electorales. El gobierno tiene siempre grande interés en

ganar las elecciones, y fácilmente puede torcer los resultados naturales del sufragio, por medio de demarcaciones artificiosas o acomodaticias del círculo o distritos electorales. Conviene que solamente la ley haga tales demarcaciones.

"Se comprende que, por la situación difícil en que se hallaba la república, cuando se expidió la Constitución, se hubiese adoptado una disposición, entre las transitorias, que autorizase al gobierno para hacer, por la primera vez, las dichas demarcaciones, caso de que el Consejo Legislativo fuese incompetente para dar una ley sobre la materia, o le faltase tiempo para ello. Pero la autorización, a falta de ley, ha quedado consignada entre las disposiciones permanentes. *Para remediar este mal, todo cuerpo legislativo que obre con verdadera independencia y patriotismo, debe imponerse el trabajo de dar una ley, cuando se necesite, sobre demarcación de distritos electorales, y no dejar este gravísimo asunto al arbitrio del gobierno*". (José M. Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", página 584).

"El mayor de los escándalos a que dio ocasión el régimen federal en Colombia —esto es, la completa irrisión del sufragio— provino de que en todas partes el interés de partido fue la regla predominante, así en las leyes como en las costumbres electorales. En cada Estado había un partido que trataba de erigirse en oligarquía permanente, y hacía servir a sus fines egoístas las leyes relativas al sufragio y todas las prácticas electorales. Cada partido derrotado en las elecciones, sintiéndose tiranizado, vencido por el fraude o la violencia, no por una mayoría legítima, apelaba a la insurrección, cuando no entraba, a su vez, por el camino de los fraudes. No había legislación electoral uniforme: cada Estado estatuía a su arbitrio lo que en esta materia parecía convenir más a los fines de un partido; y no había un poder moderador que regularizase el sufragio y lo sometiese a una fiscalización correctiva.

"La constitución de 1886 ha definido y clasificado el sufragio y la representación en sus diversas escalas; ha determinado claramente a quiénes corresponde ejercer la función electoral; ha impuesto reglas generales para toda la república, y ha dejado a la ley, que sólo es nacional, el cuidado de desarrollar los principios comunes adoptados. Pero en vano se establecerá todo esto, si la legislación no arbitra medios seguros de prevenir y corregir el fraude y la violencia, de tal manera que el sufragio no sea una burla. Para esto dispone la Constitución que haya jueces de escrutinio, no con el carácter de jurados que decidan de hecho y arbitrariamente, según el interés de los partidos, sino con el de jueces de derecho, sujetos a la ley, estables y seguros, encargados de decidir las cuestiones que se susciten sobre la validez o nulidad de las actas de escrutinio, de las elecciones mismas, o de determinados votos. Y no solamente aquellos jueces han de ser de derecho, como garantía para todos, sino que estarán sujetos a responsabilidad, como lo está todo juez o magistrado que falla contra la justicia en cualquiera causa. En cuanto al tiempo que hayan de durar aquellos jueces el modo con que sean nombrados, toca a la ley determinarlos".

"Una vez que tales prescripciones se cumplan, el sufragio será una verdad: tendrá segura independencia, contará con la garantía del poder judicial, que no es la de jurados de partido; tendrá una sanción en la responsabilidad de los jueces de escrutinio; y afirmado sobre la sólida base de la legalidad, conjurará las apelaciones a las armas, de los partidos vencidos en los comicios y asambleas electorales, por cuanto los vencedores no fundarán su autoridad en la violencia o en el fraude, sino en limpias decisiones que llevarán el sello de la cosa juzgada".

'Artículo 181. La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones definirá los delitos que menoscaben la verdad y libertad del sufragio y establecerá la competente sanción penal'.

"Complemento necesario del artículo anterior es el presente, pues deja al legislador el cuidado de reglamentar todo lo demás que sea concerniente a las elecciones y escrutinios; y no simplemente para perfeccionar este asunto con reglas complementarias, sino con un fin principal y preciso: con el de asegurar la independencia de unas y otras funciones, esto es, las electorales, y las de escrutinios, que son complemento. A llenar este fin han de contribuir las disposiciones que definan los delitos con cuya comisión se menoscabe de algún modo la libertad y la verdad del sufragio (violencias o coacciones y fraude), y las que establezcan la competente sanción, o sea el cúmulo de penas con que aquellos delitos sean severamente castigados. Si esta sanción se hace efectiva; si son acertadas las precauciones que se arbitren para asegurar la libertad y la verdad del sufragio, éste será un verdadero elemento de orden y justicia, de gobierno republicano, y la república tendrá su más sólida base en la opinión de los ciudadanos, patrióticamente formada y libremente emitida. La estabilidad de la paz pública tendrá su asiento en el sufragio, porque éste contará con la seguridad que emana de la legalidad perfecta". (José M. Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", página 591).

Como fácilmente se observa, tampoco la Constitución de 1886 garantizó la representación de las minorías en cuanto al derecho del sufragio, lo reglamentó en forma restringida tanto en razón de las condiciones que exigía para ser elector, como por los diferentes grados de elección que creó.

b) Es el artículo 4o. del Acto Legislativo Número 8 de 1905, el primero que consagra la representación política de las minorías.

"Artículo 4. En toda elección popular que tenga por objeto constituir Corporaciones públicas y en el nombramiento de Senadores, se reconoce el derecho de representación de las minorías, y la ley determinará la manera y términos de llevarlo a efecto".

c) En el mismo sentido, el artículo 7o. del Acto Legislativo Número 9 de 1905.

"Artículo 7. En la elección de diputados a la Asamblea Nacional regirán las disposiciones legales prescritas para que tengan representación las minorías".

d) El Acto Legislativo Número 3 de 1910, ya en forma más clara y terminantemente, *consagra la representación proporcional de los partidos.*

"Artículo 45. En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema de voto incompleto, o del cociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho".

e) La norma anterior quedó igual en la Codificación Constitucional de 1936, como artículo 173, pues no fue objeto de reforma.

f) El artículo 77 del Acto Legislativo Número 1 de 1945, modificó ligeramente el texto del artículo 173, así:

"Artículo 173. Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una Corporación Pública, se empleará el sistema del cociente electoral y otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos, la ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho".

Luego, en la Codificación oficial que se hizo, quedó como artículo 172 de la Carta.

g) En la reforma plebiscitaria de 1957 se introdujo la siguiente modificación transitoria:

"2o. En las elecciones populares que se efectúen para elegir Corporaciones Públicas hasta el año de 1968, inclusive, los puestos correspondientes a cada circunscripción electoral se adjudicarán por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y liberal. Si hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste correspondieren, fuesen más de dos, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido. En las elecciones que se hagan durante el período a que se refiere este artículo, en todas las circunscripciones electorales se elegirá un número par de miembros de las Corporaciones Públicas. Para obtener ese resultado se observarán las normas constitucionales que fijan el número de miembros de tales entidades, pero aumentando un puesto cuando quiera que él sea impar. Ningún Departamento con más de un millón de habitantes podrá tener menos de diez senadores y menos de doce representantes".

h) El anterior artículo, por virtud del artículo 6o. del Acto Legislativo Número 1 de 1959, debía regir hasta 1974, inclusive, pero fue sustituido por la reforma de 1968.

1) Dispuso el artículo 50 del Acto Legislativo Número 1 de 1968, que el artículo 172 de la Constitución Política, quedará así:

"Artículo 172. *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.*

"El cuociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer.

"Si se tratare de la elección de sólo dos individuos, el cuociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer, más uno.

"La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos.

"Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos en orden descendente".

"Parágrafo transitorio. En las elecciones para senadores y cámara que se realicen en el año de 1970, y en las que estas corporaciones efectúen hasta el 19 de julio de 1974, si hubiere dos o más listas de un mismo partido y los puestos que a éste correspondieren fueren dos o más, se aplicará para adjudicarlos el sistema de cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido.

"En las elecciones para asambleas departamentales y concejos municipales que se verifiquen a partir del 1o. de enero de 1970, y en las de senado y cámara de representantes, a partir del 1o. de enero de 1974, dejará de regir la regla transitoria sobre composición paritaria de dichas corporaciones y, en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos (artículo 50 del Acto Legislativo número 1 de 1968)".

j) Desde 1910 hasta 1957, el constituyente fue claro:

1. Se garantizaba la representación proporcional de los partidos; y

2. Para lograrlo se dejaba libertad al legislador para establecer cualquier sistema, el de voto acumulativo o el de cuociente electoral o cualquier otro.

Lo terminante y obligatorio era la regla de respetar y asegurar la representación proporcional de los partidos.

Esto implicaba la obligación de establecer la proporción aritmética entre el volumen total de votos emitidos y el número de puestos a elegir, para determinar cuantos correspondía a cada partido y luego adjudicar tales puestos a las diferentes listas de cada partido, con el cuociente electoral o el sistema previsto en la ley.

k) La reforma plesbiscitaria de 1957 sustituyó la PROPORCIONALIDAD DE LOS PARTIDOS POR LA IGUALDAD DE LOS PARTIDOS CONSERVADOR Y LIBERAL.

Establecida transitoriamente la igualdad de los partidos, la norma constitucional, en forma explicita para no dejar nada a la ley, estableció la manera de aplicar el cuociente a las listas de cada partido.

Es decir, sabido el número de puestos que corresponde a cada partido (proporcionalidad, igualdad, tercera parte etc.) tales puestos se adjudican con aplicación del cuociente electoral o de los mayores residuos dentro de las listas de cada partido.

l) Desde 1974 para Congreso y desde 1970 para Asambleas y Concejos Municipales, dejan de regir las reglas transitorias y queda la contenida en el artículo 173 sobre garantía de la representación proporcional de los partidos y adjudicación de los puestos a las listas respectivas, mediante el cuociente electoral.

1. Para garantizar la representación proporcional de los partidos, la formula matemática es elemental y conocida, como formula matemática o aritmética de las proporcionalidades una simple regla de tres.

Si a tantos votos válidos emitidos corresponden tantos puestos por proveer, a tantos votos de tal partido, corresponden tantos puestos.

Por lo demás, la ley electoral está montada sobre la existencia de los partidos, hasta el punto de exigir el juramento en la inscripción, de pertenecer a un determinado partido o movimiento.

2. Determinada la proporción, se determina el cuociente electoral en la forma prevista en la Constitución: número total de votos emitidos, individuos por el número de puestos a proveer. El resultado es el cuociente electoral.

3. Determinado el cuociente electoral se aplica a las distintas listas de cada partido o movimiento hasta obtener la adjudicación de los puestos que le corresponden según la proporcionalidad establecida.

m) Sólo con las normas anteriores y con su recta interpretación, se garantiza la regla de oro de la democracia: el principio de que a más votos mayor representación.

Y si bien es cierto que los partidos políticos no están institucionalizados, ya se vio como desde 1910 el constituyente no sólo reconoce su existencia sino que edifica sobre ellos la representación política.

1. Y en el Acto Legislativo Número 1 de 1959, se exige (artículo 2) que la persona que de conformidad con los artículos 124 y 125 de la Carta deba reemplazar al Presidente de la República debe ser de su misma *"filiación política"*.

2. Y en el mismo sentido, el artículo 20 del Acto Legislativo Número 1 de 1977, hoy inciso 4o. del artículo 124 de la Carta, dice:

"La persona que de conformidad con este artículo, reemplace al Presidente, pertenecerá al mismo partido de éste".

3. Y dice el artículo 173 de la Carta (artículo 59 del Acto Legislativo Número 1 de 1945):

"Artículo 173. Para los efectos del artículo 172 de la Constitución, la Corte Suprema, al elegir magistrados de Tribunal, el presidente al nombrar fiscales de tribunales, y el procurador al nombrar fiscales de los juzgados, tendrán como base la proporción en que estén representados los partidos en la respectiva asamblea departamental. La ley reglamentará la manera de hacer la elección (artículo 59 del acto legislativo número 1 de 1945)".

Nunca hubo problema en la interpretación de esta norma. Averiguada la proporción en que los partidos políticos estaban representados en la respectiva Asamblea Departamental y conocido el número de magistrados o de Fiscales a elegir se determinaba mediante la regla de tres o proporción aritmética, el número de cargos que correspondía a cada partido político.

n) Y, así, por lo demás, lo ordena el artículo 12 de la Ley 96 de 1929:

"Artículo 12. Esta ley y la 85 de 1916 serán interpretadas y ejecutadas por las autoridades y Corporaciones que deban darles cumplimiento o intervención en su ejecución, en el sentido de acatar, en todo caso, la letra y el espíritu del artículo 45 del acto legislativo Número 3 de 1910, que establece la representación proporcional de los partidos ...".

ñ) No hay duda, pues, lo primero que el Constituyente garantiza es la REPRESENTACION PROPORCIONAL DE LOS PARTIDOS.

Y luego garantiza la ADJUDICACION DE LOS PUESTOS A LAS DISTINTAS LISTAS DE CADA PARTIDO SEGUN EL CUOCIENTE ELECTORAL.

Así lo demuestra el texto claro y expreso del artículo 172 de la Carta y así, igualmente, queda demostrado con la evolución histórica de la reglamentación constitucional.

Tan pernicioso es desconocer la representación de las minorías como la de mimetizar o disminuir la representación de las mayorías.

La regla de oro no es otra que la de: a mayor votos mayor representación.

Y así por lo demás, lo aconseja la lógica, pues si los partidos son organizaciones programáticas, con principios filosóficos y políticos precisos y con programas así sean esquemáticos, resulta obvio que su división en listas no significa repudio o apostasía frente a tales principios aglutinantes sino preferencias entre candidatos, pero en forma tal que el fracaso de la lista preferida no impida la elección de otra lista del mismo partido.

Lo contrario sería sostener que se prefiere el triunfo del partido adversario, antes que el triunfo de otra lista del propio partido.

o) No puede funcionar una democracia en la cual es posible que la totalidad de la representación política se la lleve un partido minoritario, por simples divisiones mecánicas, artificios, calculadas y artificiales.

1. El partido mayoritario saca 300.000 votos y el minoritario 100.00 y se trata de elegir cinco (5) senadores.

Cada partido se presenta dividido así:

PARTIDO A. — 100.000 votos. 5 Listas

	Votos
Lista 1	20.200
Lista 2	20.150
Lista 3	20.100
Lista 4	19.800
Lista 5	19.750
Total	100.000

PARTIDO B. — 300.000 votos. 15 listas

Lista 1	19.500
Lista 2	19.680
Lista 3	19.700
Lista 4	19.700
Lista 5	19.700
Lista 6	19.620
Lista 7	19.600
Lista 8	19.600
Lista 9	19.600
Lista 10	19.600
Lista 11	19.700
Lista 12	19.550
Lista 13	19.600
Lista 14	19.550
Lista 15	19.650
Total	300.000

2. Con la tesis aplicada en el Acuerdo de la Corte Electoral, el resultado sería el siguiente:

a) *PARTIDO A.* 100.000 votos *MINORITARIO*

Como hay cinco (5) puestos por proveer y el total de la votación fue de 400.000 votos, el cuociente electoral es de 80.000 y ninguna lista lo obtiene, por lo que los puestos hay que adjudicarlos por mayor residuo.

EL PARTIDO A. se lleva los CINCO PUESTOS.

b) *PARTIDO B. MAYORITARIO.* 300.000 votos

Como ninguna de sus listas tuvo volumen de votos superior o igual al menor resultado de las listas del partido A, se queda sin representación, a pesar de triplicar en volumen electoral al partido A.

El día que por desgracia, haya que proclamar oficialmente unos resultados electorales como estos, HABRA NUEVA GUERRA CIVIL EN COLOMBIA.

3. Con la tesis de la representación proporcional, se tiene:

$$\text{PARTIDO B.} \frac{5 \times 300.000}{400.000} = 3{,}75$$

$$\text{PARTIDO A.} \frac{5 \times 100.000}{400.000} = 1{,}25$$

La representación proporcional implica que al Partido A, corresponde una curul y al Partido B cuatro curules.

Aplicado el cuociente electoral de 80.000, ninguna lista lo obtiene y, por lo mismo, se aplica al mayor residuo de las listas de cada partido hasta completar las curules que le corresponden.

PARTIDO A. Uno de la lista número 1

PARTIDO B. Uno de cada una de las listas, 3, 4, 5 y 11.

4. Con las tesis de la representación proporcional de los partidos, NO EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE UN PARTIDO MAYORITARIO SE QUEDE SIN REPRESENTACION EN LAS CORPORACIONES PUBLICAS.

p) No es posible, ante la claridad del texto constitucional, interpretar fraccionadamente su regla, encontrando contradicción entre inciso e inciso, para llegar a la interpretación de la sentencia, dándole patente constitucional a las divisiones electorales y artificiosas.

II. EL CASO CONCRETO

a) El resultado electoral, fue el siguiente:

"SENADO

LISTAS LIBERALES	Votos
Encabezadas por:	
Nellit Narciso Abuchaibe Abuchaibe	27.887
Eduardo Abuchaibe Ochoa	19.279
Total de votos liberales para el Senado	47.166
LISTAS CONSERVADORAS	
Encabezadas por:	
Nelson Rafael Amaya Arregocés	19.217
Cristóbal Fonseca Siosi	12.550
Total de votos conservadores para el Senado	31.767
Total de votos válidos para el Senado	78.933
en blanco	20
nulos	244

CAMARA DE REPRESENTANTES

LISTAS LIBERALES	
Encabezadas por:	
Román Gómez Ovalle	28.427
José Vicente Barandinelli	19.103
Total de votos liberales para Cámara de Repr. ...	47.530

LISTAS CONSERVADORAS	Votos
Encabezadas por:	
Rodrigo Dangond Lacoutre	17.948
Luis Aurelio Iguarán Iguarán	12.295
Arnoldo Enrique Aponte Urbina	1.082
Total de votos conservadores para Cámara de Representantes	31.325
Total de votos válidos para la Cámara de Representantes	78.855
en blanco	28
nulos 264"	

b) Aplicada la representación proporcional que consagra la Constitución corresponde una curul en el senado a la lista liberal encabezada por NELLIT NARCISO ABUCHAIBE y la otra corresponde a la lista conservadora encabezada por NELSON RAFAEL AMAYA ARREGOCES así:

$$\frac{2 \times 47.166}{78.933} = 1.19$$

$$\frac{2 \times 31.767}{78.933} = 0.81$$

e) Y aplicando el cuociente electoral 26.311, se lleva la curul, por cuociente, la lista liberal encabezada por ABUCHAIBE y dentro de las listas conservadoras, al mayor residuo que es la encabezada por AMAYA ARREGOCES.

Bogotá, diciembre 5 de 1984.

Jorge Valencia Arango.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

PARTIDOS POLITICOS.— REPRESENTACION PROPORCIONAL.— (Salvamento de Voto).

1. El constituyente no sólo anhela la presentación proporcional sino que la quiere en forma imperativa y desde que la consagró como derecho ha creado mecanismos para hacerla efectiva, unas veces defiriendo esa misión a la ley y otra, como sucede desde la reforma de 1968, imponiendo esa regulación en la misma constitución.

2. Evolución legislativa.

Acto Legislativo Número 3 de 1910, artículo 45.

Acto Legislativo Número 1 de 1936, artículo 173.

Acto Legislativo Número 1 de 1945, artículo 77.

Reforma Plebiscitaria de 1957.

Reforma de 1968.

Norma Constitucional vigente (172 Constitución Nacional).

3. El constituyente contempló la representación proporcional, como una garantía democrática y como un derecho público.

4. Si en el artículo 172 de la Constitución Nacional se sienta la regla de la proporcionalidad como derecho de los partidos en contienda el resto de la norma, que sólo la desarrolla o hace efectiva, no puede producir un efecto diferente que contradiga esa proporcionalidad.

No tendría ningún sentido que el mismo constituyente hubiera sentado la regla de la proporcionalidad y hubiera permitido en su mismo texto su desconocimiento.

5. Los partidos son unidades programáticas. Las ideas o su bandera son su único aglutinante cuando, como en el caso colombiano, no tienen estructura formal ni personería jurídica. Pero su unidad no se rompe con su división material en listas, porque ellas no pierden el vínculo con su centro que es el partido.

6. Cuando se reconoce el derecho a la representación proporcional o a una determinada representación (caso de la paridad) está implícita la regla de que adjudicación tendrá que hacerse teniendo en cuenta los votos emitidos por las listas de cada partido. Si así no fuere, esa representación, quedaría como un simple desiderátum.

SALVAMENTO DE VOTO

Carlos Betancur Jaramillo.
Referencia: Expediente Número 11091.
Actor: **José Domingo Restrepo Gómez y otro.**
Ponente: **Eduardo Suescún Monroy.**

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria. Mi discrepancia es de fondo ya que estimo que debió prosperar el cargo relacionado con la representación proporcional de los partidos.

Versa el caso concreto en torno al alcance que se le debe dar al artículo 172 de la Constitución Nacional y en especial al sentido que tiene la locución "a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos"; ya que de esta interpretación dependerá la forma como habrá de hacerse el nuevo escrutinio en caso de prosperidad de la demanda.

El constituyente no sólo anhela esa representación proporcional, sino que la quiere en forma imperativa y desde que la consagró como derecho ha creado los mecanismos para hacerla efectiva, unas veces defiriendo esa misión a la ley y otra, como sucede desde la reforma de 1968, imponiendo esa regulación en la misma constitución. Esto es una constante desde el acto legislativo Número 3 de 1910 hasta nuestros días, con la sola interrupción del régimen paritario impuesto en el Acto Legislativo Número 1 de 1957, y cuyo desmonte se inició con la reforma de 1968.

En parte alguna ha manifestado el constituyente que la representación de los partidos en determinada proporción (bien directa o paritaria) sea un simple propósito. Basta leer los distintos textos constitucionales que antecedieron el actual 172 para confirmar este aserto, como también las normas legales que les dieron desarrollo; aquéllos y éstas muestran un derecho y los mecanismos para su efectividad.

A este respecto, se observa:

Artículo 45, Acto Legislativo Número 3 de 1910:

"En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto incompleto, o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera *que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho.*

Como se observa, el constituyente del 10 consagró el principio de la representación proporcional y enunció unos mecanismos que podrían utilizarse para lograrla, pero dejando su adopción a la ley. Pero no de cualquier manera y como un simple querer sino como garantía de un derecho político. ¿De cual? De tener en las corporaciones públicas una representación proporcional al número de los electores. No otro sentido puede dársele al mandato contenido en el inciso final transcrito. "La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho".

Acto Legislativo Número 1 de 1936

Artículo 173:

"En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto imcompleto, o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho".

Como se observa, se reafirma el mismo derecho y se deja a la ley su adecuada garantía.

Acto Legislativo Número 1 de 1945, artículo 77.

"Cuando se vota por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema de cuociente electoral u otro cualquiera *que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho*".

Aquí el constituyente sigue una misma línea. Reitera su mandato de que cuando se vote por más de dos individuos deberá asegurarse la representación proporcional de los partidos mediante los mecanismos que establecerá el legislador. Como se ve no sólo mantiene el derecho a la representación proporcional sino que le impone como obligación al legislador la de idear los mecanismos que lo garanticen.

Tal fue el sistema vigente hasta la reforma plebiscitaria de 1957, la que modificó la regla de la proporcionalidad y la reemplazó por la representación paritaria limitada a los partidos tradicionales liberal y conservador.

La norma que tal régimen impuso, estatuía:

Artículo 2o.

"En las elecciones populares que se efectúen para elegir corporaciones públicas hasta el año de 1968, inclusive, los puestos correspondientes a cada Circunscripción Electoral se adjudicarán por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y el liberal. Si hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste correspondieren, fuesen más de dos, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido. En las elecciones que se hagan durante el período a que se refiere este artículo, en todas las Circunscripciones Electorales se elegirá un número par de miembros de las corporaciones públicas. Para obtener ese resultado, se observarán las normas constitucionales que fijan el número de miembros de tales entidades, pero aumentando un puesto cuando quiera que él sea impar. Ningún departamento con más de un millón de habitantes podrá tener menos de seis Senadores ni menos de doce Representantes".

Este sistema paritario, que sólo debía regir hasta 1968, fue prorrogado mediante el Acto Legislativo Número 1 de 1959 hasta el año de 1974, inclusive (artículo 6o.).

Pese a lo anterior, el constituyente de 1968 inició el desmonte de la paridad. Fue así como el artículo 50 del Acto Legislativo Número 1 de ese año contempló en el inciso primero de su parágrafo transitorio el régimen que debía aplicarse a las elecciones para Cámara y Senado efectuadas en el año de 1970, y en las de Senado y Cámara a partir del 1o. de enero de 1974.

Reiteró allí mismo el constituyente, en ese parágrafo, la aplicación del sistema de cuociente "*para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos*".

Esa reiteración sobraba porque el inciso primero del artículo 172 insistía nuevamente en la regla de oro de la democracia representativa: la representación proporcional de los partidos. Y aunque la Carta ya no califica esa garantía como derecho, no por eso puede afirmarse que dejó de serlo para convertirse en un simple propósito. No. Tanta trascendencia le dio al mencionado derecho público que no quiso dejar su desarrollo a la ley, en vista de los fracasos que el legislador había tenido frente a las leyes como la 39 de 1945 (arrastre) y 67 de 1937 (descarte), declarada inexequible la primera por la Corte (sentencia de 14 de septiembre de 1955) e inaplicable la segunda por el Consejo de Estado (sentencia de 4 de octubre de 1962.

La norma constitucional vigente dispone:

"A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral.

"El cuociente será el primero que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer.

"Si se tratare de la elección de solo dos individuos, el cuociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer, más uno.

"La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos.

"Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos, en orden descendente.

"Parágrafo transitorio.

"En las elecciones para Senado y Cámara que se realicen en el año de 1970, y en las que estas corporaciones efectúen hasta el 19 de julio de 1974, si hubiere dos o más listas de un mismo partido y los puestos que a éste correspondieren fueren dos o más, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido.

"En las elecciones para Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que se verifiquen a partir del 1o. de enero de 1970, y en el Senado y Cámara de Representantes, a partir del 1o. de enero de 1974, dejará de regir la regla transitoria sobre composición paritaria de dichas corporaciones y, en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos (artículo 50 del Acto Legislativo Número 1 de 1968)".

Fuera de las normas constitucionales que se dejan transcritas, el mismo principio se contempló en el artículo 12 de la Ley 96 de 1929; disposición que contiene vocación doctrinaria y que constituye interpretación auténtica del principio de la proporcionalidad. "Esta ley —dice ese artículo 12— y la 85 de 1916 serán interpretadas y ejecutadas por las autoridades y corporaciones que deban darles cumplimiento o intervenir en su ejecución, en el sentido de acatar, en todo caso, la letra y el espíritu del artículo 45 del Acto Legislativo Número 3 de 1910, que establece la representación proporcional de los partidos en la elección de más de dos individuos..."

Todo lo precedente nos permite afirmar que el constituyente contempló esa representación proporcional, como una garantía democrática y como un derecho público. No existe otro principio en el régimen representativo más precioso y universal. A mayor número de votos, mayor representación ante las corporaciones públicas; o, en otros términos, la representación de cada partido estará de acuerdo con el caudal electoral registrado en las urnas.

Si la representación proporcional fuera un simple propósito, la norma constitucional sería letra muerta; nunca hubiera existido en la realidad, no sólo por la falta de ética y de disciplina política, sino que sobrarían los mecanismos coercitivos que se han ideado para hacerla operante.

No, es un derecho por expresa calificación del constituyente y existen las reglas dentro de la misma Carta para su efectividad.

Otra cosa son las prácticas viciosas que se han venido enseñoreando del país; en donde, con inusitada frecuencia, gracias a artimañas habilidosas, observamos con perplejidad cómo partidos con mayor caudal electoral obtienen representación menor a la del minoritario. ¿Será esto lo que quiere el constituyente? ¿Respetará el principio constitucional una elección en la cual un partido con 100.000 votos obtenga menos representación que otro con sólo 50.000? ¿Podrá decirse que en la hipótesis precedente o en otras que se pueden multiplicar por n, se acata el artículo 172 de la Carta?

El inciso primero de la antecitada norma permite otros criterios interpretativos sin que pueda desvirtuarse su sentido. Así, se observa:

Gramaticalmente "asegurar" es diferente de "procurar". Mientras el primer vocablo equivale a "dejar firme y seguro", establecer, fijar sólidamente "dejar seguro de la realidad o certeza de alguna cosa" y aseguramiento al conjunto de necesidades adoptadas para impedir el deterioro o el fraude, el segundo, o sea procurar, se refiere a las diligencias que se hacen para conseguir un deseo.

Esta interpretación gramatical no permite entonces desatender el tenor literal de la norma, so pretexto de consultar su espíritu, porque aquí lo gramatical y lo ideal se

aúnan. Previsión sabia en el caso concreto refuerza aún más la interpretación pretendida, porque precisamente lo que quiere el constituyente es la efectividad del derecho que conforma esa proporcionalidad.

Y en ese mismo orden de ideas no puede olvidarse que las palabras de una ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Y ese sentido natural y obvio es el que a las palabras ha dado el diccionario de la Real Academia Española.

También los elementos lógico e histórico permiten establecer la intención del constituyente. Muestran los textos que su espíritu aparece claramenete manifestado en las distintas normas y en la historia y antecedentes de las mismas.

Además, su contexto sirve para ilustrar sus distintas partes, ya que todas tienen la suficiente correspondencia y armonía.

Y ese contexto es el enlace de sus diversas partes, de tal manera que es apenas natural que se presuma que éstas no son contradictorias, por que cada una y todas son elementos integrantes de una misma unidad y están informadas de una misma idea matriz. En otras palabras, la interpretación de la norma debe hacerse ajustada a su criterio rector.

La idea precedente es fundamental en este análisis porque el artículo 172 de la Carta debe interpretarse en su conjunto, sin romper su unidad conceptual y con apoyo en la idea capital expresada en su inciso primero. Si en éste se sienta la regla de la proporcionalidad como derecho de los partidos en contienda, el resto de la norma, que sólo la desarrolla o hace efectiva no puede producir un efecto diferente que contradiga esa proporcionalidad.

No tendría ningún sentido que el mismo constituyente hubiera sentado la regla de la proporcionalidad y hubiera permitido en su mismo texto su desconocimiento.

Por lo tanto, los incisos siguientes de la norma, que desarrollan el sistema del cuociente impuesto por el constituyente para garantizar esa representación proporcional, no pueden interpretarse con prescindencia del inciso primero, el que contempla la idea central o matriz que gobierna la norma en su conjunto. El artículo 172 es armónico y todos sus extremos acatan esa idea. No es lógico pensar que el mismo constituyente creó el mecanismo para producir precisamente el efecto contrario al enunciado. Y esa "contradicción" se produce por equivocado manejo de los vocablos "partidos" y "listas de partidos".

Contra lo que se oye con frecuencia, la Carta sí reconoce a los partidos; y varias de esas normas existen en función de ellos. Baste leer los artículos 120, 172, 173 y 178; 6o. del plebiscito y 1o. del Acto Legislativo Número 1 de 1959. Cosa diferente es que carezcan de personería jurídica por ministerio de la ley. Esta falta de reconocimiento no puede servir para afirmar que el reconocimiento constitucional recae en las listas de los partidos, porque esta posición carece de respaldo alguno en la Constitución, y son los partidos los que tienen el reconocimiento de los derechos constitucionales y no sus listas, ya que el efecto que se les hace producir a éstas obedece única y exclusivamente a que son parte del partido y no partidos aparte.

Si el partido A. presenta tres listas y en su inscripción todas se nominan como partes de A., no existe sino un solo partido y como tal, acreedor a los mismos derechos (entre éstos la representación proporcional) que hubiera obtenido presentándose unificado.

No tiene lógica afirmar que el partido A. pierde los derechos que le corresponden porque se dividió en listas y éstas resultaron eventualmente menores que las que presentó el partido B. minoritario, en las elecciones.

No podemos olvidar que no siempre las diferentes listas obedecen a diferencias programáticas. Es común que obedezca la "división" a táctica o mecánica política, propiciada por una errónea interpretación de la norma constitucional o a apetitos personales. ¿Podría decirse, entonces, que cuando así se procede, las distintas listas son otros tantos partidos? Estimo que no. El caso concreto sirve de ejemplo. Las listas para Senado encabezadas por (aquí los nombres) son liberales y la filiación no está *subjúdice*. No se ve como pueda hablarse aquí de 2 partidos; como tampoco conforman dos partidos las listas conservadoras.

Los partidos son unidades programáticas. Las ideas o su bandera son su único aglutinante cuando, como en el caso colombiano, no tienen estructura formal ni personería jurídica. Pero su unidad no se rompe con su división material en listas, porque ellas no pierden el vínculo con su centro que es el partido. División que tiene otros fines y que corresponde a aspiraciones personales normales dentro del mismo o a directrices impartidas por la jefatura. De allí que los adherentes a las distintas listas deban sumarse para determinar el volumen general del partido y para poder reclamar los derechos que le corresponden como tal. Las listas individualmente no tienen derecho alguno; lo tienen en cuanto el partido a que pertenecen lo haya adquirido.

Las listas no conforman un partido diferente, sino que sólo son partes de un todo. Sólo cuando se presentan en forma independiente, como grupo autónomo, sin referencia a X o Y partido, conforman uno nuevo y entran a la lista electoral con identidad propia, pero éste no es el caso concreto. Las listas que jugaron en la elección de la Guajira dijeron pertenecer a los dos partidos tradicionales y ninguno pretende reclamar derechos distintos a los que tienen dichos partidos.

El derecho a la representación proporcional lo tiene el partido, individualmente considerado. Su caudal electoral es el que mide la proporción de su representación. Esta no está supeditada a que vaya unido a las elecciones o con varias listas, siempre que éstas se hayan inscrito como pertenecientes a dicho partido.

En este orden de ideas, lo primero que se impone para hacer el escrutinio es definir cuál es la proporción matemática que presentan los partidos en relación con sus votantes. Así, se suman todos los votos válidos. Luego de obtenidos los guarismos de cada partido se saca la proporción simple de los factores: volumen total de votos, puestos por proveer y votos de cada partido. Definidos los puestos correspondientes en relación con la votación propia de cada partido, se encuentra el cuociente en la forma indicada en el artículo 172 y se hace la adjudicación dentro del seno de cada partido, con la aplicación del cuociente o en el orden descendente de sus residuos.

Sólo así puede salvarse la proporcionalidad a toda costa. Y la idea aquí expuesta fue desarrollada por el mismo constituyente cuando estableció la paridad, la que porcentualmente equivale al 50% para cada uno de los dos partidos tradicionales. ¿Por qué exigió allí (artículo 2o. del plebiscito) que dentro del régimen paritario debía hacerse la adjudicación teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido?

Precisamente para evitar que el partido mayoritario, mediante el juego de las listas, pudiera obtener más curules que las permitidas. ¿Con esto se desconoció la voluntad de los electores ? No, ellos estaban sometidos a la representación igualitaria y debían acatarla. Y la regla de adjudicar teniendo en cuenta sólo las listas del partido se estableció no por el hecho mismo de la paridad sino para salvaguardar la proporción del 50% impuesta.

La proporción en la representación puede hacerse idealmente por el constituyente fijando a su arbitrio un porcentaje cualquiera, caso de la reforma plebiscitaria que impuso el 50% para cada uno de los dos partidos tradicionales. Pero también puede referirse al resultado electoral, previo el reconocimiento de que los partidos estarán representados en proporción al volumen de sus electores. Si se organiza éste último sistema, que corresponde evidentemente al vigente en Colombia, establecida la proporción el sistema de adjudicación tiene que estar orientado a su acatamiento y sólo prevalecerá incólumne y en todo caso, haciendo la adjudicación dentro de las listas del propio partido.

En este orden de ideas, si el partido A. saca 200.000 votos y el partido B. 100.000 para los 3 puestos a elegir, la proporción será de 2 a 1 y sólo la adjudicación que la respete será constitucional. En cambio, si por el juego de las listas éste último se lleva dos o incluso las tres, el acto estará viciado.

Lo dicho en el caso de que se trate de elegir a más de dos individuos.

Cuando nos encontramos en la hipótesis del inciso 3o. del artículo 172 (elección de sólo dos) el derecho a la representación no obedece a la regla de la proporcionalidad matemática sino al sistema ideal organizado por el constituyente con miras a la supresión de "los feudos podridos" y a la protección de las minorías, dando a entender que el partido minoritario que alcance el 33% de la votación global tendrá derecho a una curul. En tal sentido la minoría no puede ser desconocida con el juego de las listas del partido mayoritario y la adjudicación de los dos puestos tendrá que hacerse dentro de cada partido en particular y en relación con sus propias listas.

Y así como en la representación paritaria debían elegirse los miembros de cada partido sin tener en cuenta las listas del otro, en la proporcional tendrá que operar idéntico sistema.

Eso es lo que quiere el constituyente y la única vía posible para acatar la letra y el espíritu del artículo 172, estimo que sea ésta.

En suma. Cuando se reconoce el derecho a la representación proporcional o a una determinada representación (caso de la paridad) está implícita la regla de qué adjudicación tendrá que hacerse teniendo en cuenta los votos emitidos por las listas de cada partido. Si así no fuere, esa representación quedaría como un simple desiderátum, que es lo que propone mi distinguido compañero Bonivento Fernández.

Cuando no es el constituyente el que fija de antemano esa proporción, ésta se debe sacar previamente, porque ella deberá respetarse por expresa voluntad del citado constituyente. De manera que esta operación preliminar no sólo surge del tenor de la norma sino de su espíritu. Del tenor porque de entrada se reconoce el derecho que los partidos tienen a esa proporción y de su espíritu porque éste sí es un criterio absoluto en el sentido de que siempre que un partido resulte favorecido en la proporción tendrá que reconocérsele el puesto o los puestos equivalentes.

Y así como la división en listas no hizo perder a los partidos la representación paritaria durante el período plebiscitario, así uno de ellos hubiera ido a las elecciones con una sola lista o con tres poseedoras de un buen número de electores y el otro con 50 o más de escasos votos cada una, en la misma forma la división en listas durante el período posterior no puede variar en forma alguna el derecho a la proporción que da el total de los votos obtenidos por el respectivo partido.

Tanta protección y respeto mereció la representación paritaria como merece hoy la proporcional y el espíritu constitucional es el mismo.

Estimo que la interpretación que hemos venido haciendo en lugar de propiciar la división de los partidos, fortifica su unión. Es apenas lógico que si el partido de antemano sabe que a una determinada votación corresponde un determinado número de puestos, no hará divisiones artificiales en busca de ventajas que como grupo no puede obtener. En cambio con la tesis de la ponencia, la división es una aventura tentadora que muchas veces da frutos, dada la división que también practica el contrincante.

Estimo finalmente que el análisis hecho por la mayoría, ya frente a las acusaciones, es serio y razonado.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D.E., noviembre 22 de 1984.

DEMANDA.— PRESENTACION.— Tésis Jurisprudenciales del Consejo de Estado.— ELECTORALES.— REGISTROS ELECTORALES.— NULIDAD.— La ley ha señalado taxativamente las causales de nulidad y no ha erigido como tal cualquier irregularidad u omisión en las elecciones y en lo que concierne a la causal genérica de nulidad no pudo estar lógicamente en la intención del legislador cualquier irregularidad, acto, omisión o informalidad que no afecte la seriedad y autenticidad del proceso electoral, que no implique o indique engaño o coacción de elector o falsificación de la expresión de su voluntad.

ELECTORALES.— INHABILIDADES.— Artículo 108 Constitución Nacional. MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.— No tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. FUNCIONES PUBLICAS Y JURISDICCIONALES Y AUTORIDAD PUBLICA.— Las puede ejercer una persona sin ser empleado público, tener ese carácter sin estar investido de jurisdicción o de autoridad, ejercer éstos sin desempeñar un empleo público. EMPLEADO O FUNCIONARIO PUBLICO.— EMPLEO.— Definiciones.

NOTA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia de diciembre 3 de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 872. Actor: Jaime Rodelo Núñez. Anales de 1982. Segundo Semestre. Pág. 742.

ELECTORALES.— LISTA DE CANDIDATOS.—

1. No es exacto que cualquier vicio, o defecto que se presente respecto de uno de los candidatos afecte la totalidad de ellos.

2. Consecuencia de la inscripción del nombre de candidato en dos listas. Jurisprudencia.

ELECTORALES.— RECUENTO DE VOTOS.— **Tipos de recuento a tenor de la Ley 85 de 1981, artículo 14. Recuento facultativo y recuento obligatorio. ¿Quién debe hacer la petición del recuento?**

La negativa de una solicitud de recuento de papeletas en parte alguna está erigida como causal de nulidad de los actos de escrutinio de una corporación electoral.

ELECTORALES.— ACTAS DE ESCRUTINIO.— FIRMA DE EJEMPLARES.— NULIDAD.— **Requisitos exigidos por el artículo 112 de la Ley 28 de 1979. Un solo ejemplar que esté debidamente firmado es un documento fidedigno. Además, firmado por no menos de tres jurados, da fe de que la mayoría absoluta de ellos presenció en la respectiva mesa el proceso electoral e intervino en él.**

ELECTORALES.— LISTA DE SUFRAGANTES Y REGISTRO GENERAL DE VOTANTES.— FALTA DE FIRMAS.

1. El hecho de que tengan menos de tres firmas la ley no ha dispuesto que sea causal de nulidad.

2. El hecho de que uno o todos los ejemplares de esos documentos tengan menos de tres firmas de jurados de votación no implica que tales registros sean apócrifos. FALSEDAD O APOCRIFIDAD. Significado.

ELECTORES.— SUFRAGANTES Y VOTOS DE EXCESO.— **Exceso de sufragantes. Sanción legal. (Causal 6a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979) causal de reclamación (artículo 31 Ley 85 de 1981). Remedio.**

ELECTORALES.— ESCRUTINIOS.—

1. ¿Cómo se hará?

2. ¿Se prohíbe el recuento de votos?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., siete (7) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Referencia: Procesos electorales acumulados números 940, 941, 942, 943, 944 y 950.
Actores: **Sandro Enrique Torregroza Lara, David Turbay Turbay, Darío Giovanni Torregroza Lara y Francisco de Paula Benedetti Vargas.**

Se deciden los procesos acumulados números 940, 941, 942, 943, 944 y 950, que se iniciaron con base en las demandas presentadas por los señores SANDRO ENRIQUE TORREGROZA LARA (Exp. 940), DAVID TURBAY TURBAY (Exp. 941), DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA (Exps. 942, 943 y 944) y FRANCISCO DE PAULA BENEDETTI VARGAS (Exp. 950), con el objeto de obtener que el Consejo de Estado declare la nulidad del escrutinio realizado por la Corte Electoral mediante el Acuerdo número 18 del 13 de julio de 1982, por el cual se hizo la declaración de elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Bolívar, para el período constitucional de 1982 a 1986, previa acumulación de las actas de escrutinio objetadas por cada uno de los demandantes; que, como consecuencia, esta

corporación realice nuevos escrutinios en los que se deberán excluir los votos correspondientes a los registros anulados o incluir aquellos ilegalmente excluidos y rectificar errores aritméticos; declare elegidos a quienes legalmente corresponda, les expida las respectivas credenciales, cancele las expedidas en forma ilegal y comunique los resultados a quienes corresponda.

A.— Participantes en los procesos acumulados

Como parte coadyuvante en los procesos 942 y 944 intervino el señor Balmiro Rafael Pérez Narváez; como impugnadores intervinieron los señores Fernando Ruiz Chamorroz, en el proceso 941; Miguel Joaquín Facio Lince, en el 944; David Turbay Turbay Jr., Edgardo Rafael Tórrez López y José Ramón Becerra Osorio, en el 950.

B.— Acumulación de procesos

Los procesos 941, 942, 943, 944 y 950 fueron acumulados al 940, mediante auto dictado en 22 de marzo de 1983, y correspondió, por sorteo, continuar la tramitación de todos ellos al conductor del proceso mencionado en último lugar (Fols. 55 a 58 del expediente número 940).

C.— Demandas, solicitud de pruebas y alegaciones

a) Proceso 940 (Demandante: Sandro Enrique Torregroza Lara).

1. En la demanda se hicieron las siguientes peticiones:

"PRIMERA.— Que se declare Nulo el escrutinio realizado por la Corte Electoral en el Acuerdo número 18 del 13 de julio de 1982, por el cual se hizo la declaración de elección de Senadores de la República y Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Bolívar, para el período constitucional 1982—1986, previa anulación de las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación en las que se hayan computado como válidos los votos emitidos por las lista para Cámara de Representantes encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas y en las que se incluyó para el tercer renglón al ciudadano José María Caballero Salguedo.

"SEGUNDA.— Que como consecuencia de la anterior declaración, se practique un nuevo escrutinio por el Honorable Consejo de Estado, de los votos emitidos el 14 de marzo de 1982 para Senado de la República y Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de Bolívar, escrutinio que se practicará únicamente con base en los registros que no hayan sido declarados nulos.

"TERCERA.— Que se expidan las respectivas credenciales a quienes con el nuevo escrutinio sean declarados electos, se cancelen las credenciales anteriormente expedidas y que, para los efectos del artículo 240 del Código Contencioso Administrativo se dé aviso de los resultados del nuevo escrutinio a los señores Presidente de la Corte Electoral, Ministro de Gobierno, Gobernador del Departamento de Bolívar, Presidentes del Senado y Cámara".

2. El actor fundamentó su demanda en los siguientes hechos o motivos:

"1o. El 14 de marzo de 1982 tuvieron lugar en todo el territorio nacional las elecciones pupulares para integrar las Corporaciones Públicas, esto es, el Congreso, las Asambleas Departamentales, los Consejos Intendenciales y Comisariales y los Concejos Municipales.

"2o. Para la circunscripción electoral de Bolívar, los escrutinios generales (de los votos depositados el 14 de marzo de 1982) fueron practicados solamente en cuanto al cómputo general de votos, por los señores Delegados de la Corte Electoral y en cuanto a la Declaratoria de Elección de los miembros del Congreso, por la propia Corte Electoral mediante el Acuerdo número 18 del 13 de julio de 1982.

"3o. La elección de miembros del Congreso, Senadores de la República y Representantes a la Cámara, por la circunscripción de Bolívar hecha mediante el Acuerdo 18 del 13 de julio de 1982 se hizo desatendiendo claras normas legales, pues la Corte Electoral y sus Delegados procedieron a computar para efectos del escrutinio general de votos, los votos emitidos por una lista que no fue legal y regularmente inscrita.

"4o. En efecto, los votos computados para la cabeza de la lista de Alvaro Enrique Benedetti Vargas para la Cámara de Representantes son ilegales y nulos:

"a) El 1o. de febrero de 1982 fue inscrita la lista acusada por los ciudadanos Humberto Benedetti Vargas y Alfredo José Rodríguez Lambia, respectivamente identificados con las Cédulas de Ciudadanía números 9057486 y 4096935 de Cartagena y Chiquinquirá (Boyacá).

"b) La mencionada lista, inscrita por el Partido Liberal, por la circunscripción electoral de Bolívar para el período Constitucional 1982—1986 fue la siguiente (CAMARA DE REPRESENTANTES):

Principales	Suplentes
Alvaro Enrique Benedetti Vargas	Yamil Antonio Guerra Revollo
Jorge Ignacio Lorduy Benedetti	Felipe Santiago Paz Espinosa
José Trespalacios Martínez	**José María Caballero Salguedo**

El subrayado del nombre de José María Caballero Salguedo es mío, nótese que figura en esta lista como tercer suplente.

"c) De la inscripción de la lista anterior se levantó la respectiva Acta de Inscripción y se anexaron los documentos exigidos por la ley para considerarla apta como medio de expresión de la voluntad popular.

"d) El 2 de febrero de 1982 los señores José Benjamín Carrillo Castellón y Bernardo Rafael Romero Parra, inscribieron la siguiente lista de candidatos del partido liberal, para Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Bolívar, para el período 1982-1986:

Principales	Suplentes
José María Caballero Salguedo	Javier Rafael Caballero Salguedo.

"A esta inscripción se acompañaron los respectivos memoriales de aceptación de los candidatos.

"e) El 3 de marzo de 1982, deciden los inscriptores de la lista anterior, retirarla y los candidatos renunciar a su postulación en la lista que encabeza José María Caballero Salguedo.

"f) Sin embargo no se produce el documento indispensable de nueva modificación de la lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas (literal b) para la

Cámara, ni la necesaria nueva aceptación del ciudadano José María Caballero Salguedo, quien legalmente había renunciado a formar parte de la lista de candidatos a la Cámara de Representantes encabezada por Benedetti Vargas, ya que no se puede presumir o entender que regresaba legalmente a formar parte de la lista mencionada.

"g) Se requeriría por lo tanto que el ciudadano Humberto Benedetti Vargas y el ciudadano Alfredo José Rodríguez Lambis modificaran la lista inicial y volvieran a inscribir a José María Caballero Salguedo aceptara nuevamente su postulación, ya que como se dijo antes, no se produce el reintegro automático.

"h) En los escrutinios generales de la circunscripción Electoral de Bolívar, se computaron votos como válidos, los depositados por la lista a la que se ha hecho referencia no obstante que el ciudadano José María Caballero Salguedo no podía figurar válidamente en las papeletas de votación.

"i) Como consecuencia de lo anterior, los votos depositados por la lista encabezada para Cámara por Alvaro Enrique Benedetti Vargas son todos nulos, y por tanto no pueden entrar en la determinación del cuociente electoral, el cual al variar determina el resultado de la declaratoria de elección".

3. Señaló el actor como disposiciones infringidas: "los artículos 2o. 20, 172 y 180 de la Constitución Nacional. El Decreto 800 de 1947 en sus artículos 6o. y 8o.; la Ley 187 de 1936 en su artículo 4o.; la Ley 7a. de 1932 en su artículo 4o., el Decreto 3254 de 1963 en su artículo 41 y la Ley 28 de 1979 en su artículo 152, Código Contencioso Administrativo artículo 194".

4. De la siguiente manera expuso el demandante el concepto de la violación:

"El Acto de escrutinio (Acuerdo 18 del 13 de julio de 1982) es violatorio del régimen constitucional y legal y en especial de las normas arriba detalladas, por cuanto los escrutadores ejercieron atribuciones para las cuales no estaban revestidos ni constitucional ni legalmente; con lo cual se violaron los principios constitucionales contenidos en los artículos 2o., 20 y 180 de la Constitución Nacional y en especial éste último, ya que la función escrutadora que es una y específica se confundió con la función electoral.

"Fueron quebrantadas igualmente las normas contenidas en el Decreto 800 de 1947 (Arts. 6o. y 8o.), la Ley 187 de 1936 (Art. 4o.), la Ley 7a. de 1932 (Art. 4o.), El Decreto 3254 de 1963 (Art. 41 Ord. 8o.), y la Ley 28 de 1979 (Art. 152, causal 7a.), por cuanto solamente por las listas legal y oportunamente inscritas pueden los escrutadores computar votos. En el escrutinio general realizado para la circunscripción electoral de Bolívar se computaron como válidos los votos depositados por una lista en la cual no podía figurar válidamente el nombre de uno de los ciudadanos que en ella apareció, lo cual constituye una causal de reclamación al tenor del Artículo 152 del Código Electoral y en igual sentido el artículo 196 del Código Contencioso Administrativo en la causal 7a., al recoger como causal para la anulación de las actas de escrutinio el hecho anterior.

"De esta forma se quebrantaron los preceptos anteriormente detallados y en consecuencia deben por tanto corregirse los cómputos de votos pues la lista regularmente inscrita y que encabeza Alvaro Benedetti Vargas, no es idéntica a la utilizada en la papeleta de votación, en la cual se incluyó, violando la ley electoral, el nombre de José María Caballero Salguedo sin que repito, válidamente pudiese realizarse dicha inclusión, puesto que el mencionado ciudadano había renunciado a formar parte de dicha lista, tal y como lo ha sostenido la doctrina".

5. Sobre la causal de nulidad dice el demandante:

"Surge como consecuencia de las violaciones de orden constitucional y legal que se han detallado y en las cuales incurrió el Acuerdo número 18 del 13 de julio de 1982 de la Corte Electoral, lo mismo que las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación, correspondientes a la Circunscripción electoral de Bolívar para el período constitucional 1982-1986, acuerdo y actas que deben ser anuladas por cuanto se configura la causal de anulación contemplada en el Artículo 196 del Código Contencioso Administrativo causal 7a.

La causal de nulidad se configura, según lo dicho anteriormente, en razón de que está claramente demostrado que se computaron como válidos los votos depositados por la lista encabezada para la Cámara de Representantes por el ciudadano Alvaro Enrique Benedetti Vargas no obstante uno de los ciudadanos que figuraba en ella, no podía válidamente hacerlo".

6. A folio 34 del expediente aparece la solicitud de pruebas.

b) Proceso 941 (demandante: David Turbay Turbay Jr.)

1. Peticiones de la demanda:

"PRIMERA.— Que se declare nulo el escrutinio realizado por la Corte Electoral en el Acuerdo número 18 del 13 de julio de 1982, por el cual se hizo la declaración de elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Bolívar, para el período constitucional de 1982 a 1986, previa anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación mencionadas en el acápite titulado MOTIVOS POR LOS CUALES DEMANDO EL ACUERDO No. 18 de 1982 de este libelo y de los registros por los cuales se computaron como válidos los votos depositados en dichas mesas de votación;

"SEGUNDA.— Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene la práctica de un nuevo escrutinio de los votos emitidos el 14 de marzo de 1982 para Senado y Cámara por la misma Circunscripción Electoral, excluyendo del cómputo general los votos contenidos en los registros anulados, escrutinio que se practicará por el Consejo de Estado con sujeción a lo prescrito en los artículos 238 a 240 del Código Contencioso Administrativo.

TERCERA.— Que se haga la correspondiente declaratoria de elección, se expidan las correspondientes credenciales y se cancelen las expedidas a quienes legalmente corresponda, y que se comuniquen los resultados del nuevo escrutinio al Presidente de la Corte Electoral, al Ministro de Gobierno, al Gobernador de Bolívar, al Presidente del Senado y al de la Cámara de Representantes.

"2. Motivos o hechos de la demanda:

.....

"a) Se computaron Actas de Escrutinio de Jurados de Votación que están firmadas por menos de tres (3) de éstos en sus cuatro (4) ejemplares.

"b) Se tuvieron en cuenta los votos de jurados de votación en los cuales sufragaron mayor número de ciudadanos de los que según los propios registros, podían hacerlo legalmente.

"c) De varias Actas de escrutinio de jurados de votación, a pesar de aparecer que es falso o apócrifo su registro, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación, se hizo el cómputo de ellos computándose los votos en ellas contenidos.

"Desatendiendo normas legales la Corte Electoral y sus Delegados, procedieron a computar para efectos del escrutinio general votos emitidos por una lista que no fue legal y regularmente inscrita, la encabezada para la Cámara de Representantes por Alvaro Enrique Benedetti Vargas.

"e) Desatendiendo normas constitucionales se declaró la elección de Miembros del Congreso, concretamente lo preceptuado por el artículo 108 de la Carta, en su inciso segundo.

"f) Las Comisiones Escrutadoras Municipales de Cartagena, Santa Rosa, Morales, Arjona y Soplaviento, así como los delegados de la Corte Electoral, como la Corte Electoral misma en su Acuerdo número 18 de 1982, en su condición de Corporaciones Electorales para las elecciones del 14 de marzo de 1982, computaron como registros válidos, no obstante existir expresas causales de acuerdo con las cuales debían dichas Corporaciones excluir del cómputo general los votos contenidos en tales registros, pliegos que, aunque no son los únicos que se encuentran en esa situación procedemos a singularizar:

"I. Del Municipio de Cartagena: Mesas números 24, 318, 406, 460, 465, 433, 125, 280, 292, 625, 621, 565, 425, 614, 611, 576, 577, 579, 578, 148, 609, 607, 593, 452, 298, 2 del corregimiento de Bayunca, 1 de Pasacaballos y 2 y 3 de Arroyo Grande.

"II. Del Municipio de Santa Rosa: Mesas números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la cabecera Municipal.

"III. Del Municipio de Soplaviento: Mesas números 5, 6, 8 y 9 todas de la cabecera Municipal.

"IV. En cuanto a la desatención de normas, computándose para efectos del escrutinio general votos emitidos por una lista que no fue legalmente inscrita, debe procederse y sólo para dicha comprobación al examen de todas las mesas que funcionaron en la Circunscripción Electoral de Bolívar, papeleta por papeleta, como se realizó en el proceso electoral sentenciado por la Sala Plena del Consejo de Estado el 31 de octubre de 1980, en donde la lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas, obtuvo sufragios.

"g) En efecto, los cuatro ejemplares de las Actas de Escrutinio de las mesas de votación números 565, 292, 620 y 625 de Cartagena no están firmadas por tres jurados por lo menos. Así mismo, el registro general de votantes (Formulario E-5) y el Registro de Sufragantes (Formulario E-3) no están firmados por siquiera tres (3) de los jurados de Votación en las mesas descritas en el punto F de este libelo, lo que indica que dichos registros son apócrifos, como lo son también por dicha causa los correspondientes a las mesas 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 600, 601, 602, 603, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615 y las mesas números 620 a 673 inclusive, de Cartagena todas. Idéntica afirmación y solicitud de nulidad hacemos sobre las mesas números 1, 2, 3, 4 y 5 del corregimiento de Ternera, Municipio de Cartagena, y 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y el 9 del corregimiento de Bayunca. Así mismo, sobre las mesas que funcionaron en los corregimientos de Arenal, El Dique, Santa Teresa, Boca de la Honda y Bodega Central, todos corregimientos del Municipio de Morales como sobre la totalidad de las mesas que funcionaron en esa cabecera municipal. Extiendo mi solicitud para las mesas que funcionaron en el corregimiento de Puerto Badel, Municipio de Arjona e Higueretal, Municipio de Soplaviento.

"Como lo comprobará el Consejo de Estado, al ser dichos Registros apócrifos, el Acto de elección en dichas mesas es inexistente.

"En algunas de las mesas impugnadas por ese líbelo, los mismos registros de elección (Formularios E-5 y E-3), esto es el general de votantes y el de sufragantes no tienen fecha de las respectivas elecciones, ni indican las Corporaciones para las cuales se votó, ni indican el orden de votación de los distintos electores, o el nombre completo de éstos, o les falta el número de su cédula de ciudadanía y su lugar de expedición, o aparece en ellos que votaron ciudadanos cuyas cédulas no corresponden al lugar donde votaron, ni estaban allí para hacerlo, o dados de baja en el censo por por inscripción en otro lugar para votar, o los nombres y apellidos no corresponden al titular de la correspondiente cédula. En fin, un sinnúmero de irregularidades que demuestran, o que el correspondiente registro es falso o apócrifo, o que lo son los elementos que sirvieron para su formación.

"h) Confrontados los Registros o formularios E-6C (Acta de Escrutinio del Jurado de Votación), E-3 (Registro General de Votantes) y E-5 (Lista de sufragantes) se establece que es mayor el número de ciudadanos sufragantes al de quienes legalmente podían hacerlo y lo hicieron.

"i) En las mesas de votación 425, 24, 148, 292, 452, 593, 607, 608, 609, 611, 614, 620, 625, 433, 125, 280, 24, 318, 406, 460, 465, 1 de Pasacaballos, 3 y 2 Arroyo Grande de Cartagena y las 5, 6, 8 y 9 de la cabecera Municipal de Soplaviento, el número de votos escrutados supera al número de sufragantes.

"Igual información se hace sobre la mesa 2 del corregimiento de Bayunca, Municipio de Cartagena.

"j) En el Municipio de Santa Rosa no se tuvo en cuenta para efecto del escrutinio, las Actas de los Jurados de Votación. La Comisión Escrutadora Municipal de Santa Rosa, sin que mediara petición, procedió a escrutar TODAS las mesas de votación que funcionan en ese Municipio, como puede verificarse en el Acta Municipal de Escrutinio, y computó la mesa número SIETE de ese Municipio, no obstante estar el Acta en blanco en cuanto a resultados de los candidatos, es decir no había constancia de nada.

"La lista encabezada para la Cámara de Representantes por el doctor Alvaro Enrique Benedetti Vargas, por ejemplo, tiene en las Actas de los jurados de votación OCHENTA (80) votos y en el Acta de Escrutinios Municipales de Santa Rosa se le adjudican 120 sufragios, error que debe corregirse pues el valor probatorio al tenor de la ley lo tienen siempre los Registros Electorales, las actas de los Jurados de Votación, principalmente los que se encuentran en el Tribunal de Bolívar, en este caso.

"k) Los votos computados en cabeza de la lista de Alvaro Enrique Benedetti Vargas para la Cámara de Representantes son ilegales y nulos.

"En efecto, el 1o. de febrero de 1982 se inscribió por los ciudadanos Humberto Benedetti Vargas y Alfredo José Rodríguez Lambis, identificados con cédulas de ciudadanía 9057486 y 4096935 de Cartagena y Chiquinquirá, respectivamente, la siguiente lista del Partido Liberal para Representantes, por la Circunscripción Electoral de Bolívar, para el período de 1982 a 1986:

Principales	Suplentes
Alvaro Enrique Benedetti Vargas	Yamil Antonio Guerra Revollo
Jorge Ignacio Lorduy Benedetti	Felipe Santiago Paz Espinosa
José Trespalacios Martínez	José María Caballero Salguedo

"Resaltamos el hecho de que el doctor José María Caballero Salguedo, figura en esta lista como tercer suplente. De todo se levantó el Acta de Inscripción y se anexaron los documentos exigidos por la ley para considerarla apta como medio de expresión de la voluntad popular. El 2 de febrero de 1982, los señores José Benjamín Carrillo Castellón y Bernardo Rafael Romero Parra, inscribieron la siguiente lista de candidatos del Partido Liberal, para Representantes, por la Circunscripción Electoral de Bolívar, para el período de 1982 a 1986:

Principales	Suplentes
José María Caballero Salguedo	Javier Rafael Caballero Salguedo

"Y acompañaron los memoriales de aceptación de los candidatos.

"Como la aceptación posterior modifica, al tenor de la ley, y de ello hay amplia Jurisprudencia del Consejo de Estado, la realizada para la misma Corporación con anterioridad, se entiende que el Doctor José María Caballero Salguedo, de hecho y de derecho, estaba renunciando a su figuración en la lista encabezada para la Cámara de Representantes por Alvaro Enrique Benedetti Vargas. Puede verse la sentencia del Consejo de Estado de 2 de octubre de 1973. Actor: Servio Tulio Lozano, Ponente Nemesio Camacho Rodríguez, Anales del Consejo de Estado Tomo LXXXV números 439 y 440, páginas 405 y 33, aprobada por unanimidad.

"Posteriormente, el 3 de marzo de 1982, un mes después de la inscripción de la lista, deciden los inscriptores retirarla y los candidatos renunciar a su postulación en la lista encabezada por José María Caballero Salguedo, antes transcrita. Pero no se produce el documento indispensable de nueva modificación de la lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas para la Cámara, ni la necesaria nueva aceptación del doctor José María Caballero Salguedo, quien legalmente había renunciado a formar parte de la lista de la Cámara encabezada por Benedetti, lugar al que no volvía por el hecho de haberse retirado la lista de candidatos por él encabezada para la misma Corporación, la Cámara de Representantes. El hecho de que hubiere renunciado a la candidatura y que la lista inclusive se hubiere retirado, es muestra CONTUNDENTE de que el Acto Jurídico se produjo, tuvo existencia legal y validez, y por consiguiente produjo efectos a la luz de nuestro Estado de Derecho.

"Se requeriría por tanto, que el doctor Humberto Benedetti Vargas y el señor Alfredo José Rodríguez Lambis modificaran la lista inicial y volvieran a inscribir a José María Caballero Salguedo como tercer suplente de la lista por ellos inscrita. Y se necesitaba que el señor José María Caballero Salguedo, aceptara nuevamente, de manera expresa, su postulación. Porque no se produce, repetimos, el reintegro automático. Si el doctor José María Caballero Salguedo, decidió renunciar a su postulación en la lista por él encabezada, podía ello significar, a la luz de las normas jurídicas, que su voluntad era regresar a la tercera suplencia precitada, porque como ya se dijo no hubo documento alguno de modificación de la lista ni de aceptación de la candidatura por Caballero Salguedo.

"En sentencia de 31 de octubre de 1980, la Sala Plena del Consejo de Estado decretó nulidad del Acuerdo No. 12 de 26 de junio de 1978, expedido por la Corte Electoral, considerando como vicio generador de la nulidad del voto la no coincidencia total de la lista regularmente inscrita o legalmente modificada con la papeleta de votación.

"El doctor Alvaro Enrique Benedetti Vargas procedió a imprimir la totalidad de sus papeletas para la Cámara de Representantes incluyendo el nombre de José María Caballero Salguedo, sin que a la luz de la ley, pudiese utilizarse válidamente ese nombre para la confección de las papeletas de votación.

"La misma Corte Electoral considera que la agregación de nombres a los que figuren en la inscripción legalmente 'constituye señuelo para los electores ingenuos y aun para los candidatos edicionales, o puede también servir al propósito de crear confusiones para el escrutinio de una lista legítima. En ambos casos se trataría de prácticas viciosas, encaminadas a desviar la verdadera voluntad de los sufragantes'.

"Pues bien, si en las papeletas figura, como en efecto figura, el nombre de José María Caballero Salguedo como tercer suplente, se le utilizó como señuelo para los electores ingenuos constituyéndose así una práctica viciosa encaminada a desviar la verdadera voluntad de los sufragantes. Es decir, el elector expresó su voluntad por OTRA lista, con el mismo encabezamiento de Alvaro Enrique Benedetti Vargas, pero no por la legalmente apta para cómputos electorales.

"No se pueden contabilizar las papeletas de votación identificándolas simplemente por el nombre de quien encabeza cada una de ellas, sin hacer distingo en el correspondiente registro electoral, en el sentido de si tales votos eran a favor de la lista legamente inscrita, o de otra con igual encabezamiento. Un cómputo así realizado, altera la verdad del resultado de la elección, a menos que se enmiende oportunamente por el escrutador, de acuerdo con la ley.

"En los Escrutinios Generales de la circunscripción Electoral de Bolívar, se computaron como válidos los votos depositados por la lista a la que se hizo referencia no obstante que el señor José María Caballero Salguedo válidamente no podía figurar en las papeletas de votación.

"Los votos depositados por la lista encabezada para Cámara por Alvaro Enrique Benedetti Vargas son todos nulos, y por tanto no pueden entrar como válidos para la determinación del cuociente electoral, el cual al variar condiciona el resultado de la declaratoria de elección de Representantes a la Cámara, por la Circunscripción Electoral de Bolívar, Período Constitucional de 1982 a 1986. Por tanto, impugnamos mediante esta acción electoral que se inicia dentro del término legal, según los artículos 209 del Código Contencioso Administrativo y 167 de la Ley 28 de 1979, el Acto de escrutinio General que contiene las declaratorias de elección, es decir del Acuerdo número 18 de 1982, emanado de la Corte Electoral.

"l) Los votos computados en cabeza de Dalmiro Rafael Pérez Narváez, corresponden a la Cámara encabezada por el doctor David Turbay Turbay que tiene como suplente, precisamente, al doctor Dalmiro Rafael Pérez Narváez. Estos votos aparecen erróneamente computados en el Municipio de Cartagena, concretamente en las mesas de la zonificación, es decir de la 50 a la 672.

"m) El doctor Alvaro Enrique Benedetti Vargas, dentro de los seis meses anteriores a la elección fue profesor de tiempo completo o medio tiempo de la Universidad de Cartagena, con violación del artículo 108 de la Constitución Nacional en cuanto figuró como candidato a Corporaciones Públicas, Cámara de Representantes.

"n) El doctor Yamil Antonio Guerra Revollo, dentro de los seis meses anteriores a la elección como miembro de las Juntas de Planeación Municipal, Valorización Municipal y Fomento Taurino, en el Municipio de Cartagena.

"o) El doctor Rafael Vergara Támara, durante los seis meses anteriores a la elección se desempeñó como miembro de las Juntas Directivas de la Electrificadora de Bolívar y de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—.

"p) El doctor Arturo Facio Lince López dentro de los seis meses anteriores a la elección se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena".

3. Disposiciones violadas:

—Del Orden Constitucional: Los artículos 20, 108 inciso segundo y 180.

—Del Orden Legal: a) Ley 28 de 1979;

—Artículos 7, 152 (Causales 2, 3, 6 y 7), 173 (Causales 2, 3, 6, 7 y 10), 134 inciso final, 158, 164, 165 y 172 (Causales 3 y 6).

b) Ley 85 de 1981.

c) Código Contencioso Administrativo:

—Artículos 195 (numerales 3 y 6), 196 (causales 2, 3 y 6), 197, 201, 204, 205 y 206.

d) Ley 187 de 1936;

Artículo 4o.

d) Ley 7a. de 1932.

—Artículo 4o.

f) Decretos:

—800 de 1947 en sus artículos 6o. y 8o.

—3254 de 1963 artículos 41, ordinal 8o. y 42

—3225 de 1959 artículos. 51, ordinal 8o. y 52

4. Concepto de violación;

"Preceptúa el artículo 112 del Código Electoral que los Jurados de Votación deben elaborar cuatro ejemplares de Acta de Escrutinio de cada mesa, las cuales deben ir firmadas por ellos. Así mismo prevé el artículo 152, causal 6o., que las actas de escrutinio de jurados de votación que no estén firmadas siquiera por tres de éstos en sus cuatro ejemplares debe abstenerse de computar su votación la correspondiente Corporación Escrutadora (artículo 17, inciso final, de la Ley 85 de 1981 y 134, inciso final, de la Ley 28 de 1979). Todos los preceptos que se dejan citados fueron quebrantados por el Acuerdo demandado, ya que ninguna de las normas se aplicó al computarse las mesas 565, 292, 620 y 625, entre otras, de Cartagena. Esto, a la luz del artículo 195, causal 3o. de la Ley 167 de 1941 constituye causal expresa de nulidad.

"En los jurados de votación acusados se permitió la votación de personas sin cédula de ciudadanía, o con cédulas no inscritas a pesar de no haber sido expedidas en la localidad donde sufragaron sus titulares, o que no aparecían en la lista parcial (formulario E-5) de sufragantes o censo electoral de la respectiva mesa. De este proceder se infiere quebranto de los artículos 50, 51, 60, 61 y concordantes del Código Electoral y, a términos de la causal 6a. del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo las actas de escrutinio de jurados de votación de las mesas demandadas son nulas, ya que la ley presume fraude en los registros de jurados de votación en los cuales aparecen sufragando un mayor número de personas de las que se comprueba que lo hicieron en forma legal, como es el caso de las mesas de votación denunciadas en esta demanda.

"Con la falta de correspondencia de los nombres o apellidos de presuntos electores registrados en los formularios E-5 (lista de sufragantes) y E-3 (Registro General de

Votantes), la inclusión de electores ficticios, la falta del orden de votación en la correspondiente mesa, la falta de firmas de los Jurados de Votación en los mismos registros, el no diligenciamiento completo de éstos, la falta de fecha, los borrones o tachaduras, enmendaduras, etc., son prueba fehaciente de que el acto electoral, o es falso o es apócrifo, aunque la correspondiente Acta de Escrutinio (Formulario E-6C) de jurados de votación aparezca en su forma externa ajustada a la ley, pues bien puede haber simplemente escrutinio sin que lo haya precedido el acto de elección. Es este precisamente el caso sancionado con nulidad del Acta de Escrutinio por el artículo 196, causal 2 del Código Contencioso Administrativo, por ser falso o apócrifo el registro mismo, o ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación. Por consiguiente, las Actas de escrutinio de las mesas querelladas son también nulas conforme a la norma invocada.

"En el Municipio de Santa Rosa los votos emitidos en la elección se computaron con violación del sistema electoral adoptado en la ley. (Causal 6 del artículo 173 de la Ley 28 de 1979). De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 85 de 1981, el escrutinio municipal se hace con base en las actas de los jurados de votación. En Santa Rosa el escrutinio se hizo voto a voto, como expresamente consta en el Acta Municipal de Escrutinios sin que tuvieren en cuenta para nada las Actas de los Jurados de Votación. Es más, se computó como válida la mesa número siete no obstante estar ella en blanco, acudiéndose al sistema del recuento. Afirmamos que debe realizarse el escrutinio de acuerdo con lo que consignan las Actas de Escrutinio y no con base en el recuento caprichoso y no solicitado que adelantaron los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal. Si bien el evento puede darse, resultan curiosos los datos del precitado recuento, en donde hay casi 150 votos de más para la Cámara de Representantes sobre las otras Corporaciones en juego.

"En el Municipio de Cartagena, entre otras cosas, en las mesas 433, 125, 280, 24, 318, 406, 460, 465 y 1 de Pasacaballos, 3 y 2 de Arroyo Grande, 148, 425, 292, 452, 611, 609, 608, 607, 614, 593, 2 de Bayunca y en el Municipio de Soplaviento las mesas 5, 6, 8 y 9, el número de votos escrutados supera a los electores. No se puede afirmar que por lo que hace a la irregularidad de que el registro de votantes no coincida con los votos pudo ser que se dejaron de anotar nombres de ciudadanos que votaron, como en alguna ocasión lo afirmara el Consejo de Estado. ¿Cómo es eso que lo que se presume legalmente es el incumplimiento del deber legal de los jurados y no todo lo contrario? El número de personas que podían sufragar válidamente en estas mesas puede ser inferior a 400. El número de 400 hace relación a una etapa administrativa anterior a la elección, con base en la capacidad racional de votación en una mesa y para ocho horas. Pero con posterioridad a la elección, "los que podían votar en ella", hace relación expresa a quienes real y válidamente lo hicieron. No concebimos cómo puede desestimarse una reclamación cuando el número de sufragantes registrados debidamente, lo contrario debe mostrarse, sea UNO y los votos escrutados lleguen a 400. Por tanto se da la cabal y justa aplicación del artículo 152, ordinal 4, de la Ley 28 de 1979 en estos eventos, que derivan al tenor del artículo 172 de la misma ley en la nulidad de las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación. El listado de sufragantes es un documento electoral, que cumple el papel en el proceso y al que hay que darle credibilidad en cuanto se ajuste a la ley y en cuanto determina el número de electores que se hicieron presentes en la jornada electoral a ejercitar el derecho del sufragio. Mal pueda la ley avalar un resultado en donde se evidencia el fraude, pues de haber votos de más, éstos están favoreciendo injustamente a alguien. De otra parte, ya no es procedente la incineración para subsanar esta irregularidad, pues lo que se incinera son sobres con papeletas y no papeletas solas, pues la ley electoral en su artículo 110 autoriza al ciudadano para votar si así lo desea, por menos de las Corporaciones para las cuales se realiza la elección y no puede el escrutador interpretar la voluntad del elector sino registrarla debidamente.

Por tanto, no se puede, en este instante, afirmar que los votos sobrantes son 10, 20 ó 30 porque ya no hay sobres, ya las papeletas han sido sacadas de ellos. Por tanto, cabe plenamente la nulidad de estas actas de jurados de votación.

"En cuanto al cómputo de votos para la lista de Alvaro Enrique Benedetti Vargas como cabeza para Cámara de Representantes, lista que como ya se dijo no fue regularmente inscrita, afirmamos que es contrario a la ley porque los escrutadores, a quienes en su carácter de funcionarios públicos el artículo 20 de la Constitución Nacional sólo les permite hacer lo que expresamente les autoriza la ley, ejercieron atribuciones por fuera de los preceptos constitucionales y legales y en abierta oposición con ellos. En otras palabras, confundieron su función específica de escrutar con la de elegir que no tenían, permitiendo el precepto constitucional que en todo caso impone el artículo 180 de la Carta, consistente en asegurar la independencia de una y otra función.

"De conformidad con el Decreto 800 de 1947 en sus artículos 6o. y 8o., con la Ley 187 de 1936, artículo 4o., con la Ley 7a. de 1932, artículo 4o., 41 ordinal 8 y 42 del Decreto 3254 de 1963 y 51 ordinal 8 y 52 del Decreto de 1959, y ordinal 7o. del artículo 152 de la Ley 28 de 1979, solamente por las listas legal y oportunamente inscritas pueden los escrutadores computar votos.

"La misma Corte Electoral sentó doctrina y decisión en su Acuerdo No. 6 de 11 de mayo de 1978, correspondiente a los escrutinios de Boyacá, según el cual cuando se depositan votos por lista con la misma cabeza, pero sólo una de ellas debidamente inscrita, sólo se computan los correspondientes a ésta, ya que la otra queda 'sometida por lo tanto en el resultado electoral a la aplicación del ordinal 8o. del Artículo 51 del Decreto 3325 de 1959 y del ordinal 8 del artículo 41 del Decreto 3254 de 1963'.

"Deben por tanto corregirse los cómputos de votos, pues la lista encabezada por Alvaro Benedetti Vargas, la regularmente inscrita, no es idéntica a la utilizada en la papeleta de votación, en la cual se incluyó indebidamente a la luz de la ley el nombre de José María Caballero Salguedo sin que válidamente pudiese realizarse dicha inclusión, puesto que el señor Caballero Salguedo de hecho y de derecho había renunciado a formar parte de dicha lista al aceptar encabezar para la misma Corporación otra lista. La aceptación posterior implica una renuncia a la aceptación anterior, como ya lo ha dicho en múltiples ocasiones el propio Consejo de Estado.

"Hemos afirmado, igualmente que en el Acta de Escrutinios aparecen 28 votos computados en favor del doctor Dalmiro Pérez Narváez, como candidato a la Asamblea. El doctor Dalmiro Pérez Narváez es el suplente del doctor David Turbay Turbay para la Cámara. Rogamos por tanto se corrija este error y se computen previa verificación estos votos, de acuerdo con la ley.

"Los doctores Alvaro Benedetti Vargas y Yamil Guerra Revollo, Rafael Vergara Támara entre otros candidatos a Senado y Cámara, dentro de los seis meses anteriores a la elección formaron parte de las Juntas Directivas de Organismos Municipales, Departamentales o Nacionales, como se mencionó en la parte motiva de esta demanda. A la luz del artículo 108 de la Constitución, interpretado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, actuando como ponente el doctor Humberto Mora Osejo, se determinó el 30 de noviembre de 1981 que "los miembros de Juntas Directivas de Entidades descentralizadas, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan, ejercen autoridad en el sentido y alcances señalados en la sentencia transcrita, por cuanto dirigen y administran por lo general un servicio público, adoptan las plantas de personal de la Entidad, así como los planes de la misma, aprueban la celebración de contratos, en algunos casos designan ciertos funcionarios, expiden los estatutos del

Organismo, en fin ejercen un conjunto de funciones propias de quienes detentan autoridad lo que implica la posibilidad de ejercer influencia en beneficio personal sobre los usuarios del servicio público prestado por la entidad.

"No obsta a lo expuesto que los miembros de Juntas Directivas tanto en el orden nacional como en el local, no sean considerados funcionarios públicos a pesar de que ejercen funciones públicas, porque se trata de una previsión oponible únicamente para efectos administrativos, particularmente para reconocerles en forma exclusiva honorarios por su asistencia a cada una de las reuniones de la correspondinte junta, pero ello en modo alguno puede servir de criterio de interpretación del artículo 108 de la Constitución que como norma superior es prevaleciente.

"En conclusión, los miembros de Juntas Directivas de Entidades descentralizadas se encuentran inhabilitados para aspirar a Corporaciones Públicas (Congreso o Asambleas), salvo que se retiren de sus cargos en el lapso señalado en el artículo 108 inciso 2 de la Constitución.

"El ejercicio de dichos cargos determina a la postre la coacción sobre los electores. Solicitamos por tanto, que de comprobarse la violación denunciada del artículo 108 de la Constitución Nacional, ya sea por las personas que hemos mencionado o por cualquiera de los demás candidatos a Congreso, se decrete la nulidad de la elección. Pero solicitamos la nulidad de la totalidad de la lista y no simplemente del renglón ilegible, porque de la inmoral e ilegal actuación de uno se benefician todos los de la lista y quedan protegidos por la impunidad. Solicito por tanto que se declare que no son escrutables ni computables los votos emitidos por ninguno de los candidatos que integran las listas encabezadas por los nombres en este escrito mencionados, como las de los demás candidatos a Congreso que se encuentren en este evento; debiendo el Consejo de Estado realizar el escrutinio de los votos emitidos en la Circunscripción Electoral de Bolívar para Senado y Cámara, haciendo la declaratoria de elección que corresponda según la totalidad de votos válidos y escrutables emitidos por las restantes listas inscritas".

5. Causales de Nulidad:

"Como consecuencia de las infracciones de orden constitucional y legal que se han dejado puntualizadas a lo largo de este libelo, las actas de escrutinio de los jurados de votación y de la Corte Electoral acusadas, correspondientes a las elecciones de Senadores y Representantes del 14 de marzo de 1982 de la Circunscripción Electoral de Bolívar, período constitucional de 1982 a 1986, deben ser anuladas por el Consejo de Estado por cuanto se configuran las causales de anulación contempladas en los artículos 196, numerales 3 y 6 y 196 causales 2, 3 y 6 del Código Contencioso Administrativo, así como las de los artículos 201, 204, 205 y 206 del mismo estatuto.

"Se configuran las invocadas causales de nulidad de las Actas de Escrutinio acusadas, en razón de que está plenamente demostrado que se computaron actas de escrutinio de jurados de votación que no están firmadas siquiera tres de éstos en sus cuatro (4) ejemplares; que en dichos jurados de votación sufragaron mayor número de ciudadanos de los autorizados por la ley; que en dichas mesas de votación aparece que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación; que se computaron votos emitidos por listas irregularmente inscritas, en fin, que los votos emitidos en las elecciones de Senado y Cámara impugnadas se computaron con violación del sistema electoral adoptado por la Constitución y las leyes de la República.

"Por tanto, deberá ordenarse por el Consejo de Estado que se excluyan del cómputo general los votos contenidos en los registros precitados en este libelo, depositados el 14

de marzo de 1982 en la Circunscripción Electoral de Bolívar para Senado y Cámara de Representantes, conforme al mandato del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo.

Consecuente con lo anteriormente expuesto, de conformidad con los fundamentos de hecho y con respaldo en las disposiciones que estimo quebrantadas, me permito solicitar al Honorable Consejo de Estado que, previos los trámites del juicio electoral previstos en el capítulo XX del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el título 10 de la Ley 28 de 1979 y disposiciones pertinentes de la Ley 85 de 1981, y con citación del señor Agente del Ministerio Público y de todos los ciudadanos elegidos Senadores y Representantes a la Cámara, principales y suplentes, por la Circunscripción Electoral de Bolívar en el Acuerdo número 18 de 1982 de la Corte Electoral".

6. Solicitud de pruebas:

Fue hecha en la demanda y en memorial posterior (Fols. 36 a 38 y 48 a 50).

c) Proceso 942 (Darío Giovanni Torregroza Lara).

1. Peticiones de la demanda:

"PRIMERO.— Que se declare NULO el escrutinio realizado por la Corte Electoral mediante el acuerdo número 18 del 13 de julio de 1982, escrutinio por el cual se hizo la declaratoria de elección de los Senadores y Representantes a la Cámara, por la Circunscripción Electoral de BOLIVAR, para el período constitucional 1982-1986, pero únicamente en cuanto que mediante dicho escrutinio y respectivo acuerdo se declaró la elección de Senadores de la República y Representantes a la Cámara y previa la anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación que enumero en la tercera parte de esta demanda referente a los motivos por los cuales se pide la anulación del Acuerdo 18 del 13 de julio de 1982 y la anulación de los registros por los cuales se computaron como válidos los votos depositados en esas mesas de votación.

"SEGUNDO.— Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene practicar y se practique por esa Honorable Corporación un NUEVO ESCRUTINIO de los votos emitidos el 14 de marzo de 1982 para Senado de la República y Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de BOLIVAR para el período constitucional 1982-1986, escrutinio que se practicará únicamente con base en los registros que no hayan sido declarados nulos y previa ratificación (sic) de los errores aritméticos que se demuestre en este proceso se cometieron.

"TERCERO.— Que se expidan las respectivas credenciales a quienes con el nuevo escrutinio sean declarados electos, se cancelen las credenciales anteriormente expedidas y que, para los efectos del artículo 240 del Código Contencioso Administrativo, se dé aviso de los resultados del nuevo escrutinio a los señores Presidentes de la Corte Electoral, Ministerio de Gobierno, Gobernador del Departamento de Bolívar, Presidente del Senado y Presidente de la Cámara de Representantes".

2. Motivos o hechos de la demanda:

.....

"a) Se computaron Actas de Escrutinio del Jurado de Votación (Formulario E6-C) que están firmadas por menos de tres (3) Jurados en sus cuatro ejemplares.

"b) Se tuvieron en cuenta las Actas de Escrutinio de Jurado de Votación en las cuales aparece que sufragaron mayor número de ciudadanos de los que según los propios registros podían hacerlo legalmente.

"c) Existió error aritmético al totalizar los resultados electorales por la mencionada circunscripción.

"d) Se computaron Actas de Escrutinio de Jurado de Votación cuyo registro es falso o apócrifo o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación.

"QUINTO.— Según lo afirmado por el hecho anterior se computaron como registros válidos pliegos que, aunque no son los únicos que así se tuvieron en cuenta, procedo a especificar así:

"a) Los cuatro ejemplares de las Actas de Escrutinios de las mesas de votación números 292, 565, 620 y 625 de Cartagena no están firmados por tres jurados cuando menos.

"b) En las mesas números 148, 292, 425, 452, 593, 607, 608, 609, 611, 614, 620 y 625 de Cartagena, en las mesas 5, 6, 8 y 9 de Soplaviento, en la mesa número 2 de Bayuna Corregimiento de Cartagena, en las mesas 2, 5, y 10 del Municipio de Santa Rosa el número de votos escrutados supera el número de sufragantes.

"c) Así mismo el registro general de votantes (Formulario E-5) y el registro de sufragantes (Formulario E-3), el Acta de Escrutinio del Jurado de Votación (Formulario E-6C) no están firmados por siquiera tres (3) de los Jurados de Votación, lo que indica que dichos registros son apócrifos correspondientes a las mesas 561 a 569, 576 a 597, 600 a 615, 620 a 673 de Cartagena. Idéntica situación es la de las mesas números 1, 2, 3, 4 y 5 del Corregimiento de Ternera, Municipio de Cartagena; las mesas 1 al 9 del Corregimiento de Bayunca, Municipio de Cartagena, e igual afirmación se hace de las mesas de los Corregimientos de Arenal, El Fique, Santa Teresa, Boca de la Honda y Bodega Central, Corregimientos éstos del Municipio de Morales, como sobre la totalidad de las mesas que funcionaron en esa cabecera municipal. Lo mismo se puede afirmar de las mesas 7, 8 y 10 del Municipio de Santa Rosa.

"d) En el Municipio de Santa Rosa no se tuvieron en cuenta para efectos del escrutinio las Actas de los Jurados de Votación, y la Comisión Escrutadora Municipal de Santa Rosa escrutó todas las mesas de votación de modo propio, como se puede verificar en la respectiva Acta y se computó la mesa número 7 de éste municipio no obstante estar el Acta en blanco en cuanto a resultado de candidatos, y así por ejemplo el candidato Alvaro Benedetti Vargas tiene en las Actas de Jurado de Votación un total de 80 votos y en el Acta de Escrutinio Municipal aparece con 120 votos, error que debe corregirse".

3. Disposiciones violadas:

"De la Constitución Nacional los artículos 10, 16, 20, 55 y las normas pertinentes del Título XVII, "De las elecciones"; del orden legal se violaron los artículos 112, 152, 172, 173 del Código Electoral; artículos 13, 18, 29 de la Ley 85 de 1981; artículos 197, 201, 204, 205 y 206 del Código Contencioso Administrativo".

4. Concepto de la violación:

"La expedición del Acuerdo número 18 de 1982 de la Corte Electoral no dio explicación debida al sistema de escrutinios consagrado por las leyes electorales que tienen su fuente de validez en la Carta Magna.

"La Corte Electoral ejerció sus atribuciones de escrutador por fuera de los claros términos previstos en cada una de las normas constitucionales que se consideran

quebrantadas y se presentó en la expedición del acto acusado una confusión entre la función de escrutar y la de elegir, a pesar de su diferencia garantizada en el Título XVII, artículo 180 de la Constitución.

"En lo que respecta a las normas legales violadas por el escrutinio demandado, tenemos:

"a) El artículo 112 del Código Electoral (Ley 85 de 1979) preceptúa que del escrutinio que realicen los jurados de votación se extenderá un acta con cuatro ejemplares iguales que se firmarán por los miembros del jurado de votación; el artículo 152 establece como causal de reclamación el no cumplimiento de lo anterior, lo cual según el artículo 195 del Código Contencioso Administrativo es causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados, y en consecuencia se quebrantaron las anteriores disposiciones al computarse mesas como la 565, 292, 620, 625 de Cartagena, y las 1 a 9 del Corregimiento de Bayunca, Municipio de Cartagena, las mesas 7, 8 y 10 del Municipio de Santa Rosa, por ejemplo.

"b) Se quebrantó el artículo 152 del Código Electoral y el 172 del mismo, porque sufragaron en un jurado de votación mayor número de ciudadanos de los autorizados por la ley, pues en mesas como la 24, 125, 148, 280, 292, 425, 433, 452, 593, 609, 611 y otras de Cartagena, en las mesas 5, 6, y 9 de Soplaviento, en las mesas 2, 5 y 10 del Municipio de Santa Rosa, por ejemplo, el número de votos escrutados supera el número de sufragantes, lo cual es muestra indubitable de la existencia de graves anomalías y mejor aun de fraude, lo cual en forma inexplicable fue admitido por la Corte Electoral cuando el Acuerdo 18 dijo: 'Se impone advertir que si bien en algunas de las mesas antes citadas el número de votos para la Cámara es mayor al número de ciudadanos anotados en el registro de sufragantes, este hecho es muy diferente al previsto en el ordinal 4o. del artículo 152 del Código Electoral...' (página 10 del Acuerdo). Lo que no hace sino consentir la actuación ilegal de los jurados de votación que incurrieron en principio en tan lamentables errores. En el escrutinio acusado se admiten graves irregularidades que a todas luces lo afectan y vician de nulidad como hemos sostenido al violar las normas que se han citado.

"c) Para emplear un término tan caro en la terminología de la Dogmática, diremos que se 'tipificó' y no que se violó la causal segunda del artículo 196 del Código Contencioso Administrativo al aparecer mesas en las cuales faltan firmas de los jurados de votación en los registros, aparece el no diligenciamiento completo de éstos, les falta la fecha o tienen borrones, tachaduras, enmendaduras, etc., se incluyen electores ficticios, lo cual hace que las actas de escrutinios querelladas sean nulas.

"d) Se configuró igualmente, la causal sexta del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, pues en el Municipio de Santa Rosa, según consta en la respectiva acta del escrutinio municipal, éste se realizó sobre los votos emitidos y no con base en las actas de los jurados de votación, lo cual es violatorio del sistema electoral y en especial del artículo 13 de la Ley 85 de 1981.

"e) Se configura la causal 10a. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, pues existe error aritmético en la totalización de los resultados electorales de la circunscripción de Bolívar, lo mismo que equivocaciones en las actas de escrutinios sobre los nombres y apellidos de los candidatos, así por ejemplo en el Acuerdo 18 de 1982 en la lista de votos emitidos para la Asamblea aparece el doctor Dalmiro Pérez Narváez con 28 votos, cuando él no figuraba como candidato a esa Corporación, sino como candidato a la Cámara de Representantes.

"f) Quedan así pues explícitas las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y el Acuerdo de la Corte Electoral por el presente libelo

demandados, como consecuencia de las infracciones de orden constitucional y legal detalladas y de la configuración de esas causales al tenor de los artículos 195 y 196 del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones de la Ley 28 de 1979".

5. Solicitud de pruebas:

Fue hecha en demanda y en memorial posterior (fols. 24 y 34).

d) Proceso 943 (Dario Giovanni Torregroza Lara).

1) Peticiones

PRIMERO: Que se declare nulo el escrutino realizado por la Corte Electoral mediante el Acuerdo No. 18 del 13 de Julio de 1982, escrutinio mediante el cual se declaró la elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral ce Bolívar, para el período constitucional de 1982 a 1986, nulidad que solicito previa anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación que mencionaré en este libelo y de los registros por los cuales se computaron como válidos los votos depositados en dichas mesas de votación, pero sólo en cuanto a Cámara de Representantes se refiere.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene practicar un nuevo escrutinio de los votos emitidos el 14 de marzo de 1982 para Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de Bolívar, excluyendo del cómputo general los votos contenidos en los registros anulados, escrutinio que se practicará por el Consejo de Estado de acuerdo con lo prescrito en los artículos 238 a 240 del Código Contencioso Administrativo.

TERCERO: Que se haga la correspondiente declaratoria de elecciones, se expidan las correspondientes credenciales y se cancelen las expedidas a quienes legalmente corresponda, y que se comuniquen los resultados del nuevo al Presidente de la Corte Electoral, al Ministerio de Gobierno del Departamento de Bolívar y al Presidente de la Cámara de Representantes".

2) Hechos o motivos:

"Consideramos que todos los votos computados en cabeza de la lista de ALVARO ENRIQUE BENEDETTI VARGAS, para la Cámara de Representantes contrarían la Ley Colombiana y deben ser considerados como nulos.

En efecto, los ciudadanos HUMBERTO BENEDETTI VARGAS y ALFREDO JOSE RODRIGUEZ LAMBIS, inscribieron la siguiente lista de candidatos del partiso liberal para representantes a la Cámara, por la circunscripción electoral de Bolívar, para el período 1982 a 1986:

Principales	Suplentes
Alvaro Enrique Benedetti Vargas	Yamil Antonio Guerra Revollo
Jorge Ignacio Lorduy Benedetti	Felipe Santiago Paz Espinosa
José Tres Palacios Martínez	José María Caballero Salguedo

"Esta lista quedó a la luz de la Ley, perfeccionada como apta para recibir el favor popular.

"Sin embargo, el 2 de febrero de 1982, JOSE BENJAMIN CARRILLO y BERNARDO RAFAEL ROMERO PARRA, inscribieron otra lista de candidatos del par-

tido liberal para representantes por la cincunscripción electoral de Bolívar, para el período 1982 a 1986, lista encabezada por el doctor José María Caballero Salguedo, quien figuraba en la primera lista mencionada en este libelo como tercer suplente.

"La aceptación del doctor José María Caballero de figurar como cabeza de lista para la Cámara de Representantes, implicó a la luz de la normas de nuestro estado de derecho su renuncia tácita a figurar en la lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas como tercer suplente.

"El 3 de marzo de 1982 decidieron los inscriptores de la lista de candidatos a la Cámara encabezada por José María Caballero Salguedo retirarla, e igualmente se produjo la renuncia de los dos candidatos inscritos.

"Pero no se produce el fenómeno de regreso automático a la lista encabezada por Alvaro Benedetti Vargas, como se ha alegado, pues se requería una nueva modificación de la lista por él encabezada al igual que la expresa manifestación del doctor Caballero Salguedo de reincorporarse a dicha lista en la calidad de tercer suplente.

"La Corte Electoral, mediante el acto que se acusa con la presente demanda, que es el Acuerdo No. 18 del 13 de Julio de 1982 'por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones dictadas por los delegados de la Corte durante el escrutinio general de los votos correspondientes a las elecciones realizadas el 14 de marzo en la circunscripción electoral de Bolívar', consideró que en efecto la lista encabezada por Alvaro Benedetti Vargas para la Cámara de Representantes no tenía tercer suplente.

"Pero lo que se solicitaba de la Corte Electoral era quizá la resolución de un problema de derecho y no de hecho, que son básicamente los de su competencia.

"En efecto, lo grave, lo anómalo, lo que viola el sistema electoral colombiano de votos por listas de partido, es el aceptado y claro hecho de la utilización indebida del nombre de José María Caballero Salguedo en las papeletas de votación, con lo cual se engañó a electores ingenuos. la papeleta de votación debe ser idéntica a la lista legalmente inscrita. Así lo aceptó el Consejo de Estado en acción electoral promovida por David Turbay Turbay y otros, sentenciada en Sala Plena el 31 de octubre de 1980.

"Y es natural que ello sea así. Un derecho de raigambre constitucional y tan caro a toda democracia, debe ser resguardado contra toda forma de fraude, de engaño, de desviación de la voluntad del constituyente primario.

El nombre de José María Caballero Salguedo es un accidente, bien se pudo utilizar el de cualquiera de los magistrados del Consejo de Estado, o el del Presidente de la República, Ministros y gobernadores, personas en síntesis, con poder e inhabilitados inclusive, para figurar válidamente en una lista para corporaciones públicas. En ese el hecho que solicitamos se sancione. El elector merece respecto y por tanto la papeleta impresa no debía contener el nombre de José María Caballero Salguedo, como lo contiene la mayoría de las utilizadas y habrá de determinarlo el Consejo de Estado al practicar sobre la totalidad de las mesas que funcionaron en la circunscripción electoral de Bolívar un escrutinio o inspección sobre todas la papeletas de votación por Alvaro Enrique Benedetti Vargas como candidato a la Cámara de Representantes.

"Las comisiones escrutadoras computaron como válidos esos votos, sufragios que determinaron el cuociente electoral, cuociente que sería distinto al decretarse la nulidad de los mismos, nulidad que expresamente solicitamos, y que se encuentra dentro de los presupuestos jurídicos contemplados por el Consejo de Estado como sanción a lo que

sustituye señuelo para los electores ingenuos y aun para los candidatos adicionales, en fin, como correctivo de practicas viciosas, encaminadas desviar la verdadera voluntad de los sufragantes".

3. Fundamentos de derecho o disposiciones violadas:

Decreto 800 de 1947, artículos 6 y 8; Ley 187 de 1936, artículo 4; Ley 7 de 1932, artículo 4; Decreto 3254 de 1963, artículos 41, ordinal 8o., y 42; Decreto 3225 de 1959, artículos 51, ordinal 8o. y 52; Ley 28 de 1979, artículo 152, ordinal 7o.

3. Concepto de la violación:

"Las causales de nulidad invocadas se configuran plenamente, en cuanto se computaron votos emitidos por listas irregularmente inscritas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo ha afirmado el Consejo de Estado, en Sala Plena, en negocio precisamente correspondiente a la circunscripción electoral de Bolívar, sentenciado el 31 de Octubre de 1981.

"La lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas para la Cámara, la que obtuvo sufragios, no es la regularmente inscrita si no otra lista con igual encabezamiento, como ha quedado a cabalidad demostrado en el Acápite Hechos de este libelo.

"No habiendo sido 'regularmente inscrita', como lo contempla la ley, para considerarla apta como medio de expresión popular, los escrutadores debieron haberse abstenido de computar los votos depositados el 14 de Marzo de 1982 por dicha lista, como expresamente se les solicitó. Al hacerlo, desobedecieron los mandatos contenidos en los artículos 51 ordinal 8 del Decreto 3325 de 1959, 41 ordinal 8 del Decreto 3254 de 1963 y 152 causal 7 de la Ley 28 de 1979, en armonía con los artículos 134 de la Ley 28 de 1979 y los artículos 52 del Decreto 3325 de 1959 y 42 del Decreto 3254 de 1963".

4. Solicitud de pruebas:

Fue hecha en la demanda y en memorial posterior (fols. 23, 24 y 32).

e) Proceso 944 (Dario Giovanni Torregroza Lara).

1. Peticiones de la demanda:

"PRIMERA: Que se declare nulo el escrutinio realizado por la Corte Electoral en el Acuerdo No. 18 del 13 de Julio de 1982, por el cual se hizo la declaración de elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Bolívar, para el periodo constitucional de 1982, previa anulación de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación mencionadas en el acápite titulado Hechos de este libelo y de los registros por los cuales se computaron como válidos los votos depositados en dichas mesas de votación.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene la práctica de un nuevo escrutinio de los votos emitidos el 14 de marzo de 1982 Senado y Cámara por la misma Circunscripción Electoral, excluyendo del cómputo general los votos contenidos en los registros anulados, escrutinio que se practicará por el Consejo de Estado con sujeción a lo prescrito en los artículos 238 y 240 del Código Contencioso Administrativo.

"TERCERA: Que se haga la correspondiente declaratoria de elección, se expidan las correspondientes credenciales y se cancelen las expedidas a quienes legalmente

corresponda, y se comuniquen los resultados del nuevo escrutinio al Presidente de la Corte Electoral, al Ministro de Gobierno, al Gobernador de Bolívar, al Presidente del Senado y al de la Cámara de Representantes".

2. Hechos o motivos:

"a) Se computó la mesa 565 de la cabecera Municipal de Cartagena, no obstante existir constancia del Tribunal Administrativo de Bolívar en el sentido de que cuando se envió el Acta de Jurado de Votación correspondiente a esta mesa para su escrutinio en la Cona (sic) de Cartagena, Registraduría Auxiliar, estaba firmada sólo por dos jurados de votación y no por tres como finalmente apareció. En lo demás constituye delito a la luz de la legislación penal colombiana y debe procederse a adelantar la más rigurosa de las investigaciones como se le solicitó al Poder Electoral. El Certificado mencionado reposa en el expediente abierto por la Corte Electoral y que desembocó en el Acuerdo No. 18 de 1982. Solicito desde ahora se demanda de la Corte Electoral el envío del precisado Certificado y se llame a declarar a los funcionarios del Tribunal Administrativo de Bolívar.

"b) Las mesas 292, 620 y 625 de Cartagena, no están en los cuatro ejemplares de las Actas de Escrutinio firmadas por tres jurados por lo menos. Igual afirmación hacemos sobre la mesa 565 también de Cartagena.

"c) No se realizó el recuento general solicitado sobre la mesa Número 1 de Ternera, corregimiento de Cartagena, no obstante hacerse solicitado con base en diferencia de más de un diez por ciento entre los partidos políticos evento plenamente configurado en el artículo 14 de la Ley 85 de 1981.

"d) Bajo la invocación no demostrada de diferencia de más de un diez por ciento en relación con su "grupo político", se hizo recuento ilegal de los votos consignados por la lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas, como candidato a la Cámara de Representantes. No hubo la necesaria fundamentación de la solicitud de recuento. La lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas para la Cámara de Representantes no fue inscrita por grupo político, sino exclusivamente bajo el rótulo de lista perteneciente al Partido Liberal. Mal podía por tanto solicitarse y concederse recuentos con base en grupos políticos inexistentes a la luz de la ley, porque su lista no fue inscrita por Directorio Político debidamente acreditado y registrado, como podía realizarse, sino por simples ciudadanos y exclusivamente como candidatos del Partido Liberal. Jamás el doctor Benedetti acreditó tener propiedad tenencia o dominio, a la luz de la ley, sobre las listas de Concejo, de Asamblea o de Senado en juego. Los derechos sólo los pueden alegar sus titulares, titularidad que en ningún momento fue acreditada y demostrada por el candidato Benedetti Vargas.

"e) Se desconoció en el Municipio de Cartagena y en el de Santa Rosa el valor probatorio de las Actas de los Jurados de Votación y de los Jurados Electorales. Ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 17 de agosto de 1943 que "En materias electorales tienen valor probatorio las Actas de los Jurados de Votación y de los Jurados electorales, siempre que ellas hayan sido extendidas con las formalidades legales. En tales condiciones, son verdaderamente documentos públicos que hacen prueba acerca de su contenido. Verdad es que las papeletas de votación son enviadas también a los jurados electorales, y que éstos en caso de duda acerca de la exactitud de los cómputos, pueden verificar, como lo expresa el artículo 143 de la Ley 85 de 1916, los hechos respectivos, efectuando un nuevo escrutinio sobre las papeletas en la forma como está dispuesto para los jurados de votación. No obstante es sabido que, de conformidad con la Ley 31 de 1929, el mérito probatorio está asignado siempre a los registros electorales, especialmente a los que se encuentran en el Tribunal Administrativo correspondiente".

"Son por lo tanto las Actas de los Jurados de Votación documentos públicos y las papeletas no lo son. Rogamos por tanto del Consejo de Estado realizar un nuevo escrutinio en los Municipios de Cartagena y Santa Rosa, teniendo como base las Actas que reposan en el Tribunal Administrativo de Bolívar, toda vez que los recuentos se adelantaron con violación del sistema electoral colombiano".

3. Disposiciones violadas:

Ley 28 de 1979: artículos 152, causal 6; 134, inciso final; 173, causal 6, y 172, causales 3 y 6; Ley 85 de 1981; artículos 13, 14 y 17; Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941): artículos 195, numerales 3 y 6, y 196, causales 2, 3 y 6.

4. Concepto de la violación:

"El artículo 92 del Código Electoral preceptúa que los Jurados de Votación deben elaborar cuatro ejemplares de Acta de Escrutinio de cada mesa, las cuales deben ir firmadas por ellos. Así mismo prevé el artículo 152, causal 6, que las actas de escrutinio de jurados de votación que no estén firmadas siquiera por tres de éstos en sus cuatro ejemplares debe abstenerse de computar su votación la correspondiente Corporación Escrutadora (Artículo 17, inciso final de la Ley 85 de 1981 y 134 inciso final de la Ley 28 de 1979). Todos los preceptos que se dejan citados fueron quebrantados por el Acuerdo demandado, ya que ninguna de esas normas se aplicó al computarse las mesas 565, 292, 620 y 625 de Cartagena. Esto, de acuerdo con el artículo 195, causal 3 de la Ley 167 de 1941, constituye causal de expresa nulidad.

"Lo de la mesa 565 es mucho más grave, toda vez que como ya se dijo, hubo agregación de una firma de jurado de votación o falsificación de ella, lo cual habrá de acreditarse no sólo solicitando a la Honorable Corte Electoral el envío del Certificado del Tribunal Administrativo de Bolívar en el que consta que hubo dicha agregación, sino igualmente mediante dictámenes grafológicos, que desde ahora solicito al Honorable Consejo de Estado sean decretados para determinar la existencia de un presunto delito. Si bien el Acta de Escrutinio de esta mesa aparece en su forma externa hoy ajustada a la ley, es nula por ser faldo o apócrifo el registro mismo, evento contemplado por el artículo 196, causal 2 del Código Contencioso Administrativo.

"En el Municipio de Santa Rosa los votos emitidos en la elección se computaron con violación del sistema electoral en la ley (Causal 6 del artículo 173 de la Ley 28 de 1979). De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 85 de 1981, el escrutinio municipal se hace con base en las actas de los jurados de votación. Como consta en la propia Acta de Escrutinio Municipal de Santa Rosa, el escrutinio se hizo papeleta por papeleta sin considerar las actas de los jurados de votación. Solicito por tanto se anule dicha acta de Escrutinio Municipal y se proceda a realizar el escrutinio teniendo como base las actas de jurados de votación correspondientes a este Municipio que se encuentran en el Tribunal Administrativo de Bolívar y que tienen valor probatorio superior.

"En Cartagena, se procedió a desconocer ese valor probatorio superior de las Actas de los jurados de Votación extendidas legalmente sobre el de las papeletas de votación, dando aplicación sin que mediara fundamentada petición de recuentos basados en "Grupos políticos" existentes y en aplicación caprichosa por tanto del artículo 14 de la Ley 85 de 1981. Por cuanto los votos se contabilizaron con violación del sistema electoral colombiano, causal tipificada en el numeral 6 del artículo 173 de la Ley 28 de 1979)".

5. Causales de nulidad:

"Como consecuencia de las infracciones legales que se han anunciado en este libelo, las actas de escrutinio mencionadas deben ser anuladas por el Consejo de Estado por cuanto se configuran las causales de nulidad contempladas en los artículos 195 numeral 3 y 6 y 196 causales 2, 3 y 6 del Código Contencioso Administrativo.

"Se configuran las invocadas causales de nulidad de las Actas de Escrutinio acusadas, en razón de que está plenamente demostrado que se computaron actas de escrutinio de jurados de votación que no están firmadas por siquiera tres de éstos, en sus cuatro ejemplares; que en la mesa 565 de Cartagena aparece que el registro es falso o apócrifo y que los votos emitidos en las elecciones de Senado y Cámara se computaron con violación del sistema electoral adoptado por la Constitución y las leyes de la República.

"Por tanto, deberá ordenarse por el Consejo de Estado que se excluyan del cómputo general los votos contenidos en los registros precitados en este libelo, depositados el 14 de marzo de 1982 en la Circunscripción Electoral de Bolívar para Senado y Cámara de Representantes, de acuerdo con el mandato del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo".

6. Solicitud de pruebas:

Fue hecha en memorial que obra a folios 34 y 35 del expediente.

"f) Proceso 950 (Francisco de Paula Benedetti Vargas).

El actor presentó demanda, que corrigió después, obviamente antes de que entrara en vigencia el artículo 230 del Decreto 01 de 1984. De su texto integrado resulta lo siguiente:

1. Peticiones:

"Que se declare NULO el escrutinio realizado por la Corte Electoral en el Acuerdo número 18 de 13 de julio de 1982, por el cual se hizo la declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción electoral de Bolívar, período 1982-1986, previa anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación enumerados en el punto 3o. de los 'MOTIVOS POR LOS CUALES SE DEMANDA EL ACUERDO No. 18 DE 1982' de este libelo.

"Que como consecuencia de lo anterior se ordene la práctica de un nuevo escrutinio de los votos emitidos el 14 de marzo de 1982 para Cámara de Representantes por la misma Circunscripción Electoral, excluyendo del cómputo general los votos emitidos en los jurados de votación cuyas actas se declaran nulas, incluyendo los votos emitidos en las mesas números 298 y 425 de la cabecera del municipio de Cartagena, rectificando los errores aritméticos denunciados en este libelo y, finalmente, haciendo el recuento de las papeletas de votación correspondientes a los votos de candidatos a la Cámara depositados en las mesas enumeradas en el punto 6o. de los 'MOTIVOS' de esta demanda, escrutinio que deberá practicarse por el Honorable Consejo de Estado con sujeción a lo prescrito por los artículos 233 a 240 del Código Contencioso Administrativo.

"Que, una vez hecho lo anterior, se proceda a la correspondiente declaratoria de elección, y que se comunique los resultados del nuevo escrutinio así practicado al Presidente de la República, al Presidente de la Corte Electoral, al Ministro de Gobierno, al Gobernador de Bolívar y al Presidente de la Cámara de Representantes".

2. Motivos o hechos:

"A) Los votos en dicha elección del 14 de marzo de 1982 fueron computados con violación del sistema electoral adoptado por la Constitución y la ley.

"B) Se computaron actas de escrutinio de jurados de votación que están firmadas por menos de tres (3) de éstos en cada uno de sus cuatro (4) ejemplares.

"C) Se tuvieron en cuenta votos depositados en mesas de votación en las cuales sufragaron mayor número de ciudadanos de los que, según los propios registros, podían hacerlo legalmente.

"D) De varias actas de escrutinio de jurados de votación, a pesar de aparecer que es falso o apócrifo su registro, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación, se hizo el cómputo de los votos en ellas contenidos.

"Los vicios anteriormente enumerados afectan los registros de las siguientes mesas de votación; Mesas números 1 del Corregimiento El Recreo, Municipio de María la Baja; Mesas números 1, 2, 3 y 4 del Corregimiento de Bochica del Municipio de Cartagena; Mesas números 22, 55, 62 y 65 de la cabecera municipal de Carmen de Bolívar; Mesa número 2 del corregimiento de San José de las Porqueras, Municipio de San Juan Nepomuceno y números 13, 26, 32 y 33 de la cabecera del mismo municipio.

"4. Las mesas números 298 y 425 de la cabecera de Cartagena, así como la número 2 del corregimiento de Bayunca del mismo municipio fueron excluidos sus votos del cómputo general, sin que existieran hechos ni razones legales válidas para ello.

"5. Se incurrió en error aritmético al computar los votos correspondientes a la Cámara de Representantes depositados en el municipio de Cartagena por las listas encabezadas por David Turbay Turbay y por Alvaro Benedetti Vargas, error aritmético que no fue corregido ni en el escrutinio municipal de Cartagena, ni en el escrutinio general practicado por los Delegados de la Corte Electoral. Dicho error aritmético consistió en que al candidato David Turbay Turbay se le computaron diez (10) más de los que realmente obtuvo en el referido municipio, mientras que a la lista encabezada por Alvaro Benedetti Vargas se le rebajaron 24 votos de los que realmente obtuvo en dicho municipio de Cartagena.

"6. Con relación a las mesas números 20, 138, 152, 243, 334, 397, 454, 460, 274, 464, 472 de la cabecera de Cartagena, 5 de Bayunca, 1 de Arroyo de Piedra, 1 de Arroyo Grande, 1 de Pasacaballo, todos corregimientos de Cartagena, los escrutadores se negaron a hacer el recuento de votos ordenado por el Artículo 14 de la Ley 85 de 1981 y 29 de la misma ley, no obstante haber sido pedido dicho recuento expresamente y en oportunidad y encontrarse dichas mesas dentro de las hipótesis legales que hacían obligatorio para las comisiones escrutadoras proceder a ello, puesto que dichas mesas tienen las actas de escrutinio de jurados de votación apareciendo una diferencia del diez (10) por ciento o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas pertenecientes al mismo partido, agrupación o sector político e, igualmente, en las mismas actas aparecen tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación.

"7. Tanto las respectivas comisiones escrutadoras municipales como los delegados de la Corte Electoral para la Circunscripción Electoral de Bolívar, como la Corte Electoral misma en su Acuerdo número 18 de 1982, en su condición de corporaciones electorales para elecciones del 14 de marzo de 1982, computaron las actas de escrutinio de los jurados de votación relacionados en el ordinal 3o. como si fueran registros válidos, a pesar de las expresas causales conforme a las cuales debieron dichas corporaciones excluir del cómputo general los votos contenidos en tales registros ya que:

"A) Ninguno de los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los Jurados de Votación tienen siquiera tres (3) firmas de éstos; algunos carecen en absoluto de firmas

de jurados, otros tienen sólo una o dos firmas y, en algunos casos, los distintos ejemplares tienen en letra de imprenta, o simplemente manuscritos, los nombres de dichos jurados.

"B) Los registros correspondientes a todas y cada una de las distintas mesas de votación que no se dejan relacionadas en el punto 3o. como el registro general de votantes (Formulario E-5) y el registro de sufragantes (Formulario E-3) no están firmados por siquiera tres (3) de los jurados de votación, lo que indica que dichos registros son apócrifos y que el acto de elección en dichas mesas es inexistente, es decir, que los elementos que sirvieron para la formación del acta de escrutinio de los jurados (Formulario E-6C), que no son otros que los registros de la elección misma aparecen como apócrifos y, en algunos casos, como falsos.

"En algunas de las mesas de las impugnadas de este libelo, los mismos registros de elección (Formularios E-5 y E-3), esto es, el general de votantes y de sufragantes no tienen la fecha de las respectivas elecciones, ni indican las corporaciones para las cuales se votó; no indican el orden de votación de los distintos electores, o el nombre completo de éstos, o les falta el número de su cédula de ciudadanía y su lugar de expedición; o aparecen en ellos que votaron ciudadanos cuyas cédulas no corresponden al lugar donde votaron, ni estaban inscritos allí para hacerlo, o dados de baja en el censo de inscripción en otro lugar para votar; o los nombres y apellidos no corresponden al titular de la correspondiente cédula. En fin, un sinnúmero de irregularidades que demuestran, que el correspondiente registro es falso o apócrifo, o que lo son los elementos que sirvieron para su formación.

"C) Confrontados los respectivos registros o formularios E-6C (Acta de escrutinio del jurado de votación), E-3 (registro general de votantes) y E-5 (lista de sufragantes) entre sí, de las diferentes mesas acusadas se establece que en cada uno de dichos jurados de votación, es mayor el número de ciudadanos sufragantes que el que quienes legalmente podían hacerlo en dichas mesas y efectivamente lo hicieron".

3. Disposiciones Violadas:

"De la Constitución Nacional los artículos 2o., 20, 172 y 180; del orden legal, los artículos 7o., 50, 51, 60, 61, 152 (causales 1a., 4a. y 6a.), 173 (causales 2a., 3a. y 6a.), 172 (causales 3 y 6) del Código Electoral, 14 y 29 de la Ley 85 de 1981, 195 (numerales 3 y 6), 196 (causales 2a., 3a. y 6a.), 197, 201, 204, 205 y 206 del Código Contencioso Administrativo y 207 ibídem".

4. Concepto de la violación:

"Preceptúa el artículo 112 de Código Electoral que los jurados de votación deben elaborar cuatro (4) ejemplares de acta de escrutinio de cada mesa, las cuales deben ir firmadas por ellos. Así mismo prevé el artículo 152, causal 6a., ib. que las actas de escrutinios de jurados de votación que no estén firmadas siquiera por tres (3) de éstos en sus cuatro (4) ejemplares deba abstenerse de computar su votación la correspondiente corporación escrutadora (artículo 17, inciso final, de la Ley 85 de 1981, y 134, inciso final de la Ley 28 de 1979).

"Todos los preceptos que se dejan citados fueron quebrantados por el acuerdo demandado, ya que ninguna de tales normas se aplicó al computarse la votación correspondiente a las mesas que atrás se enumeraron, a pesar de adolecer del vicio de la falta de las firmas de los jurados de votación, lo cual constituye causal expresa de nulidad al tenor del artículo 195, causal 3a. de la Ley 167 de 1941.

"En los jurados de votación cuyas mesas se acusan, se permitió la votación de personas sin cédula de ciudadanía o con cédulas no inscritas a pesar de no haber sido expedidas en la localidad donde sufragaron sus titulares, o que no aparecían en la lista parcial (Formulario E-5) de sufragantes o censo electoral de la respectiva mesa. De este proceder se infiere quebranto de los artículos 50, 51, 60, 61 y concordantes del Código Electoral y, a términos de la causal 6a. del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo las actas de escrutinio de los jurados de votación de las mesas demandadas son nulas, ya que la ley presume fraude en los registros de jurados de votación en los cuales aparece sufragando un mayor número de personas de las que se comprueba que lo hicieron en forma legal, como es el caso de las mesas de votación enunciadas en esta demanda.

"Con la falta de correspondencia de los nombres o apellidos de presuntos electores registrados en los formularios E-5 (lista de sufragantes) y E-3 registro general de votantes, la inclusión de electores ficticios, la falta del orden de votación en la correspondiente mesa, la falta de firmas de los jurados de votación en los mismos registros, el no diligenciamiento completo de éstos, la falta de fecha, los borrones, tachaduras, enmendaduras, etc., en los pliegos etc. son prueba fehaciente de que el acto electoral, o es falso o apócrifo, aunque la correspondiente acta de escrutinio (Formulario E-6C) de jurados de votación aparezca en su forma externa ajustada a la ley, pues bien puede haber simplemente escrutinio sin que lo haya precedido el acto de elección.

"Es este precisamente el caso sancionado con nulidad del acta de escrutinio por el artículo 196, causal 2a. del Código Contencioso Administrativo, por ser falso o apócrifo el registro mismo, o ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación.

"Por consiguiente, las actas de escrutinio de las mesas querelladas son también nulas conforme a la norma invocada. Así mismo se violaron los artículos 14 y 29 de la Ley 85 de 1981, en lo relativo a los 'recuentos' físicos de papeletas y establecen en qué casos dichos recuentos son obligatorios y no pueden ser negados por las comisiones escrutadoras, ya que el acto de escrutinio acusado de la Corte Electoral y las decisiones de sus delegados, así como los de las comisiones escrutadoras municipales negaron a los reclamantes en los actos de escrutinio correspondientes al derecho legalmente consagrado a que se recuenten las papeletas de votación, cuando se den las circunstancias que se invocaron oportunamente.

"Como se ve los votos emitidos en la elección de Representantes de la Circunscripción de Bolívar el 14 de marzo de 1982 se computaron con violación del sistema electoral adoptado tanto por el artículo 172 de la Constitución y el Código Electoral y, por consiguiente, el acuerdo número 18 de 13 de julio de 1982 de la Corte Electoral debe ser anulado como lo dispone la causal 6a. del artículo 196 del Código Contencioso Administrativo".

5. Causales de nulidad:

"Como consecuencia de las infracciones de orden constitucional y legal que se han dejado puntualizadas a lo largo de este libelo, las actas de escrutinio de los jurados de votación y de la Corte Electoral acusadas, correspondientes a las elecciones de Representantes del 14 de marzo de 1982 de la circunscripción de Bolívar, período constitucional 1982-1986, deben ser anuladas por el Consejo de Estado por cuanto se configuran las causales de anulación contempladas en los artículos 195, numerales 3o. y 6o. y 196 causales 3a., y 6a. del Código Contencioso Administrativo así como las de los artículos 201, 204, 205, 206 del mismo estatuto.

"Se configuran las invocadas causales de nulidad de las actas de escrutinio acusadas, en razón de que está plenamente demostrado que se computaron actas de escrutinio de jurado de votación que no están firmadas por siquiera tres (3) de éstos, en sus cuatro (4) ejemplares; que en dichos jurados de votación sufragaron mayor número de ciudadanos de los autorizados por la ley; que en dichas mesas de votación aparece que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación; que se computaron actas de escrutinio, en fin, cuyos votos se contabilizaron con violación del sistema electoral adoptado por la Constitución y las leyes de la República.

"Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los registros o actas de escrutinio de votos para representantes a la Cámara por los jurados de votación de las mesas enumeradas en el punto 3o. de los MOTIVOS POR LOS CUALES DEMANDO EL ACUERDO No. 18 de 1982 de la Corte Electoral, deberá ordenarse que se excluyan del cómputo general los votos contenidos en dichos registros depositados el 14 de marzo de 1982 en la Circunscripción Electoral de Bolivar, conforme al mandato del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, previo recuento de las papeletas de votación de la Cámara de Representantes correspondientes a las mesas enumeradas en el punto 6o.) de los mismos MOTIVOS de esta demanda e, igualmente ordenando computar los votos de las mesas 298 y 425 del Municipio de Cartagena ilegalmente excluidas del escrutinio practicado por la Corte Electoral. Por último, debe procederse a corregir los errores aritméticos que en el mismo escrutinio municipal de Cartagena se cometieron en perjuicio de las listas encabezadas por Alvaro Benedetti Vargas y en beneficio de las que encabezó David Turbay Turbay".

6. Solicitud de pruebas:

Fue hecha en memorial que obra del folio 67 al 73 del expediente.

7. Excepción de ineptitud de la demanda.

El demandante en el proceso número 941 e impugnador en el 950, doctor David Turbay Turbay Jr., en el memorial en que pidió su reconocimiento como parte impugnadora y solicitó pruebas, propuso la excepción de ineptitud de la demanda presentada por el señor Francisco de Paula Benedetti, en los siguientes términos:

"n) Que se tenga en cuenta como prueba a efectos de que se decrete en la Sentencia de Ineptitud de la demanda del doctor Francisco de Paula Benedetti Vargas que nos ocupa, el interrogatorio de parte formulado por el doctor Jorge Uribe Acosta contra Francisco de Paula Benedetti Vargas, demandante, en el cual consta según lo reconoce bajo la gravedad del Juramento el Interrogado, ante el Juez Décimo Civil Municipal de Bogotá, que en los últimos cuatro años su RESIDENCIA ha sido la ciudad de CARTAGENA (Urbanización la Cabaña, apartamento 401). —Por tanto la demanda debe declararse en la Sentencia como INEPTA pues debió presentarse ante el juzgado de mayor categoría de la Residencia del Demandante que como el mismo lo reconoce ha sido y es Cartagena, y no en el Juzgado Promiscuo Municipal de FUNZA, como en efecto lo hizo el demandante. Este interrogatorio de parte con todos sus documentos lo anexamos debidamente autenticado a este escrito y realzamos que fue practicado en el Juzgado precitado el 4 de octubre de 1982.

"ñ) Que se tenga como prueba la Sentencia del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 1945, Anales del Consejo de Estado, Tomo LV, números 352-352 página 286, que afirma: "la exigencia que hacen el Código Contencioso Administrativo y la ley electoral de manera especial y expresa, de que las demandas electorales para que sean válidas, se introduzcan ante determinado funcionario, puede ser anacrónica o exagerada, pero

como es exigencia legal perentoria e inequívoca, al fallador sólo corresponde acatarla y aplicarla, sin que la benevolencia le lleve a pasar por alto que el proceso debe iniciarse en forma regular, y por lo tanto, legítima como la mejor garantía de acierto y de respeto por la ley. La manera, uniformemente repetida, como el Consejo ha dicho que no es legítima la demanda electoral presentada con violación del artículo 190 de la Ley 85 de 1916, disipa hasta el más mínimo escrúpulo que pudiere asaltar al juzgador, de estar sacrificando el derecho a la fórmula.

"o) Que se cite al señor Francisco de Paula Benedetti Vargas, residenciado en Cartagena en la Urbanización La Cabaña Apartamento 402 o en Bogotá en la carrera 27 No. 66-49 apartamento 102, para que absuelva el mismo cuestionario del interrogatorio contemplado en el literal n) de este escrito, y que en fotocopia autenticada por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá acompañemos a este escrito, y para que absuelva el interrogatorio que le formularemos verbalmente en la Audiencia, en la fecha y la hora que el Consejo de Estado señale" (Fols. 47 y 48).

En otro memorial presentado por conducto de apoderado, el mismo impugnador solicitó lo siguiente:

"13. Se llamó a declarar ante el Honorable Consejo de Estado al señor Francisco de Paula Benedetti Vargas, demandante en este juicio, residenciado en Cartagena en la Urbanización la Cabaña, apartamento 402 y transitoriamente en Bogotá en la carrera 27 número 66-49, apartamento 102, para que bajo la gravedad del juramento se ratifique en todas y cada una de sus partes en la declaración juramentada que rindió ante el Juzgado 10 Civil Municipal de Bogotá, que obra en el expediente, relacionada en el punto anterior de este memorial de pruebas, y para que absuelva el interrogatorio que le formularemos en la audiencia en la fecha y hora que el Consejo de Estado señale" (Fol, 4 del cuaderno denominado "Memorial de Pruebas", anexo al expediente número 950).

Del folio 79 al 85 vuelto, figuran debidamente autenticados, los documentos correspondientes al interrogatorio de parte formulado al señor Francisco de Paula Benedetti Vargas, por intermedio del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, y al cual contestó, el 4 de octubre de 1982, manifestando que en los últimos cuatro años ha vivido en Cartagena y que viaja a Bogotá y a Neiva.

Decretada la prueba solicitada, mediante auto del 27 de mayo de 1983, el señor Benedetti fue citado a la Secretaría General para el 16 de los mismos mes y año; pero no concurrió (Fols. 79 bis, 101 bis y 102 del expediente número 950).

g) Decreto y práctica de pruebas

Por medio de diversas providencias se ordenó la práctica de aquellas pruebas consideradas pertinentes; pero no llegaron completas las solicitudes a diversos organismos y entidades de carácter oficial. Entre las pruebas practicadas, se realizó, por los conductores de los procesos números 940 y 943, una inspección judicial, en Cartagena, en la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil en Bolívar, el 7 de octubre de 1982 (Fols. 48 y 49 del expediente número 940 y 47 y 48 del Exp. número 943).

Mediante auto para mejor proveer, de fecha 14 de septiembre de 1984, se solicitó a la Corte Electoral el envío de los documentos electorales correspondientes a la mesa número 565 de la cabecera municipal de Cartagena, especialmente al acta de instalación del jurado de votación, el acta de escrutinio del mismo jurado, el registro general de votantes y la lista de sufragantes (Formularios E-1, E-6, E-3 y E-5), y se pidió al

Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— un informe científico y técnico, de carácter grafológico, sobre los mismos documentos, "especialmente con el objeto de determinar si las firmas que aparecen en los ejemplares de las actas de escrutinio del jurado de votación (Formulario E-6) corresponden a las que aparecen en la respectiva acta de instalación o posesión (Formulario E-1)" (Fols. 119 y 120).

En el mismo auto se solicitó a la Secretaría General un informe respecto de la dirección en que fue hecha al señor Francisco de Paula Benedetti la notificación personal que aparece a folio 69 del expediente número 940.

El informe técnico del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— División de Laboratorios e Identificación —Sección de Análisis de Documentos— aparece del folio 126 al 128 vuelto del expediente número 940 y el informe secretarial solicitado figura a folio 129 del mismo expediente.

h) Alegatos

Fueron presentados únicamente por el doctor David Yurbay Turbay Jr., en calidad de demandante en el proceso número 941 y de impugnador en el número 950.

En el primero reitera afirmaciones hechas y argumentos expuestos en la demanda, los cuales habrán de ser tenidos en cuenta en la parte motivada de esta providencia.

En el segundo, además de referirse a las cuestiones de fondo planteadas por el actor señor Francisco de Paula Benedetti, insiste en que es inepta la demanda presentada por aquél y al respecto dice:

"Solicitamos, nuevamente, que se decrete en la Sentencia la ineptitud de la demanda del señor Francisco de Paula Benedetti Vargas contra el Acuerdo de la Corte Electoral número 18 de 13 de julio de 1982, por cuanto del interrogatorio de parte formulado ante el Juez Décimo Civil Municipal de Bogotá por el doctor Jorge Uribe Acosta contra Francisco de Paula Benedetti Vargas, el interrogado reconoce bajo la gravedad del juramento, que en los últimos cuatro años su RESIDENCIA ha sido la ciudad de Cartagena (Urbanización la Cabaña, apartamento 402). Por tanto, la demanda debe declararse en la Sentencia como INEPTA, pues debió presentarse ante el Juzgado de Mayor Categoría de la Residencia del Demandante, que como él lo afirma, bajo juramento, es y ha sido la ciudad de Cartagena, y no en el Juzgado Promiscuo Municipal de Funza, como en efecto lo hizo el demandante. Este interrogatorio de parte con todos sus documentos debidamente autenticados, obra como prueba en el expediente.

"El Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de 18 de septiembre de 1945, Anales del Consejo de Estado, Tomo LV, números 353-353, página 286, afirmó:

"La exigencia que hacen el Código Contencioso Administrativo y la ley electoral de manera especial y expresa, de que las demandas electorales para que sean válidas, se introduzcan ante determinado funcionario, puede ser anacrónica o exagerada, pero como es exigencia legal perentoria e inequívoca, al fallador sólo corresponde acatarla y aplicarla, sin que la benevolencia le lleve a pasar por alto que el proceso debe iniciarse en forma regular, y por lo tanto, legítima, como la mejor garantía de acierto y de respeto por la ley. La manera, uniformemente repetida, como el Consejo ha dicho que no es legítima la demanda electoral presentada con violación del artículo 190 de la Ley 85 de 1916, disipa hasta el más mínimo escrúpulo que pudiera asaltar al juzgador, de estar sacrificando el derecho a la fórmula .

"Este criterio de la 'demanda en forma', es decir que la demanda reúna los requisitos formales para que pueda ser admitida por el juez y posteriormente pronunciarse en el fondo, dentro de los cuales está el de la presentación de la demanda ante los funcionarios que señala la ley, ha sido nuevamente ratificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en Sentencia de 21 de septiembre de 1982, Consejero Ponente: doctor Carmelo Martínez Conn, Expediente 733, actor Tarcisio Oviedo Acevedo.

"El 25 de mayo de 1983 solicitamos, como en efecto se decretó, se llamara a declarar ante el Honorable Consejo de Estado al señor Francisco de Paula Benedetti Vargas, demandante en el juicio 950, residenciado en Cartagena en la Urbanización la Cabaña, apartamento 402 y transitoriamente en Bogotá en la carrera 27 número 66-49 apartamento 102, para que bajo la gravedad del juramento se ratificara en todas y cada una de sus partes en la declaración juramentada que rindió ante el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá el 4 de octubre de 1982, que como ya se dijo obra como prueba en el expediente. El Consejo de Estado decretó la práctica de dicha diligencia y notificándola debidamente, la fijó para el jueves 16 de junio de 1983, a las diez de la mañana. Pero como consta en el expediente a folio 111 del Cuaderno Principal, no obstante estar debidamente notificado, el señor Franciso de Paula Benedetti Vargas, no se presentó, ni se excusó de la práctica de dicha diligencia judicial". (Fols. 112 y 113 del expediente número 940).

i) Sustitución de apoderados y solicitud de ampliación y aclaración de dictamen

El doctor Hugo Escobar Sierra, apoderado de la parte impugnadora en el proceso número 950, ha sustituido el poder que le fue conferido, en el doctor Gustavo Cuello Iriarte, quien a su vez, solicita que se le reconozca personería y se disponga que se complemente y aclare el informe técnico de carácter grafológico rendido por el Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—.

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. CUESTION PREVIA: EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

Antes de examinar los distintas aspectos de la cuestión de fondo planteada por los varios demandantes, debe la Sala estudiar si hay lugar a declarar, o no, la ineptitud de la demanda presentada por el señor Francisco de Paula Benedetti Vargas y que dio origen al proceso número 950, conforme lo solicita el doctor David Turbay Turbay Jr. Más exactamente, habrá de examinarse si el actor cumplió con el requisito denominado "demanda en forma".

El hecho es que el señor Francisco de Paula Benedetti Vargas, *afirmando que es vecino del municipio de Funza (Cundinamarca)*, presentó su demanda ante la respectiva Juez Promiscuo Municipal (Fol. 22 Exp. 950). La demanda fue presentada, según constancia suscrita por dicha funcionaria y su secretario, el seis (6) de agosto de mil novecientos ochenta y dos (1982). (Fol. 29 del mismo expediente).

En su demanda afirma el señor Benedetti Vargas: "Como el suscrito demandante *no es residenciado en Bogotá, lugar de asiento del Honorable Consejo de Estado*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 en armonía con el 125 del Código Contencioso Administrativo la presento ante el Juez de mayor categoría de este lugar (Funza) para los efectos ordenados en dichas normas" (Subraya la Sala, Fols. 28 y 29 del mismo expediente).

Sin embargo, el 21 de octubre del mismo año, *presenta un escrito de corrección de la demanda*, en la Secretaría General del Consejo de Estado, es decir, *en la ciudad de Bogotá* (Fols. 44 vuelto del mismo expediente).

Además, el poder que otorgó al doctor Alvaro Edmundo Mendoza Torres y al cual posteriormente éste renunció, fue presentado por el señor Benedetti en la Secretaría General del Consejo de Estado, es decir, *en esta ciudad*, y en él *manifiesta que es vecino de Bogotá* (Fols. 66 y 66 vuelto bis. del referido expediente).

Al proceso fue aportado el interrogatorio de parte formulado al señor Benedetti, el cuatro (4) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982), por intermedio del Juez Décimo Civil Municipal de Bogotá, ante el cual, bajo la gravedad del juramento, manifestó: Soy "*vecino de Bogotá, residente en el siete de agosto, no recuerdo la dirección, porque permanezco más que todo en Cartagena...*" Más adelante afirmó: "Trabajo independiente, y no tengo oficina trabajo en mi casa en Cartagena..." "*Yo vivo en Cartagena, Urbanización la Cabaña, apartamento 401.* Preguntado *dónde ha residido en los últimos cuatro años*, contestó: " *En Cartagena, y viajando a Bogotá y a Neiva*" (Subraya la Sala. Fol. 83 del mencionado expediente).

Cabe anotar que en el memorial de solicitud del interrogatorio se indicó como dirección del señor Benedetti Vargas, para que fuera citado, la siguiente: carrera 27, número 66-49, apartamento 102, de Bogotá. Por otra parte, el señor Benedetti *fue notificado personalmente en esta ciudad* y obviamente esa diligencia no pudo cumplirse sino en dicha dirección (Fols. 79, 81 y 83 del citado expediente).

Por último, de acuerdo con informe de Secretaría que obra a folio 129 del expediente 940, *la notificación personal que le fue hecha en esta ciudad* al señor Benedetti Vargas según constancia que obra al folio 69 del mismo expediente, tuvo lugar en la carrera 27 número 66-49, apartamento 102, que es la misma que dio el demandante doctor David Turbay Turbay Jr. y que se suministró al Juez Décimo Civil Municipal de Bogotá para efectos de la citación a la diligencia de interrogatorio de parte que le fue formulado. De suerte que el señor Francisco de Paula Benedetti afirmó bajo juramento, ante el Juez que lo interrogó, que tiene domicilio y residencia en Bogotá, pero que permanece principalmente en Cartagena; por otra parte, en escrito dirigido al Consejo de Estado manifestó que está domiciliado en Bogotá y a más de que ha concurrido a la Secretaría de esta Corporación, al menos en dos ocasiones, a presentar memoriales, ha sido notificado dos veces en la misma dirección de esta ciudad, una por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y otra por el Consejo de Estado. O sea que, con posterioridad a su demanda, en ningún documento o declaración el señor Benedetti ha señalado a Funza como su domicilio o el lugar de su residencia. En otros términos, en su declaración ante el Juez Décimo Civil Municipal y en escrito dirigido al Consejo de Estado desmintió su versión de que estaba domiciliado y residía en Funza, sobre todo cuando bajo la gravedad del juramento afirmó, el 4 de octubre de 1982, *que en los últimos cuatro años ha residido en Cartagena.*

Tres hechos resultan inexplicables.

El primero, que el señor Benedetti Vargas hubiera podido presentar en el Consejo de Estado, en Bogotá, el escrito de corrección de su demanda y el poder otorgado al doctor Alvaro Edmundo Mendoza y que no le hubiera sido posible presentar aquí mismo el libelo inicial.

En segundo lugar, no se entiende que si el señor Benedetti residía en Bogotá, donde, según afirmó tiene domicilio y residencia y donde presentó personalmente, en dos ocasiones, escritos dirigidos al Consejo de Estado y fue notificado dos veces, *porque tuvo*

que salir de esta ciudad, donde tiene asiento la Corporación, para ir a presentar su demanda a un pueblo vecino. Y si tenía entonces residencia en Cartagena, como lo afirmó ante el mencionado Juez, tampoco se explica que hubiera venido de dicha ciudad y pasado lógicamente por Bogotá, asiento del Consejo de Estado, para ir a presentar su demanda en Funza. Tampoco se explica, en tercer lugar, que una demanda que, según constancia suscrita por la Juez de Funza y su secretario, fue presentada el 6 de agosto de 1982, hubiera llegado al Consejo de Estado el 20 del mismo mes, es decir, catorce (14) días después, no obstante que dicha población se encuentra a pocos kilómetros de esta ciudad. El "inmediato correo" que, según anuncio de dicho Juzgado, traería la demanda, demoró catorce días en llegar (Fols. 1 y 2 del expediente número 950).

Precisa advertir que la demanda aparece presentada el mismo día en que caducaba la acción, lo que quiere decir, que llegó al Consejo de Estado catorce días después de vencido el término de caducidad.

En cuanto a si la presentación de la demanda ante el Juzgado de mayor categoría del lugar de residencia del demandante, cuando no coincide con el de asiento de la Corporación de lo Contencioso Administrativo a la cual va dirigida, interrumpe, o no, la caducidad, existen dos tesis sostenidas en procesos no electorales.

Una, que sostuvo esta Sala en auto de fecha 22 de agosto de 1983, en la cual, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 167 de 1941, se dijo:

"Estima la Sala que no tiene aplicación en este caso el inciso primero del citado artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, pues en el ordenamiento procesal propio de esta jurisdicción existe una norma que regula de manera diferente la cuestión y, por consiguiente, no cabe la remisión al precepto primeramente citado.

"De conformidad con el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, la demanda no se puede presentar sino ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija: 'El signatario que se halle en lugar distinto, podrá remitirla previa *autenticación* ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará *presentada* a su recibo en el despacho judicial de su destino'. (Subraya la Sala).

"En cambio el artículo 125 del Código Contencioso Administrativo dispone:

"Toda demanda deberá ser presentada personalmente ante el secretario del Tribunal correspondiente; pero si el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del Tribunal, la *presentará* al Juzgado de mayor categoría del lugar, debiendo, quien la recibe, poner al pie de ella la constancia de su *presentación* y la devolverá al interesado. A éste se le expedirá recibo, si así lo exigiere, en el cual se expresará la fecha *de la presentación* de la demanda, su contenido y una relación de los documentos con que se hubiere acompañado. (Subraya la Sala).

"De suerte que en el caso de demandas civiles, si el signatario se encuentra en lugar distinto de la sede de la autorizada a quien la dirija, lo que se cumple ante el juez o notario de su residencia es una simple diligencia de autenticación, de conformidad con el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil. Pero si se trata de una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el signatario reside en lugar distinto del asiento del Tribunal correspondiente, la actuación que autoriza el artículo 125 del respectivo Código ante la autoridad del orden jurisdiccional de mayor categoría del lugar, constituye una auténtica presentación; equivale a la que se cumple ante la autoridad de lo Contencioso Administrativo a la cual va dirigida.

"Esta presentación interrumpe el término de caducidad, sin que haya lugar a la reanudación del mismo, en contra de lo que opina el apoderado accionante". (Expediente número 8875. Actor: Vernón Pérez Orozco. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

La otra, que es jurisprudencia de dos Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, reiterada en varias sentencias, en las cuales, con base en otras consideraciones, se sostuvo que en esas circunstancias la caducidad no se interrumpe por la presentación de la demanda ante diferente autoridad jurisdiccional sino con la llegada de ella a su destino.

Así, en sentencia del 9 de julio de 1982, proferida por la Sección Tercera, se expresó lo siguiente:

"IV. Pero esa presentación, con los simples fines de autenticación e identidad, todavía no tiene categoría de acto de postulación, de demanda como presupuesto procesal, que sólo se logra cuando llega al despacho del respectivo juez de la causa y nace para éste la obligación de proveer.

"Ya no podrá, en estos casos, poner en duda la identidad del demandante ni la autenticación de su firma, pero obviamente, para determinar si se ha causado la caducidad o prescripción, la fecha decisoria será la del recibo del escrito demandatorio en la sede del Tribunal competente, por una de dos razones:

"a) Porque se considere que no hay norma expresa que regule el caso, situación en la cual, la demanda como acto procesal de parte, no nace sino con su presentación al juez de la causa y este acto es el que interrumpe la caducidad; o, b) porque se considere que ante el vacío del Código de lo Contencioso Administrativo, se debe aplicar el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil que, frente a estas circunstancias, previene que 'se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino' ...

"La presentación ante juez se hizo el 10 de diciembre de 1981, los despachos judiciales se cerraron el 19 de dicho mes y a pesar del tiempo suficiente para presentarla ante el Consejo de Estado, atendidos los modernos medios de comunicación, no se hizo". (Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. —Anales del Consejo de Estado, segundo semestre de 1982, Págs, 937 y 938).

En sentencia de la misma Sección, dictada el 29 de abril de 1983, se dijo:

"De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación no basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo o Tribunal sino que es preciso que ella llegue dentro del término al despacho de su destino.

"Se aplica, entonces, la previsión del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil que no deja lugar a dudas a ese respecto. Dicha norma, reza:

"Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halle en lugar distinto, podrá remitirla previa autenticación ante juez o notario de su residencia. Caso en el cual se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino".

"La norma transcrita debe armonizarse con el artículo 125 del Código Contencioso Administrativo porque si se aplicara ésta en su integridad, pretextando un no vacío, el término de caducidad quedaría al arbitrio del demandante, a quien le bastaría presentar en el lugar de su residencia la demanda en tiempo y no remitirla a su destino sino cuando le conviniera.

"De aplicarse únicamente el artículo 125, habría que aceptar a lo sumo que hecha la presentación en el domicilio del demandante, éste tendría que hacerla llegar al lugar de su destino dentro del término de la distancia. Término que tampoco se respetó porque de Barraquilla a esta ciudad el viaje por avión es de una hora aproximadamente y por tierra un día o día y medio." (Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Anales del Consejo de Estado, primer semestre de 1983, Pág. 643).

Por último, en sentencia proferida por la Sección Primera se reiteró la misma jurisprudencia en los siguientes términos:

"Si bien es cierto que la demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Santander el día 17 de julio de 1982, esto es, un día antes de la ocurrencia del fenómeno de la caducidad, sólo llegó al Consejo de Estado que era su destino el 4 de agosto de 1982 (Fl. 32). Lo que quiere significar que la apoderada de la sociedad demandante tuvo la demanda en su poder 18 días después del vencimiento de los cuatro meses de que habla el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

"Así las cosas, no cree la Sala que la demanda haya sido presentada oportunamente y que la caducidad haya sido interrumpida. No basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo de Estado o Tribunal, sino que es menester que ella llegue dentro del término al despacho de su destino.

"La previsión del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil es valedera en esta jurisdicción. En efecto tal norma expresa:

"Presentación de la demanda. Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halle en lugar distinto, podrá remitirla previa autenticación ante Juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino .

"La norma anterior es necesario armonizarla con el artículo 125 de la Ley 167 de 1941 atrás transcrito, porque si se aplicara éste en su integridad pretextando que no existe vacío alguno en el Procedimiento Contencioso Administrativo, el término de caducidad quedaría al arbitrio del demandante a quien le bastaría simplemente presentar su libelo en el lugar de su residencia en tiempo y no remitirla al despacho de su destino, sino cuando lo considere conveniente.

"De darse plena aplicación a lo dispuesto en el artículo 125 citado, sería necesario admitir que hecha la presentación en el domicilio del actor, éste tendría que hacerla llegar al lugar de su destino dentro del término de la distancia, término que en el caso que ocupa la atención de la Sala indudablemente que tampoco se respetó, pues dado lo ágil y rápido de las comunicaciones de hoy en día de Bucaramanga a Bogotá en avión no se gasta ni siquiera una hora, y por tierra un día a lo sumo". (Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Anales del Consejo de Estado, primer semestre de 1983, Págs. 1217 y 1218).

Pero no habrá la Sala de dilucidar si en este caso se produjo o no el fenómeno de la caducidad de la acción, ni tomar en cuenta, como se hizo en las sentencias parcialmente transcritas, la demora en la llegada de la demanda a su destino, a pesar de la proximidad de Funza a Bogotá, pues, además de que era la Juez quién debía remitirla, le basta considerar que dicho libelo no fue presentado en el Consejo de Estado, como normalmente correspondía, ni ante "El Juzgado de mayor categoría" del lugar de residencia del actor, si es cierto que el señor Benedetti la tenía en Cartagena, como lo prescribía la disposición entonces vigente, el artículo 125 de la Ley 167 de 1941. Pero en ningún caso podía presentar esa demanda en Funza, donde no residía, *saliendo de Bogotá o pasando por Bogotá.*

Es jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la siguiente:

"De las transcripciones anteriores, se puede concluir lo siguiente:

"1o. Toda demanda debe presentarse personalmente ante el secretario del Tribunal correspondiente, por regla general (artículo 125 del Código de lo Contencioso Administrativo).

"2o. Si el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del tribunal, debe presentarla ante el juzgado de mayor categoría del lugar; en este evento, quien la recibe, además de poner la constancia relativa a su presentación la devolverá al interesado, a quien se le expedirá recibo si lo pidiere, en el cual se hará constar la fecha de presentación de la demanda, su contenido y una relación de los documentos anexados.

"3o. Sin embargo, tratándose de juicios que se tramitan por el procedimiento electoral, en el evento de que el demandante no resida en el lugar del asiento del Tribunal, caso en el cual está autorizado por la ley para presentarla ante el juzgado de mayor categoría del lugar de su residencia o domicilio, es el juez el que debe expedir al interesado el recibo de que trata el artículo 125 del Código de lo Contencioso Administrativo, funcionario que mantendrá en su poder la demanda junto con los documentos que la acompañen y la remitirá al Tribunal al que esté dirigida, por el 'inmediato correo', según las voces del artículo 212 del Código de lo Contencioso Administrativo.

"4o. Además, deben certificar el juez y el secretario, que la demanda se presentó personalmente por quien la suscribe, la hora y la fecha en que se introdujo, debiendo dirigir despacho telegráfico al tribunal correspondiente en el cual se debe expresar el nombre del actor, el contenido de la demanda y fecha de presentación.

"Como se ve, ha querido el legislador, atendiendo seguramente al interés político implícito en todo pleito electoral, rodear la presentación de la demanda de especiales garantías, con el propósito manifiesto de evitar sorpresas y demandas fraudulentas presentadas luego de estar caducadas, lo cual explica el celo y las rigurosas precauciones de las disposiciones que regulan la presentación y trámite del proceso electoral, teniendo en cuenta el evidente interés público de tales procesos.

"Por lo demás, desde el punto de vista del procedimiento, los presupuestos procesales que son los requisitos indispensables para que pueda constituirse adecuadamente la relación jurídica del proceso entre el juez y las partes sin las cuales el fallador no puede decidir el fondo de la cuestión litigiosa, no se establecieron en el caso que nos ocupa. En efecto, entre esos requisitos se encuentra el llamado 'demanda en forma', esto es, que la demanda reúna los requisitos de forma para que pueda admitirla y posteriormente pronunciarse en el fondo, en el que está incluido que la demanda se presente en la forma indicada en la ley". (Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Anales del Consejo de Estado; segundo semestre de 1982, Pág. 700).

Habiéndose violado los artículos 125 y 212 de la Ley 167 de 1941, no se llenó el requisito de "demanda en forma".

Por consiguiente, se impone un pronunciamiento inhibitorio con relación a las súplicas de la demanda presentada por el señor Francisco de Paula Benedetti, pues como bien lo dijo el Consejo de Estado en sentencia del 18 de septiembre de 1945, como se trata de una "exigencia legal perentoria e inequívoca, al fallador sólo le corresponde acatarla y aplicarla, sin que la benevolencia lo lleve a pasar por alto que el proceso debe iniciarse en forma regular, y por tanto, legítima, como la mejor garantía de acierto y de respeto por la ley". (Anales del Consejo de Estado. Tomo LV, números 352-356, Pág. 286).

II. CUESTIONES DE FONDO

Previamente al examen de los cargos que se hacen al acto acusado en las demandas que dieron orígen a los procesos electorales acumulativos números 940, 941, 942, 943 y 944, considera la Sala conveniente fijar algunos de los criterios generales que habrán de guiarla en el estudio de las cuestiones sometidas a su decisión.

Tales criterios son:

1o. La Sala estudiará los cargos estrictamente a la luz de las disposiciones legales que establecen nulidades, las cuales no pueden surgir de un proceso de extención analógica ni ser creadas jurisprudencialmente. El régimen de las nulidades es de derecho estricto, de interpretación y aplicación restringidas. Existe un principio general de derecho, según el cual "no hay nulidad sin texto".

La ley ha señalado taxativamente cuáles son los vicios constitutivos de nulidad de los registros electorales, salvo la causal general que establecía el artículo 173 de la Ley 28 de 1979, y que hoy está regulada en el artículo 225 del Decreto Extraordinario 1 de 1984, pero que tiene que operar dentro de límites razonables.

Como dijo la Sala en sentencia del 10 de octubre de 1984, esa causal genérica de nulidad no se refiere a "cualquier infracción ni a una cualquiera de las disposiciones de las leyes electorales, ni a cualquier vicio, hecho u omisión, irregularidad o informalidad, sino a violaciones que quebranten el sistema mismo, en sus elementos esenciales, sus líneas cardinales, sus preceptos fundamentales, como los que consagran la representación proporcional de los partidos o disponen la formación de censos electorales, el establecimiento de mesas de votación, la colocación de urnas, la identificación de los sufragantes, por ejemplo..

"De lo contrario, difícilmente se harían en el país elecciones que no fueran anulables, pues son frecuentes los vicios, las irregularidades, las omisiones e informalidades, sin culpa o dolo de parte de los candidatos, ni intención fraudulenta de nadie, sino principalmente por ignorancia, descuidos, negligencia o circunstancias constitutivas de fuerza mayor, como puede suceder en la entrega de documentos electorales. Por eso la ley ha señalado taxativamente las causales de nulidad y no ha erigido como tal cualquier irregularidad u omisión en las elecciones.

"Y en lo que concierne a la causal genérica de nulidad, no pudo estar lógicamente en la intención del legislador cualquier irregularidad, acto, omisión o informalidad que no afecte la seriedad y autenticidad del proceso electoral, que no implique o indique engaño o coacción al elector o falsificación de la expresión de su voluntad". (Expediente electoral número 1126. —Actor Carlos Arturo Saade Rovira—. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

Entraña una grave injusticia con los candidatos, contraría la voluntad popular expresada en las elecciones y no interpreta sino que viola la ley la declaración de nulidades no previstas expresamente por ella a causa de cualquier equivocación, irregularidad, informalidad u omisión de los jurados de votación o de funcionarios, que no han tenido como consecuencia la alteración de los resultados electorales, que no han estado dirigidas a escamotear o a desviar la manifestación de la voluntad del elector, que con la aplicación de un criterio opuesto, sí podría resultar modificada. Lo mismo podría decirse de la propensión a hacer participar a los otros candidatos de un vicio y una nulidad que no afectan sino a uno de los integrantes de la misma lista.

Precisamente, es objetivo esencial del sistema electoral que la voluntad popular pueda ser expresada libre y limpiamente en las urnas y que ella sea respetada en el proceso de recolección, conducción, guarda y escrutinio de los votos emitidos por el elector.

2o. Sólo se tendrán en cuenta los cargos hechos en *cada demanda*, con relación a las normas indicadas en ella como infringidas y por el concepto de violación expresado en el mismo libelo.

3o. El examen probatorio se impone necesariamente sólo en cuanto el respectivo cargo esté respaldado por una norma legal, más exactamente, expresa una causal de nulidad establecida en la ley.

4o. Se estudiarán conjuntamente los cargos iguales o similares hechos en dos o más demandas, sin que el orden que se siga sea el mismo en que fueron formulados.

A. Primer cargo: inhabilidad de algunos candidatos

Uno de los cargos que hace al acto acusado el demandante en el proceso electoral número 941, doctor David Turbay Turbay Jr., estriba en que se encontraban inhabilitados para ser elegidos miembros del Congreso los doctores Alvaro Enrique Benedetti Vargas, Yamil Antonio Guerra Revollo, Rafael Vergara Támara y Arturo Faccio Lince López, con fundamento en el artículo 108 de la Constitución Nacional, por haberse desempeñado durante los seis meses anteriores a la elección, el primero como "profesor de tiempo completo o medio tiempo en la Universidad de Cartagena"; el segundo "como miembro de las Juntas de Planeación Municipal, Valorización Municipal, y Fomento Taurino, en el municipio de Cartagena"; el tercero, "como miembro de las Juntas Directivas de la Electrificadora de Bolívar y de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—"; y el cuarto, "como miembro de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena".

Cabe advertir que algunos de los anteriormente nombrados resultaron elegidos; otros no.

La disposición que el actor considera infringida dice textualmente:

"Artículo 108. El presidente de la República los Ministros y Viceministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos y el Registrador Nacional del Estado Civil, no podrán ser elegidos miembros del Congreso, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

"Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o Diputados los Gobernadores, los Alcaldes de capitales de Departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los 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.

"Dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido Senador y Representante, ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones (Acto Legislativo número 1 de 1968, artículo 32)".

Es evidente que los cargos que, según la demanda, ejercieron los candidatos antes nombrados, no corresponden a los que menciona expresamente la norma constitucional transcrita, por lo cual habría que examinar si están comprendidos dentro de las previsiones generales de la parte final del inciso segundo de la misma disposición.

Resulta también evidente que el doctor Alvaro Enrique Benedetti Vargas, por el simple hecho de ser profesor, no ejercía jurisdicción, autoridad civil, política o militar en Bolívar. Y es cierto igualmente que ninguno de los otros candidatos tuvo siquiera el carácter de funcionario público y, desde luego, no ejerció jurisdicción ni autoridad política o militar en dicho departamento.

Respecto de un caso similar dijo la Sala, en sentencia del 3 de diciembre de 1982:

"Se pueden ejercer funciones públicas sin tener el carácter de empleado público, como es el caso de los jurados de votación y el de los miembros de tribunales de arbitramento a que se refiere el Artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Artículo 36 del Decreto 2351 de 1965. De los últimos dice el artículo acabado de citar, en su numeral 5o., que son "personas que ejercen funciones públicas". Quiere decir que si lo normal es que las funciones públicas se realicen por intermedio de personas que desempeñan empleos públicos, también pueden ejercerlas, aunque ocasional o temporalmente, particulares llamados a colaborar en la prestación de un servicio público, sin asumir el carácter de empleados públicos.

"Así mismo se pueden ejercer funciones jurisdiccionales sin tener la calidad de funcionario público, tal como acontece con los árbitros en conflictos jurídicos, es decir, que no son de índole económica o suscitados por la pretensión de crear nuevas condiciones de trabajo en una empresa, los jurados de conciencia, los conjueces y los senadores de conformidad con lo previsto en los artículos 96 y 97 de la Constitución Nacional.

"Como se verá más adelante, también es posible ejercer autoridad pública sin ser empleado o funcionario público.

"Por último, es fácilmente comprensible que se pueda ejercer una función o un conjunto de funciones públicas, ser empleado o funcionario público, sin estar investido de jurisdicción o de autoridad.

"Es decir, el desempeño de la función pública, la investidura de funcionario o empleado público no llevan anexo necesariamente el ejercicio del poder público en sus manifestaciones de jurisdicción o de autoridad. Por el contrario, es mayor el número de quienes prestan sus servicios al Estado, en empleos públicos, sin ejercer ni la una ni la otra. A ellos se refería el derogado Artículo 5o. del Código de Régimen Político y Municipal cuando hablaba de "los simples funcionarios públicos" y a ellos se refiere el artículo 3o. del Decreto 250 de 1970 cuando dice que "se consideran empleados quienes desempeñan los demás cargos en las mismas corporaciones o despachos" de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

"La jurisdicción, en sentido estricto, es la facultad de administrar justicia, el poder o la potestad de decir el derecho y de proveer a su tutela y realización en los casos concretos sometidos a la decisión de las personas u organismos competentes. La autoridad es el poder o la potestad de mandar u ordenar, disponer, prohibir o sancionar, de conformidad con la ley y dentro de los límites de la respectiva competencia. La autoridad pública, en general, implica el ejercicio del poder público en función de mando, para una finalidad prevista en la ley y que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, faculta para el ejercicio de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública. Tener autoridad es gozar del jus imperii, estar revestido de imperium.

"Y ciertamente no todos los empleados o funcionarios públicos, ni todos los que ejercen una función pública están revestidos del poder el Estado para decir el derecho u obligar a su cumplimiento o para mandar o disponer, con el respaldo de la fuerza pública".

.....

"¿Desempeñan los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos un empleo público? ¿Son funcionarios o empleados públicos? Negativamente responden los artículos 3o. —Parágrafo 2o.— del Decreto 2400 de 1968 y 18 del Decreto 3130 del mismo año, el primero de los cuales establece que los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos, entre otros, 'no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionario público'. La segunda disposición, o sea el artículo 18 del Decreto 3130 de 1968, dispone:

'Los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades o inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo'.

"No existe contradicción alguna entre las proposiciones afirmativa y negativa de la norma, es decir, entre la que afirma que los miembros de las juntas directivas ejercen funciones públicas y la que les niega el carácter de empleados o funcionarios públicos. Lo cierto es, como ya se vio, que se pueden ejercer funciones públicas sin tener la calidad de empleado o funcionario público y ejemplos al respecto trae el artículo 2o. del Decreto 2400 de 1968, con las modificaciones introducidas por el artículo 1o. del Decreto 3074 del mismo año, cuando se refiere a los peritos y jurados de conciencia o de votación.

"Por lo demás, los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos cumplen funciones de dirección y de administración respecto de entidades que corresponden a una forma de descentralización por servicios, que se justifica por la necesidad de que ellos puedan ser prestados con más técnica y celeridad que los que atienden los organismos de la administración central, sin las cortapisas a que están éstos sometidos y al margen de toda influencia de índole política. La función de tales organismos es, pues, de carácter eminentemente administrativo y técnico. Pero no es extraño a ellos el ejercicio de la autoridad, como sucede en el caso del ICA, el INCORA y el INDERENA, que pueden, por conducto de los funcionarios competentes, dar órdenes, establecer prohibiciones, imponer sanciones. La Junta Directiva de un establecimiento público puede ejercer autoridad, como cuando dicta reglamentos sobre ocupación de baldíos en áreas de colonización especial, aprueba expropiaciones o la extinción del dominio privado sobre tierras, etc. Pero, a pesar de ese ejercicio de autoridad pública, por definición legal, sus miembros no son empleados o funcionarios públicos.

"No están ellos sometidos al estatuto del empleados público; no son aplicables las normas sobre acceso al empleo público, ascenso, retiro y sanciones, ni el régimen de deberes, de derechos, como los relativos a salarios y prestaciones sociales, de incompatibilidades, inhabilidades y responsabiliades a que están sujetos los funcionarios públicos, de conformidad con la Constitución Nacional, el Código de Régimen Político y Municipal y diversas disposiciones legales y reglamentarias, como las contenidas en los Decretos 2400 de 1968, 3074, 3118 y 3135 del mismo año, 1042 y 1045 de 1978, 1848 de 1969 y 1950 de 1973. Por eso dice el artículo 3o. del Decreto 2400 de 1968 que el nombramiento y remoción de los miembros de Juntas Directivas de los organismos descentralizados 'se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades' y

dispone el 18 del Decreto 3130 del mismo año que 'su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo' ; existen además, para ellos, disposiciones especiales en lo referente a su remuneración, que tiene el carácter de honorarios, por su asistencia a las sesiones de la respectiva Junta Directiva. (expediente número 872. —Actor: Jaime Rodelo Núñez—. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 16 de diciembre de 1982. (Expediente número 949. —Actor: Juan Gómez Usaque).

Debe citarse también, en cuanto a la tesis de que los miembros de Juntas Directivas no están comprendidos por la prohibición del artículo 108 de la Constitución Nacional, la sentencia del 30 de septiembre de 1970, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y la del 5 de noviembre de 1982, dictada por la Sección Cuarta (Anales de 1970 números 427 y 428. —Pág. 330 para la primera, y expedientes acumulados números 895, 897 y 899, para la segunda).

Por lo dicho, no prospera el cargo.

B. Segundo cargo: Invalidez de la lista encabezada por el Doctor Alvaro Enrique Benedetti Vargas

Solicitan los señores Sandro Enrique y Darío Giovanni Torregroza Lara y David Turbay Turbay Jr., demandantes en los procesos acumulados números 940, 943 y 941, respectivamente, que se declare nulo el escrutinio realizado por la Corte Electoral mediante el Acuerdo número 18 de 1982 y se proceda a efectuar uno nuevo, porque en su opinión, son nulos los votos computados en favor de la lista encabezada por el señor Alvaro Enrique Benedetti Vargas, para la Cámara de Representantes, debido a que el señor José María Caballero Salguedo, tercer suplente de ella aceptó posteriormente figurar como cabeza de lista para la misma Corporación y aunque ella fue retirada después, ese hecho implicó la renuncia del mencionado candidato a figurár en la primera.

La cuestión carece de interés práctico, pues la lista encabezada por el señor Alvaro Benedetti Vargas no obtuvo un solo renglón. No obstante, debe la Sala examinar el cargo, comenzando por admitir que fue correcta la interpretación que dio la Corte Electoral a las correspondientes disposiciones legales, al expresar en el Acuerdo acusado que el hecho objetado, "puede dejar sin suplencia al tercer renglón de la (lista) encabezada por Enrique Benedetti Vargas, pero no implica la nulidad de los votos depositados por esta lista" (Pág. 7). Concuerda esta tesis con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, sostenida en varios fallos.

Así esta Sala, en sentencia del 18 de abril de 1983 expresó que "no es exacto que cualquier vicio, falla o defecto que se presente respecto de uno de los candidatos afecte a la totalidad de ellos porque, por ejemplo, la inhabilidad y la consiguiente nulidad atinente a uno de los integrantes de la lista, deja indemne a los demás y que no está de acuerdo con la expresión 'los candidatos' que usa el citado artículo 173 de la Ley 28 de 1979 (causal 7a.) comprenda a todos y cada uno de los que figuran en la respectiva lista en el sentido de que si alguno dejó de cumplir con el requisito que prevé la norma, todos resultan afectados por el vicio y por la nulidad consecuente". En la misma sentencia se explicó que la ley no ha estatuido la nulidad del acto de escrutinio con relación a toda la lista de candidatos por el hecho de que no se haya reemplazado, a quien renunció, por ejemplo, sino que "la nulidad prevista en el artículo 173 de la Ley 28 de 1979 (causal 7a.) previene, en lo concerniente al caso, de la modificación de las listas una vez expirado el término legal". (Expedientes acumulados números 891 y 892. Actores: Héctor Sánchez Camacho, Tomás Caballero y otros. —Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

En sentencia del 2 de octubre de 1973 dijo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que cuando el nombre de un candidato es inscrito en dos listas, la segunda inscripción borra la primera. "Es una renuncia tácita de la primera inscripción de su nombre que no afecta a los otros nombres que integraban la lista de candidatos". (Anales del Consejo de Estado números 439 y 440. Pág. 405. —Ponente: doctor Nemesio Camacho Rodríguez).

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena en sentencia del 17 de marzo de 1961, con ponencia del Consejero doctor Alejandro Domínguez Molina (Anales del Consejo de Estado, 1961, Tomo 63, números 392 a 396, Pág. 659).

Igual criterio se expuso en la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 26 de noviembre de 1982, con ponencia del Consejero doctor Jorge Valencia Arango (Anales del Consejo de Estado. —Segundo Semestre de 1982. —Pág. 740).

No prospera el cargo, que carece de fundamento legal y de razón válida, sobre todo tratándose del tercer suplente de una lista, ninguno de cuyos integrantes resultó elegido.

C. Tercero y cuarto cargos: no realización de un recuento de votos solicitado y verificación de otro ilegalmente

En la demanda que dio origen al proceso número 944 se formulan los siguientes cargos:

a) "No se realizó el recuento general solicitado sobre la mesa número 4 de Ternera, corregimiento de Cartagena, no obstante haberse solicitado con base en diferencia de más de un diez por ciento entre los partidos políticos evento plenamente configurado en el artículo 14 de la Ley 85 de 1981".

b) "Bajo la invocación no demostrada de diferencia de más de un diez por ciento en relación con su 'grupo político', se hizo recuento ilegal de los votos consignados por la lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas, como candidato a la Cámara de Representantes. No hubo la necesaria fundamentación de la solicitud de recuento. La lista encabezada por Alvaro Enrique Benedetti Vargas para la Cámara de Representantes no fue inscrita por grupo político, sino exclusivamente bajo el rótulo de lista perteneciente al Partido Liberal. Mal podía por tanto solicitarse y concederse recuentos con base en grupos políticos inexistentes a la luz de la ley, por que su lista no fue inscrita por Directorio Político debidamente acreditado y registrado, como podía realizarse, sino por simples ciudadanos y exclusivamente como candidatos del Partido Liberal. Jamás el doctor Benedetti acreditó tener propiedad o tenencia o dominio, a la luz de la ley, sobre las listas de Concejo, de Asamblea o de Senado en juego. Los derechos sólo los pueden alegar sus titulares, titularidad que en ningún momento fue acreditada y demostrada por el candidato Benedetti Vargas".

No habrá la Sala de verificar, con relación a estos dos cargos examen probatorio alguno, pues ninguno de ellos ha sido erigido en causal de nulidad.

Conforme al artículo 14 de la Ley 85 de 1981, existen dos tipos de recuento de votos, los cuales deben tener origen en una solicitud de parte interesada: el recuento facultativo y el obligatorio. El primero no requiere otra condición que la solicitud hecha por los candidatos, sus representantes o los testigos electorales debidamente acreditados. Es potestativo de la respectiva comisión escrutadora acceder o no a la petición. Ninguna norma legal exige, como cree el demandante, para que se atienda la solicitud, que

la lista de los candidatos que solicitan el recuento o en cuyo nombre se hace la petición haya sido inscrita por un grupo o por un directorio político y mucho menos que el solicitante tenga "propiedad tenencia o dominio" sobre una lista electoral, lo cual no es jurídicamente posible. Lo que la ley exige, como ya se vio, es que la petición sea hecha por el candidato, sus representantes o los testigos electorales debidamente acreditados.

El segundo es obligatorio cuando se da una de las dos circunstancias previstas en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 85 de 1981. Pero como ya se dijo, la no realización de ese recuento no constituye causal de nulidad. En sentencia del 20 de abril de 1983, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, dijo el Consejo de Estado:

"La Sala, a pesar de que comparte en gran parte los aspectos jurídicos planteados por el colaborador fiscal, debe observar, que el cargo tal como ha sido formulado, no puede servir de fundamento para la nulidad de unas actas de escrutinio, pus la negativa de una solicitud de recuento de papeletas en parte alguno está erigida como causal de nulidad de las actas de escrutinio de una corporación electoral, y que si se ha ocupado de analizar el cargo en esta providencia, lo ha sido para abundar en razones en torno al tema que se le planteó expresamente en una de las demandas y buscando en todo momento que la sentencia esté conforme con la verdad de los hechos y las normas positivas de derecho invocadas". (Anales del Consejo de Estado. Primer Semestre de 1983; página 754. —Actores: José Ignacio Vives Echeverría y otros. Ponente: doctor Samuel Buitrago Hurtado).

No prosperan los cargos.

C. Quinto cargo: votos erróneamente computados

El cargo fue formulado en los siguientes términos, en la demanda presentada por el doctor David Turbay Turbay:

"Los votos computados en cabeza de Dalmiro Rafael Pérez Narváez, corresponden a la Cámara encabezada por el doctor David Turbay Turbay Jr. que tiene como suplente, precisamente, al doctor Dalmiro Rafael Pérez Narváez. Estos votos aparecen erróneamente en el Municipio de Cartagena, concretamente en las mesas de la zonificación, es decir de la 560 a la 672".

Al exponer el correspondiente concepto de violación, dice el demandante:

"Hemos afirmado, igualmente que en el Acta de Escrutinios aparecen 28 votos computados en favor del Doctor Dalmiro Pérez Narváez, como candidato a la Asamblea. El doctor Dalmiro Pérez Narváez es el suplente del doctor David Turbay Turbay para la Cámara. Rogamos por tanto que se corrija este error y se computen previa verificación estos votos, de acuerdo con la ley".

Fuera de la dificultad de determinación (28 votos correspondientes a 112 mesas) que el actor traslada al Consejo de Estado, no siendo ello precedente, no se demostró que los votos que se dicen computados a favor del doctor Dalmiro Pérez Narváez como supuesto candidato a la Asamblea fueron realmente depositados por la lista para la Cámara de Representantes del doctor David Turbay Turbay. Debió alegar y demostrar el demandante que esos 28 votos *fueron depositados por la lista que el encabezó* y que se dejaron de computar en favor de ella; pero no lo hizo.

Cualquiera de las dos razones expuestas es suficiente para que no prospere el cargo.

D. Sexto cargo: Falta de firmas de jurados de votación en las actas de escrutinio.

Este cargo fue hecho en las demandas correspondientes a los expedientes números 941, 942 y 944 y consiste en que "los cuatro ejemplares de las mesas de votación" indicadas por los demandantes" no están firmadas por tres jurados por lo menos". Por esta razón se considera que, como se dice en la primera de las citadas demandas, tales registros son apócrifos y, por lo tanto, "el Acto de elección en dichas mesas es inexistente". A lo anterior se agrega la objeción hecha en la demanda del proceso número 944, según la cual "se computó la mesa 565 de la cabecera Municipal de Cartagena, no obstante existir constancia del Tribunal Administrativo de Bolívar en el sentido de que cuando se envió el Acta de Jurado de Votación correspondiente a esta mesa para su escrutinio en la Zona 1 de Cartagena, Registraduría Auxiliar, estaba firmado sólo por dos jurados de votación y no por tres como finalmente apareció". Más adelante, al indicar las causales de nulidad, el actor tacha dicha acta de falsa o apócrifa.

Se examinarán conjuntamente las mesas indicadas en las tres demandas, previa observación de que todas interpretan equivocadamente la ley, pues, como se demostró más adelante, ella no exige que los cuatro ejemplares estén firmados al menos por tres jurados de votación, sino que es suficiente que uno solo llene ese requisito. No se revisará la mesa 561 porque no fue computada (Pág. 10 del Acuerdo número 18 de 1982 de la Corte Electoral).

Estas mesas son:

a) Municipio de Cartagena.

1. Cabecera: *Revisados los ejemplares que figuraron en el proceso*, correspondientes a las Actas de Escrutinio (Formulario E-6), se comprobó que en las siguientes mesas de cabecera municipal de Cartagena, por lo menos uno (1) de ellos tiene un mínimo de tres firmas de jurados de votación; más aún, la gran mayoría tiene cuatro (4) firmas: 292 (4 firmas), 562 (4 firmas), 563 (4 firmas), 564 (4 firmas), 566 (4 firmas), 567 (4 firmas), 568 (3 firmas), 569 (3 firmas), 576 (4 firmas), 577 (4 firmas), 578 (3 firmas), 579 (4 firmas), 580 (4 firmas), 581 (4 firmas), 582 (4 firmas), 583 (4 firmas), 584 (4 firmas), 585 (4 firmas), 586 (3 firmas), 587 (4 firmas), 588 (4 firmas), 589 (4 firmas), 590 (3 firmas), 591 (3 firmas), 592 (4 firmas), 593 (4 firmas), 594 (4 firmas), 595 (4 firmas), 596 (4 firmas), 597 (4 firmas), 600 (4 firmas), 601 (en un ejemplar 4 firmas y en otro 3), 602 (4 firmas), 603 (3 firmas), 605 (4 firmas), 606 (4 firmas), 607 (4 firmas), 608 (4 firmas), 609 (4 firmas), 610 (4 firmas), 611 (4 firmas), 612 (3 firmas), 613 (4 firmas), 614 (4 firmas), 615 (4 firmas), 620 (3 firmas), 621 (4 firmas), 622 (4 firmas), 623 (3 firmas), 624 (3 firmas), 626 (4 firmas) 627 (4 firmas), 628 (4 firmas), 629 (3 firmas), 630 (4 firmas), 631 (4 firmas), 632 (4 firmas), 633 (4 firmas), 634 (4 firmas), 636 (4 firmas), 636 (4 firmas), 637 (4 firmas), 638 (4 firmas), 639 (4 firmas), 640 (4 firmas), 641 (3 firmas), 642 (4 firmas), 643 (4 firmas), 644 (4 firmas), 645 (4 firmas), 646 (4 firmas), 647 (4 firmas), 648 (4 firmas), 649 (4 firmas), 650 (4 firmas) 651 (4 firmas), 652 (4 firmas), 653 (4 firmas), 654 (4 firmas), 655 (4 firmas), 656 (4 firmas), 657 (4 firmas), 658 (4 firmas), 659 (3 firmas), 660 (3 firmas), 661 (4 firmas), 662 (4 firmas), 663 (4 firmas), 664 (4 firmas), 665 (4 firmas), 666 (4 firmas), 667 (3 firmas), 668 (4 firmas), 669 (3 firmas), 670 (4 firmas), 671 (4 firmas), 672 (3 firmas), 673 (4 firmas).

2. Corregimiento de Ternera: Revisados los ejemplares que obraron en el proceso, correspondientes a las siguientes mesas, se comprobó que por lo menos uno de ellos tiene cuatro (4) firmas: 1, 2, 3, 4 y 5.

3. Corregimiento de Bayunca: Revisados los ejemplares llevados al proceso correspondientes a las siguientes mesas, se comprobó que por lo menos uno de ellos tiene cuatro (4) firmas: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8.

(Las firmas de los ejemplares del Acta de Escrutinio correspondientes a las mesas antes reseñadas aparecen en los siguientes folios y cuadernos de prueba: Cuaderno 2 del expediente 941, folio 323; cuaderno 3 del expediente 941, folios 1269 y 444; cuaderno 4 del expediente 941, folios 56, 569 y 583; Cuaderno 2 del expediente 942, folios 30, 77, 111, 165, 198, 280, 236, 370, 415, 474, 497, 542, 597, 644, 678, 733, 767, 810, 852 y 897; Cuaderno 3 del expediente 942, folios 882, 854, 808, 788, 729, 675, 651, 604, 547, 480 y 453; Cuaderno 4 del expediente 942, folios 13, 64, 121, 168, 201, 227, 271, 330, 364, 413, 458, 496, 550, 597, 631, 675, 721, 770, 805, 850, 895, 941 y 569; Cuaderno 5 del expediente 942, folios 686, 605, 558 visto, 501, 439, 405, 360, 307, 271, 218, 164, 140, 86 y 53; Cuaderno 6 del expediente 942, folios 493, 517, 531, 545, 559 y 847; Cuaderno 7 del expediente 942, folios 974, 33, 76, 108, 167, 202, 257, 293, 346 y 374; Cuaderno 8 del expediente 942, folios 178, 309, 231, 564, 493, 448, 427, 363, 323 y 423; Cuaderno 9 del expediente 942; folios 579, 438, 394, 361, 303, 269, 210, 161, 116, 65, 15. Además, varios ejemplares sueltos en la Caja número 6).

No se encontró ningún ejemplar de las mesas 604 de la cabecera municipal y 9 del corregimiento de Bayunca.

Ninguno de los cuatro ejemplares del Acta de Escrutinio correspondiente a la mesa 625 de la cabecera municipal tiene el mínimo de tres firmas (folios 1325 del cuaderno número 3 del expediente 941; 143 y 157 del cuaderno número 3 del expediente 944 y ejemplar suelto).

Más adelante habrá de comentarse el caso del Acta de Escrutinio (Formulario E-6) correspondiente a la mesa número 565 de la cabecera municipal, sometida a examen grafológico.

b) Municipio de Morales.

1. Cabecera: Revisados los ejemplares del Acta de Escrutinio (formulario E-6), que se llevaron al proceso, correspondientes a las siguientes mesas, se encontró que por menos uno (1) tienen cuatro (4) firmas; 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7.

2. Corregimiento de Arenal: Revisados los ejemplares del Acta de Escrutinio (formulario 6), que se llevaron al proceso, correspondientes a las siguientes mesas, se encontró que por lo menos uno (1) tienen cuatro (4) firmas: 1, 2, 3, 4 y 5.

3. Corregimiento de El Dique; sólo se encontró un ejemplar del Acta de Escrutinio de las mesas 1 y 2, con cuatro (4) firmas, cada uno.

4. Corregimiento de Santa Teresa: Se encontraron ejemplares del Acta de Escrutinio únicamente respecto de las mesas 1 y 2; cada uno con cuatro (4) firmas.

5. Corregimiento de Boca de Honda: Se encontraron ejemplares de las Actas de Escrutinio correspondientes a las mesas 1 y 2; cada uno con cuatro (4) firmas.

6. Corregimiento de Bodega Central: Se encontraron ejemplares del Acta de Escrutinio correspondientes a las mesas 1, 2 y 3, uno al menos de la primera y de la tercera con cuatro (4) firmas y de la segunda, con tres (3).

c) Municipio de Santa Rosa.

Revisados los ejemplares del Acta de Escrutinio correspondientes a las mesas objetadas (7, 8 y 10), se encontró que por lo menos uno de cada acta tiene cuatro (4) firmas. (Las firmas de los ejemplares del Acta de Escrutinio correspondiente a las

mesas antes reseñadas aparecen en los siguientes folios y cuadernos de prueba: Cuaderno 7 del expediente 942, folios 388, 400, 412, 424, 436, 449 y 461; cuaderno 6 del expediente 942, folios 12, 65, 118, 140, 184, 228, 286, 334, 376, 34, 376, 434 y 462).

d) Consideraciones en torno a este cargo.

En lo que concierne al señalamiento de las mesas, la Sala encuentra bien formulado el cargo en las demandas de los expedientes números 941 y 944, en las cuales se indicaron específicamente los números 565, 292, 620 y 625 de Cartagena. No sucedió así en la demanda con que se originó el proceso número 942, que, además de señalar específicamente las mesas anteriores, cinco de Ternera y nueve de Bayunca (Cartagena), también se indicó indiscriminadamente las mesas 561 a 569, 576 a 597, 600 a 615, 620 a 673 de la cabecera municipal de Cartagena; todas las de la cabecera municipal de Morales y de los corregimientos de El Arenal, El Dique, Santa Teresa, Boca de Honda y Bodega Central. Un señalamiento así, indiscriminado, de todas las mesas de una población o de un corregimiento, de varias series de mesas, sin otra relación entre sí que tener una numeración continua, pues los jurados que pudieron incurrir en la irregularidad alegada eran diferentes, indica falta de seriedad en la formulación del cargo. Es ilógico pensar que porque unas mesas son continuas en su numeración, en todas tuvo que incurrirse en el mismo vicio por personas diferentes. El cargo debió ser rechazado, pero se examinó desde el punto de vista probatorio para demostrar la sinrazón del mismo.

Los demandantes sustentan el cargo que se examina con el erróneo criterio de que las actas de escrutinio son nulas cuando la totalidad de sus cuatro ejemplares no tiene un mínimo de tres firmas; es decir, que basta que un ejemplar tenga menos de tres firmas para que surja la causal de nulidad. Pero no es eso lo que establece la ley ni es ese el correcto entendimiento de ella.

Ciertamente el artículo 112 de la Ley 28 de 1979 dispone que del acta de escrutinio deben extenderse cuatro ejemplares; pero la misma norma establece que "todos estos ejemplares serán válidos"; lo que significa que uno solo extendido en debida forma salva la validez de la respectiva acta de escrutinio y tiene pleno valor probatorio.

En armonía con la anterior disposición, el artículo 172 de la misma ley establece, en su numeral 3, que las actas de escrutinio de los jurados de votación son nulas "cuando *los cuatro* ejemplares" de ellas "estén firmados por menos de tres" miembros (subraya la Sala). De modo que para que proceda la nulidad se requiere indispensablemente que todos los cuatro ejemplares del acta de escrutinio tengan menos de tres firmas; esto es, que ninguno esté firmado al menos por tres jurados.

La disposición tal como está concebida tiene explicación, pues si los cuatro ejemplares son válidos según el artículo 112 de la Ley 28 de 1979, uno solo que esté debidamente firmado es un documento fidedigno. Además, firmado por no menos de tres jurados, da fe de que la mayoría absoluta de ellos presenció en la respectiva mesa el proceso electoral e intervino en él y garantiza más la veracidad de su contenido que si un menor número hace constar los resultados de la votación.

La interpretación de la ley en el sentido de que el acta de escrutinio es nula sólo cuando ninguno de sus cuatro ejemplares ha sido firmado siquiera por tres de los jurados fue recientemente dada por ejemplo, en la sentencia del 20 de abril de 1983, proferida por la Sección Primera, con ponencia del doctor Samuel Buitrago Hurtado (Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre de 1983, páginas 755, 756 y 757).

Idéntica interpretación hace en su alegato de conclusión quien representa al demandante del proceso número 941, como impugnador en el número 950 (Fol. 116 del proceso 940).

e) Casos especiales

1. Actas de escrutinio de las mesas 604 de la cabecera municipal y 9 del corregimiento de Bayunca (Cartagena).

No figurando en el proceso ningún ejemplar de dichas actas no fue posible comprobar si todos tenían menos de tres firmas. De suerte que no se demostró que tales actas estuvieran viciadas y, por consiguiente, fueron nulas. Como bien lo dice el mismo apoderado del impugnador en el proceso número 950, "por ausencia de prueba no puede haber declaratoria de nulidad" (Fol. 117 del proceso número 940).

2. Acta de escrutinio de la mesa 565

En la demanda del proceso 944 se afirma que, según constancia del Tribunal Administrativo de Bolívar, el ejemplar del acta de escrutinio de las mesa 565 que aquél envío a la Registraduría Auxiliar tenía dos firmas, y no tres, como después apareció. Observa la Sala que se trata de una constancia del Secretario del Tribunal, "de oídas", por referencia de otro. Sin embargo, por auto para mejor proveer, se ordenó un dictamen grafológico, prueba pedida y decretada oportunamente, pero no practicada.

Según el informe técnico del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, "las escrituras (firmas y nombres) que dicen Amida Bustos y que aparecen en el lugar donde debía firmar el Presidente, corresponden al puño y letra del mismo amanuense", con la aclaración de que "en el Formulario E-6C, folio 15, perteneciente también a la mesa 565 y llenado parcialmente, sin horario de cerrada de votación, no aparece la firma ni el nombre del que aparentemente hizo como Presidente de esa mesa o sea, Amida Bustos C., según dice en los otros formularios".

Pero la Sala, a su vez, debe aclarar, que el dictamen se refiere a la primera hoja del acta de escrutinio, en la cual se hicieron constar los nombres de quienes se reunieron como jurado de votación el día de las elecciones, a las 8 A.M.

En el dictamen se dice que la firma de Urbana Martínez Blanquiceth fue escrita en los documentos en que aparece por la misma persona y agrega: "Veamos en qué formularios aparece el nombre firma de Urbana Martínez Blanquiceth, quien lo hace como Vicepresidente; Formulario E-1, folio 1, además de la firma, el número de C.C. 45'448.805 Cartagena; Formato E-6C, folio 2, firma que aparece en los renglones actuaron como Presidente y Vicepresidente el nombre que dice 'Urbana Martínez B.' dejando anotado que esta firma aparece en el lugar que debía firmar el Vicepresidente, pero aparecen dos firmas antes que la relacionada, lo que deja en duda si firmaba como Vicepresidenta o Vocal, lo que le correspondería por el orden de las firmas; Formato E-6C, folio 15, en la casilla actuaron como Presidente y Vicepresidente y que se lee 'Urbana Martínez Blanquiceth' y la misma firma con C.C. de Cartagena vista en el folio 27, anotando que la misma persona no firma en el folio 14 como Vicepresidenta".

En cuanto a la tercera persona que suscribe el ejemplar que tiene tres (3) firmas, dice el informe: "Aparecen unas firmas (nombres), que fueron producidas por una misma persona, las que se encuentran en diferentes partes de los Formularios cuestionados, es decir, esta persona firma indiscriminadamente como Vocal en el Formulario E-6C, folio 27; como Vicepresidente en los Formularios E-6C, folios 14 y 2 y en el folio 15 Formulario E-6C aparece como Presidente, Formulario este que no

posee los datos después de cerrada la votación y como dato curioso en el Formulario E-1 no aparece en ninguna de las funciones que se asignaron. En esta firma se lee Sofía González".

Se debe hacer notar que la duda que plantea el informe no se refiere a la autenticidad de las firmas sino a la calidad con que actuaban algunos jurados debido al orden de colocación de ellas.

En lo que atañe al señor Alejandro Dager Nieto, que no suscribe el ejemplar que tiene tres (3) firmas, dice el informe: "como segunda vocal aparece un nombre que dice: Alejandro Dager Nieto, estampada en el Formulario E-6C, folio 15; escrito este que se identifica con la firma ilegible que aparece en la casilla asignada para este Vocal, la cual se ve en la parte inferior del Formulario E-1, folio 1o. Entre esta firma y el nombre escrito se estableció identidad escritural en las que el amanuente plasmó unas letras e hizo unos movimientos muy particulares en ambos escritos que dan pie para esta afirmación, ver las letras e inicial, la D y la forma de los enlaces en los que predomina el ángulo sobre la curva".

Las conclusiones del informe son las siguientes:

"1. La persona que firma como Amida Bustos C. es Presidente del Jurado en todos los Formularios excepto en el E-6C, folio 15.

"2. Como Vicepresidente aparece una firma que dice 'Urbina Martínez Blanquiceth' en los Formularios E-1, folio 1o.; Formulario E-6C, folio 15; Formulario E-6C, folio 27 supuestamente por lo ya explicado en el Formulario E-6C, folio 2o.

"3. Vocal Primera: aparece una firma que dice Gissela Domínguez Machado, Formulario E-1, folio 1o. Formulario E-6C, folio 2o. y Formulario E-6C, folio 15.

"4. Aparece como segunda Vocal una firma y un nombre de la misma persona, Formulario E-1, folio 1o. y Formulario E-6C, folio 15.

NOTA ACLARATORIA: El formulario E-6C, folio 15, no presenta los datos después de cerrada la votación.

"5. Firmante como Sofía González aparece en el folio 2, como Vicepresidente supuestamente; folio 14 Vicepresidente; folio 15 como Presidente y en el folio 27 como Vocal, dejando aclarado que en el Formulario E-1, folio 1o., no aparece como integrante de dicho Jurado".

Con relación al punto 5) de las conclusiones del informe, precisa recordar que al iniciarse las votaciones y en el curso de ellas puede haber sustitución de jurados porque alguno no concurrió o no se presentó oportunamente o se ausentó. (Ley 28 de 1979, artículos 38, 15, 45, 6a.; 49, 2a.).

En escrito que obra a folios 131 y 132 del expediente el nuevo apoderado del impugnador solicita que se ordene la adición y aclaración del dictamen a fin de que se precise si la base del cotejo de firmas fue el acta de instalación, del jurado de votación, si las que fueron estampadas en el Formulario E-6 corresponden a quienes suscribieron el acta de instalación, que, en su defecto, se indique cuales de las firmas que aparecen *en todos* los ejemplares del acta de escrutinio fueron estampadas por las personas que suscribieron el acta de instalación y que se den los motivos por los cuales se afirma que una persona "aparentemente" hizo como Presidente de esa mesa y otra "supuestamente" aparece como Vicepresidente.

No habrá de considerar la Sala la anterior petición por las razones que se expresarán más adelante, fuera de que el informe es suficientemente claro y completo; además, es imposible, pedir al Departamento Administrativo de Seguridad que amplíe su dictamen a *todos* los ejemplares del acta de escrutinio cuando no obran en el proceso sino dos.

Lo dicho no obsta para que la Sala precise que del dictamen se deduce, sin lugar a dudas, que con una excepción, la base de comparación es el acta de instalación del jurado de votación, que fue la misma indicada en el auto para mejor proveer (punto 2o., folio 120 del expediente 940). Desde luego que no puede figurar en la primera acta quien haya entrado posteriormente a reemplazar a un miembro del jurado.

Se repite que la duda en cuanto a la verdadera calidad de quienes firmaban como Presidente o Vicepresidente es simplemente un problema de colocación de firmas en el lugar correspondiente, sin que ello esté establecido en la ley como causal de nulidad.

De todos modos no tiene duda la Sala de que las tres (3) personas que firman un ejemplar del Acta de Escrutinio intervinieron en el proceso electoral, como se puede colegir de la anotación de nombres y de las firmas en el acta de instalación (folio 1o. del cuaderno 1-A del proceso 940), en el acta de escrutinio (folios 2, 14, 15 y 27 del mismo cuaderno, en el registro general de votantes y en la lista de sufragantes (folios 37 y 57); pero tomando esos documentos en su conjunto y no en forma aislada.

Pero como ya se anunció, la Sala simplemente no tiene en cuenta como tal la solicitud de adición y de aclaración del dictamen del DAS por cuanto la apreciación sobre la necesidad de esa diligencia está circunscrita al ámbito de la actividad oficiosa del juzgador, de modo que la orden correspondiente, que pueda darla, si lo considera necesario y no hay obstáculo legal para ello, debe ser producto de una iniciativa suya. La razón es lógica: el dictamen fue emitido con base en un auto para mejor proveer, es decir, en virtud de una actividad oficiosa del Consejo de Estado, aunque se hubiere producido una solicitud de parte al respecto. En otros términos, aunque se dicte el auto para mejor proveer no obstante que haya sido solicitado, no significa que aquél se profirió en atención a esa petición, pues dejaría de ser una prueba de oficio, es decir, de la exclusiva iniciativa del juzgador. Por ello el artículo 242 del Decreto extraordinario 1 de 1984, establece que contra el auto para mejor proveer no cabe recurso alguno. Por lo mismo la Sala, en el auto que profirió, no estimó, ni siquiera mencionó la solicitud que le fue formulada para que lo dictara (Fols. 107, 119 y 120). Lo hizo porque le pareció necesario aclarar lo relativo a la validez del ejemplar del acta de escrutinio de la mesa 565 de Cartagena, que tiene tres firmas. Además, se trata de un proceso que ya había entrado para fallo; es decir, que estaba de cuenta exclusiva del juzgador.

En esas condiciones, cualquier orden de ampliación o de aclaración del dictamen no puede resultar sino de una actividad oficiosa del mismo juzgador, quien es el que debe apreciar si constituye, o no, un elemento suficiente de juicio la prueba ordenada oficiosamente por él.

El traslado que se dio cumplía con el requisito de publicidad de la prueba, pues no puede el juzgador fallar con base en pruebas ignoradas por las partes, a más de que les daba oportunidad de comentar, criticar o hacer objeciones al dictamen.

No consideró la Sala necesario ordenar, aun por su propia iniciativa que se aclarara lo que está claro y se completara lo que está completo *hasta donde es posible con los elementos probatorios disponibles.*

Además, aun en el caso de que hubiera estimado necesario ordenar que el dictamen fuera complementado o aclarado, *ello no era legalmente posible*; lo impedía una norma

especial y de carácter absolutamente imperativo, de rango preeminente, que dispone: "Las pruebas así decretadas se practicarán en el término *improrrogable* de veinte días" (artículo 242 del Decreto extraordinario 1 de 1984. —La subraya es de la Sala). La adición y aclaración del dictamen habría tenido como consecuencia la ampliación de ese término legalmente improrrogable.

En lo que respecta a la validez del acta de escrutinio objetada, ha de recordar la Sala que los documentos electorales gozan de una presunción de autenticidad, la cual, en este caso, no fue desvirtuada con la prueba grafológica que se ordenó.

Ya se ha dicho que una prueba incompleta (pues no se dispone sino de dos ejemplares del Formulario E-6), no da base para una declaración de nulidad. Pero en este caso se da la circunstancia de que existe en el proceso un ejemplar con tres firmas, cuya presunción de autenticidad no fue desvirtuada.

3. En cuanto al Acta de Escrutinio correspondiente a la mesa 625 de la cabecera municipal de Cartagena, procede la declaración de su nulidad, pues ninguno de los cuatro ejemplares tiene por lo menos tres firmas.

Por lo dicho, el cargo no prospera sino con relación al Acta de Escrutinio de la mesa 625.

Séptimo: Cargo: Falta de firmas en los formularios E-3 y E-5

Este cargo aparece formulado en las demandas de los expedientes números 941 y 942 y consiste en que la lista de sufragantes y el registro general de votantes (Formularios E-3 y E-5) "no están firmados por siquiera tres (3) de los jurados de votación". El cargo se hace con relación a las mesas descritas en el punto f) y en el G) de la demanda correspondiente al expediente número 941 (Fols. 22 y 23) y en las reseñadas en el punto c) de la demanda del expediente número 942 (Fol. 22). Según los dos demandantes, esa supuesta omisión hace que tales registros sean apócrifos.

Carecen de razón los demandantes pues, en primer lugar, la ley no ha dispuesto que el hecho de tener la lista de sufragantes y el registro general de votantes menos de tres firmas sea causal de nulidad, como sí lo hizo en el caso del acta de escrutinio cuando esa omisión se da con relación a todos sus ejemplares. Si el legislador hubiera considerado que esa omisión debía ser sancionada con la nulidad, así lo habría establecido.

En segundo lugar, el que uno o todos los ejemplares de esos documentos tengan menos de tres firmas de jurados de votación no implica que tales registros sean apócrifos, es decir, supuestos o fingidos, ni es una omisión que determine alteración de los resultados electorales. Además, ellos están respaldados por las correspondientes actas de escrutinio que, entre todos los registros electorales, son los documentos fundamentales.

El Consejo de Estado ha dicho que la "interpretación correcta o acertada de este precepto no puede ser la de que existe la nulidad de tales registros cuando sólo algunos de los elementos que intervinieron en su elaboración puedan resultar falsos o apócrifos, sino cuando adolece de estos vicios la generalidad o la mayor parte de dichos elementos, como se puede deducir de la misma redacción expresa del precepto, especialmente por el uso que se hace del artículo definido plural 'los', como también del espíritu que debió guiar su expedición en referencia a los fines del sufragio". (Sentencia de la Sala Plena del 13 de mayo de 1959. Anales, tomo XLI-Bis, página 104).

Como bien lo dijo la misma Corporación, "la noción de falsedad o apocrifidad de que habla la ley, se relaciona con la mutación física o material de los pliegos, con la alteración intelectual de su contenido y con la inexistencia de los documentos que puedan contribuir a la formación de los registros, cuanto tales documentos constituyen garantía eficaz o irreemplazable de la pureza del sufragio" (Sentencia del 6 de mayo de 1959. (Diccionario Jurídico - Tomo II, página 210).

Y en sentencia del 4 de mayo de 1971, dijo el Consejo de Estado:

"La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad, como sinónimos que son, implican que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo mediante la adición o sustracción de factores cuantitativos o cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para mostrar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción.

"Y es precisamente el empleo de cualquiera de estos sistemas para empañar la pureza del sufragio o tergiversar la verdad electoral lo que el artículo 196, ordinal 2o., sanciona con la declaración de nulidad.

"No se trata pues de la simple falta de algunos requisitos formales en el registro electoral o en sus antecedentes sino de la falsedad misma de ellos, para desfigurar la verdad electoral, ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real.

"Es entonces indispensable para que prospere una impugnación de esta naturaleza contra un resultado electoral, que se muestre plenamente, y no a base de inferencias o hipótesis, la existencia concreta y operante de uno de aquellos sistemas de maquinación fraudulenta ya mencionados. De lo contrario, la presunción de legalidad y veracidad que ampara los actos de las operaciones electorales bastará para mantener incólume el resultado objeto de la acusación".

. . . . . .

"Y que los correspondientes a las mesas 10, 19 y 20, aunque no tienen firmas, no pueden considerarse por ese solo hecho como anónimos o expósitos, ya que en las notas de escrutinio de ellas, una vista por la Corte Electoral (mesa 10) y otras halladas conforme a la ley en las cubiertas respectivas (mesas 19 y 20), muy claramente se lee que, antes de empezar la cuenta de los votos, uno de los jurados le dio lectura en voz alta a los nombres de las personas que sufragaron en la mesa, es decir al registro de votantes, circunstancia que muestra de modo implícito pero también incontrastable que los jurados de votación presentes en el escrutinio tuvieron ese registro como verídico y lo autenticaron además al colocar sus firmas en el acta de escrutinio de la mesa, o sea que le infundieron plena validez". (Anales del Consejo de Estado — Primer Semestre de 1971; páginas 406, 407 y 409).

No obstante que el cargo carece de respaldo legal, lo que dispensaría de verificar comprobaciones de carácter probatorio, la Sala, para demostrar que no es exacta la afirmación que se hizo en las demandas, reseñará a continuación los ejemplares de los Formularios E-3 y E-5 que encontró en su búsqueda del acta de escrutinio, de los cuales uno por lo menos tiene el mínimo de tres firmas (a veces cuatro) que reclaman los demandantes, pero que no exige la ley como condición de validez.

Pertenecen a las siguientes mesas de Cartagena: 292 (E-5, 4 firmas), 562 (E-3, 4 firmas), 563 (E-3 y E-5, 3 firmas), 566 (E-5, 3 firmas), 567 (E-3 y E-5, 4 firmas), 576 (E-3 y E-5, 4 firmas), 577 (E-5, 4 firmas), 579 (E-3 y E-5, 4 firmas), 580 (E-3, 3 firmas, E-5, 4 firmas), 582 (E-3 y E-5, 4 firmas), 583 (E-3, 3 firmas), 584 (E-3, 4 firmas, E-5, 3 firmas),

585 (E-5, 4 firmas), 586 (E-5, 3 firmas), 587 (E-3 y E-5, 4 firmas), 589 (E-3 y E-5, 4 firmas), 590 (E-3 y E-5, 3 firmas), 592 (E-5, 4 firmas), 594 (E-5, 4 firmas, E-3, 3 firmas), 595 (E-3 y E-5, 4 firmas), 596 (E-3 y E-5, 4 firmas), 597 (E-3 y E-5, 4 firmas), 601 (E-3, 3 firmas), 602 (E-5, 4 firmas), 603 (E-3, 4 firmas), 605 (E-3, 4 firmas, E-5, 3 firmas), 606 (E-3, 4 firmas), E-5, 3 firmas), 607 (E-5, 4 firmas), 608 (E-3 y E-5, 3 firmas), 609 (E-3, 4 firmas), 610 (E-3, 4 firmas), 611 (E-3 y E-5, 4 firmas), 612 (E-5, 3 firmas), 613 (E-3 y E-5, 4 firmas), 615 (E-3, 4 firmas), 620 (E-5, 3 firmas), 622 (E-5, 4 firmas), 627 (E-5, 4 firmas), 628 (E15, 4 firmas), 631 (E-3 y E-5, 4 firmas), 632 (E-3, 4 firmas), 638 (E-3 y E-5, 4 firmas), 640 (E-5, 4 firmas), 641 (E-3, 4 firmas, E-5, 3 firmas), 642 (E-3 y E-5, 4 firmas), 646 (E-3, 4 firmas), 647 (E-5, 4 firmas), 648 (E-5, 4 firmas), 649 (E-3 y E-5, 4 firmas), 650 (E-3 y E-5, 4 firmas), 651 (E-5, 4 firmas), 652 (E-3 y E-5, 4 firmas), 653 (E-3, 4 firmas), 656 (E-3, 4 firmas), 657 (E-3 y E-5, 3 firmas), 659 (E-3 y E-5, 3 firmas), 661 (E-3 y E-5, 4 firmas), 663 (E-5, 4 firmas), 664 (E-5, 4 firmas), 667 (E-3, 3 firmas, E-5, 4 firmas), 671 (E-3 y E-5, 4 firmas), 672 (E-3 y E-5, 3 firmas), Ternera 1 (E-5, 4 firmas), 2 (E-3, 4 firmas, E-5, 3 firmas), 3 (E-3, 4 firmas, E-5, 3 firmas), 5 (E-5, 4 firmas), Bayunca) 2 (E-3 y E-5, 4 firmas), 4 (E-3 y E-5, 4 firmas), 5 (E-3 y E-5, 3 firmas), 7 (E-5, 4 firmas), 8 (E-5, 4 firmas); también las siguientes de Morales: 1 (E-3 y E-5, 4 firmas), 2 (E-3 y E-5, 4 firmas), 3 (E-3 y E-5, 4 firmas), 4 (E-3 y E-5, 4 firmas), 5,(E-3, 3 firmas, E-5, 4 firmas), 6 (E-5, 4 firmas), 7 (E-5, 4 firmas), Arenal 1 (E-3, E-5, 4 firmas), 2 (E-3, y E-5, 4 firmas), 3 (E-3, 4 firmas), 4 (E-3, 4 firmas), 5 (E-5, 4 firmas), El Dique 2 (E-3 y E-5, 4 firmas), Santa Teresa 1 (E-3 y E-5, 4 firmas), 2 (E-3, 4 firmas), Boca de Honda 1 (E-3 y E-5, 4 firmas), 2 (E-3, 4 firmas), Bodega Central 1 (E-3 y E-5, 4 firmas), 2 (E-3 y E-5, 4 firmas), 3 (E-3, 4 firmas, E-5, 4 firmas); Asimismo a las siguientes de Soplaviento: 5 (E-3 y E-5, 4 firmas), 6 (E-5, 4 firmas), 8 (E-3 y E-5, 4 firmas), 9 (E-3, 4 firmas), Higueretal 2 (E-3, 4 firmas), 3 (E-3, 4 firmas); y las siguientes de Arjona: 1 (E-3 y E-5, 4 firmas), 2 (E-3, 4 firmas) Cuadernos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del proceso número 92 y 2 del 941. Además, formularios sueltos .

No prospera el cargo.

Octavo cargo: Ilegalidad en el número de sufragantes y de votos

Este cargo se hace en las demandas correspondientes a los procesos electorales números 941 y 942, con una presentación suigeneris:

Primero, de manera genérica, es decir, sin señalar mesas de votación, se hace el cargo de que "se tuvieron en cuenta los votos de jurados de votación en los cuales *sufragaron mayor número de ciudadanos de los que* según los propios registros, *podían hacerlo legalmente" o que "confrontados los Registros o Formularios E-6C (Acta de Escrutinio del Jurado de Votación), E-3 (Registro General de Votantes) y E-5 (Lista de Sufragantes) se establece que es mayor el número de ciudadanos sufragantes al de quienes legalmente podían hacerlo y lo hicieron"*, como dice el demandante del proceso 941 (punto b), Fols. 21 y H) Fol. 23); o que "se tuvieran en cuenta las Actas de Escrutinio de Jurado de Votación en los cuales aparece que *sufragaron mayor número de ciudadanos de los que* según los propios registros *podían hacerlo legalmente"*, como afirma el demandante del proceso 942 (punto CUARTO, b), Fol. 21. —El subrayado es de la Sala.

Luego, precisando, dice el primer demandante que "en las mesas números 425, 24, 248, 292, 452, 593, 607, 608, 609, 611, 614, 620, 625, 433, 125, 280, 24, 318, 406, 460, 465, 1 de Pasacaballos, 3 y 2 de Arroyo Grande de Cartagena y las 5, 6, 8 y 9 de la cabecera municipal de Soplaviento, *el número de votos escrutados "supera el número de sufragantes"* y agrega "la mesa 2 del corregimiento de Bayunca, Municipio de Cartagena", más adelante, con relación a las mismas mesas hace el mismo cargo de que *"el número de votantes escrutados supera a los electores"* (punto I), Fol. 23 y Fol 31, supra). El segundo dice que procede a especificar la afirmación hecha en el punto CUARTO y señalando

las mismas mesas indicadas en el primero, excepto cuatro (318, 406, 460 y 465), pero agregando tres (2, 5 y 10 de Santa Rosa), afirma que *"el número de votos supera el número de sufragantes"* (punto QUINTO b), Fol. 22. Subraya la Sala).

Además, al exponer el concepto de la violación, el demandante del proceso 942 dice que "se quebrantó el artículo 152 del Cósigo Electoral y el 172 del mismo, porque *sufragaron en un jurado de votación mayor número de ciudadanos de los autorizados por la ley*, pues en mesas como "(las indicadas por él y por el demandante del proceso 941) *"el número de votos escrutados supera el número de sufragantes"* (punto b), Fol. 23. Subraya la Sala).

Prescinde la Sala de cualquier comentario sobre la forma como se presentó el cargo, enunciando primero, sin determinación de mesas, un hecho previsto por la ley como causal de nulidad, para luego señalar, con especificaión de mesas, otro que ni siquiera es causal de reclamación administrativa, de modo que quedara subsumido en una norma que no lo prevé como se hace en la primera demanda, o confundiendo, para el mismo efecto, dos fenómenos distintos, como sucede en la segunda. Con un criterio amplio analizará la Sala el cargo, pero encuadrado dentro de la disposición legal pertinente. Mas previamente habrá de hacer las siguientes precisiones:

1. Son diferentes los fenómenos consistentes, el uno, en el exceso de sufragantes con relación al número de ciudadanos autorizados por la ley para votar en una mesa y, el otro, en el mayor número de votos que de votantes.

2. Para los dos fenómenos la ley prevé remedios diferentes. En el caso del exceso de sufragantes, la ley sanciona esta irregularidad con la nulidad de la correspondiente acta de escrutinio (causal 6a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979). Para esa misma hipótesis de hecho la citada ley (artículo 152) ha establecido una causal de raclamación ante las corporaciones electorales que señala el artículo 31 de la Ley 85 de 1981. Según la primera disposición, las actas de escrutinio de los jurados de votación son nulas "cuando han sufragado en un jurado de votación *mayor número de ciudadanos de los autorizados por la ley"* (subraya la Sala). Cuando se trata de exceso de votos con relación al número de sufragantes el remedio es otro y opera obviamente en la oportunidad señalada por la ley que es la única en que él es posible: en el escrutinio de los jurados de votación, quienes en tal caso introducirán los votos "de nuevo en la urna y después de moverlos para alterar su colocación", sacarán a la suerte tantos sobres cuantos sean los excedentes y sin abrirlos se quemarán inmediatamente" (artículo 105 de la Ley 28 de 1979). Observése que la ley no convirtió esta irregularidad ni en causal de reclamación ni de nulidad (artículos 152, 172, y 173 de la Ley 28 de 1979).

3. La Sala se anticipó a manifestar en esta sentencia que no puede declarar nulidades distintas de las consagradas en la ley, de suerte que el examen del cargo se hará estrictamente a la luz de la citada causal 6a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979, que se refiere al *exceso en el número de votantes y no de votos* y, por lo tanto, la confrontación debe limitarse a establecer cuántos ciudadanos podían votar en una mesa y cuántos lo hicieron, con el fin de determinar *si el número de los últimos supera el de los primeros.* Cualquier otra base de comparación y la búsqueda de un resultado distinto se salen de los límites de la ley.

4. Las causales de reclamación, como la citada por los demandantes, tienen un ámbito de efectividad puramente administrativo. Carecen de eficacia en los procesos electorales.

5. De conformidad con los artículos 61 y 78 (parágrafo) de la Ley 28 de 1979, el número máximo de sufragantes en una mesa de votación es de cuatrocientos (400); pero

desde luego puede haber en una localidad una mesa en que ese límite máximo sea inferior. Además, de acuerdo con el artículo 104 de la misma ley, el número total de sufragantes, leído en voz alta por uno de los jurados, "se hará constar en el acta de escrutinio y en el registro general de votantes", de suerte que, lógicamente, habrán de coincidir los datos que al respecto aparezcan en uno y otro documento.

6. En el Acuerdo acusado, el número 18 de 1982, la Corte Electoral había demostrado cómo se daba la causal de reclamación a que se ha hecho referencia respecto de las mesas números 24, 125, 280, 318, 406, 433 y 465 de la cabecera municipal de Cartagena y 1 de Pasacaballos, pues en ninguna de ellas, como es cierto, votaron más de los ciudadanos que legalmente podían sufragar (Pág. 10 del Acuerdo).

Con el fin de establecer la exactitud del cargo habrá de revisar la Sala los documentos allegados al proceso; pero excluirá de su examen las mesas número 425 por cuanto ella no fue computada (Pág. 9 del Acuerdo). Naturalmente, esa revisión no será posible en los casos en que falten los correspondientes documentos.

La revisión de tales documentos arroja los siguientes resultados:

CARTAGENA:

Mesa

24 Lista de sufragantes no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 91 ciudadanos.

125 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 61 ciudadanos.

148 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: votaron 128 ciudadanos
Acta de escrutinio: votaron 128 ciudadanos.

280 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 90 ciudadanos.

292 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: votaron 104 ciudadanos
Acta de escrutinio: no figura el número de sufragantes

318 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: sufragaron únicamente 68 ciudadanos.

406 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 86.

433 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 83 ciudadanos.

452 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron 63 ciudadanos.

Mesa

460 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 86
Acta de escrutinio: no figura el número de sufragantes.

465 Lista de sufragantes:no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 81 ciudadanos.

593 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 315
Acta de escrutinio: no figura el número de sufragantes.

607 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 303
Acta de escrutinio: 303.

608 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 272
Acta de escrutinio: 272.

609 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 249
Acta de escrutinio: 249.

611 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 243
Acta de escrutinio: 243.

614 Lista de sufragantes: 400
Registro general de votantes: 251
Acta de escrutinio: 251.

620 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 226
Acta de escrutinio: no figura el número de sufragantes.

625 Lista de sufragantes: 400
Registro general de votantes: 300
Acta de escrutinio: 300.

1 de Pasacaballos: Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 244
Acta de escrutinio: 244.

2 de Arroyo Grande: Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: no se encontró.

3 de Arroyo Grande: Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 123 ciudadanos.

2 de Bayunca: Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 144
Acta de escrutinio: 144.

SANTA ROSA

Mesas:

2 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: votaron únicamente 156 ciudadanos.

5 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: 128 .

10 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: no se encontró
Acta de escrutinio: Votaron únicamente 210 ciudadanos

SOPLAVIENTO:

5 Lista de sufragantes: no se encontró
Registro general de votantes: 88
Acta de escrutinio: no figura el número de sufragantes.

6 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 191
Acta de escrutinio: 191.

8 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 193
Acta de escrutinio: 193.

9 Lista de sufragantes: 400 ciudadanos
Registro general de votantes: 183
Acta de escrutinio: 183.

Como se puede observar, no se excedió en ninguna de las mesas antes relacionadas el número máximo de ciudadanos que podían votar en ellas. Salvo el caso de la mesa número 2 de Arroyo Grande, en que no se encontró ningún ejemplar de los tres documentos para confrontarlos, en las demás mesas, con los datos que suministran el Registro General de Votantes y el Acta de Escrutinio, especialmente ésta última, se comprueba que el cargo carece de fundamento.

Y si hay diferencia entre el número de sufragantes y el número de votos, como efectivamente la hay en algunos casos, así como anota la Corte Electoral que este hecho no es causal de reclamación, según el artículo 152 de la Ley 28 de 1979, debe reiterar la Sala que tampoco ha sido consagrado como causal de nulidad y es evidente que no cabe en la del numeral 6 del artículo 172 del citado estatuto electoral.

No prospera, por consiguiente, el cargo.

Noveno cargo: Diversas Irregularidades

Se agrupa bajo éste título una pluralidad de impugnaciones que tienen en común sobre todo su imprecisión, su indiscriminación, su falta de determinación.

Lo cierto es que en forma indiscriminada, sin señalar las mesas donde o con relación a las cuales supuestamente ocurrieron irregularidades, los demandantes de los proce-

sos 941 y 942 señalan un número considerable de fallas en los registros electorales, como las que imputa el actor del primero de tales procesos al decir: "En *algunas* de las mesas impugnadas en este libelo, la lista de sufragantes y el registro general de votantes no tienen fecha, ni indican las Corporaciones para las cuales se votó, ni el orden de votación de los electores, o su nombre completo, o su cédula de ciudadanía, o no la tenían ellos inscrita", etc., etc., además de "sinnúmero de irregularidades", cargo que parcialmente se repite al exponerse el concepto de la violación, en que también se habla de que votaron personas sin cédula de ciudadanía, de la falta de correspondencia de nombres, de borrones, tachaduras y enmendaduras, sin precisar las mesas a que correspondían tales documentos o donde sucedieron esos hechos anómalos (expediente 941, folios 23, 29 y 30). (Subraya la Sala). .

El actor del proceso 942, que dividió los hechos (unos que fueron expuestos en el capítulo correspondiente y otros en el intitulado "DISPOSICIONES VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACION"), hace en este último capítulo impugnaciones en cuanto al no diligenciamiento completo de los registros electorales, o que les falta fecha, tienen borrones, tachaduras, enmendaduras, etc., se incluyen electores ficticios y hubo "*error aritmético en la totalización de los resultados electorales de la circunscripción de Bolívar*", sin precisar nada, "equivocaciones en las actas de escrutinio sobre los nombres y apellidos de los candidatos", como el caso mencionado por el demandante del proceso número 941 y ya analizado en esta sentencia (quinto cargo), que es el del señor *Dalmiro Pérez*, quien, según el actor, "en la lista de votos emitidos para la Asamblea", los cuales fueron excluidos de las demandas, le aparecen 28 votos (expediente número 942, Fols. 23 y 24 literales c) y e).

Habrá de rechazar la Sala el múltiple cargo a que se refiere esta parte de su sentencia por cuanto fue formulado en forma vaga, indeterminda, especialmente en lo referente a las mesas donde ocurrieron las irregularidades que mencionan los demandantes, o sin explicar en qué consistió el error aritmético en la totalización de los resultados electorales de la Circunscripción Electoral de Bolívar.

No es de la incumbencia de la jurisdicción Contencioso Administrativo suplir las omisiones e imprecisiones de los demandantes y no puede revisar todas las mesas que funcionaron en una circunscripción electoral o en un municipio de todas las impugnadas en la demanda por otros motivos, para establecer en cuál o cuáles de ellas se dan las irregularidades imputadas en forma indiscriminada o indeterminada.

Ciertamente el demandante del proceso número 941 precisa algunos casos en su alegato de conclusión; pero éste no pueder servir para llenar vacíos u omisiones de la demanda, para determinar o precisar lo indeterminado o impreciso en ella. En la demanda quedan sentadas las bases del proceso y especialmente del debate probatorio y no pueden ser sorprendidas las demás partes, si las hay, o los interesados, con la presentación de hechos o circunstancias de hecho en un momento en que ya no pueden probar ni alegar en contra.

Sobre los aspectos tratados en este punto se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 7 de noviembre de 1960 (Anales, Tomo LXIII, números 392-396, páginas 641 y 649).

Décimo cargo: irregularidad en los escrutinios de Santa Rosa

Comprende este cargo, formulado en las demandas de los procesos números 941, 942 y 944, tres aspectos:

1o. Se enuncia así en el literal J) de la demanda del proceso 941; "en el municipio de Santa Rosa no se tuvo en cuenta para efectos del escrutinio, las Actas de Jurados de

Votación. La Comisión Escrutadora Municipal de Santa Rosa, *sin que mediara petición*, procedió a escrutar TODAS las mesas de votación que funcionan en ese Municipio, como puede verificarse en el Acta Municipal de Escrutinio". (Subraya la Sala).

2o. Consiste, según el mismo demandante, en que la Comisión Escrutadora Municipal "computó la mesa número SIETE de ese Municipio, no obstante estar el Acta en blanco en cuanto a resultados de los candidatos, es decir no había constancia de nada".

3o. El mismo actor lo indica así: "La lista encabezada para la Cámara de Representantes por el Doctor Alvaro Enrique Benedetti Vargas, por ejemplo, tiene en las Actas de los Jurados de votación OCHENTA (80) votos y en el Acta de Escrutinios Municipales de Santa Rosa se le adjudican 120 sufragios, error que debe corregirse" (Fol. 24; también Fol. 30).

El cargo se repite en las demandas correspondientes a los otros dos procesos (942, Fol. 22, y 944, Fols. 2 y 3).

Los actores fundamentan el cargo en el artículo 173 (causal 6a.) de la Ley 28 de 1979 y solicitan que se realice un nuevo escrutinio.

En cuanto al primer aspecto, debe la Sala aclarar que la denominada "ACTA GENERAL PARA LAS ELECCIONES DE SENADO, CAMARA, ASAMBLEA Y CONCEJO MUNICIPAL DEL 14 DE MARZO DE 1948", verificadas en Santa Rosa, está mal redactada, pero de ella se deduce que el recuento de votos se hizo *teniendo en cuenta las correspondientes actas de escrutinio*, pues la *disparidad* respecto de la cual se deja constancia en algunos casos, resulta por comparación entre el número de votos registrados en la respectiva acta y los contados por la Comisión Escrutadora.

Además, la introducción del acta de escrutinio municipal da a entender, a pesar de su mala redacción, que estaban los registros electorales y que fueron leídos. En la primera parte de esa acta se dice: "... el señor Registrador procedió a sacar las actas de introducción de pliegos electorales y *leídas* ante la comisión y el público presente, el señor Registrador procedió a *darle lectura*. Mesa número 1....." (subraya la Sala).

Por otra parte, en el oficio número 043, dirigido al Consejo de Estado, el 5 de noviembre de 1982, el Registrador Municipal del Estado Civil de Santa Rosa y a la vez el Secretario de la Comisión Escrutadora, dice: "En las Actas de Jurado de Votación, Formulario E-6C, se encuentran los números de Cédulas respectivos"; "las Actas de Jurados de Votación E-4-6-C fueron enviadas por conducto de la Delegación Departamental".

Por último, al final del documento que es objeto de examen se deja constancia de la causa del recuento de votos y no se menciona la ausencia de las actas de escrutinio de los jurados de votación, sino que se quiso "evitar confusiones y por estar a consideraciones de la comisión Escrutadora".

De modo que la expresión "sin que se tuvieran en cuenta para nada las Actas de los Jurados de Votación" (Fol. 30 del Exp. 941) no puede entenderse en el sentido de que no estaban cuando se hicieron los escrutinios sino que el recuento se verificó, como lo dice el mismo demandante, sin que mediara petición" (Fol. 24 del mismo expediente).

En segundo lugar, se aclara que este caso es diferente al que examinó la Sala en la sentencia del 28 de febrero de 1983 (expediente número 988), en que se hizo conteo de votos por *falta* del acta de escrutinio de los jurados de votación, documento fundamental que no podía faltar y ante cuya ausencia debió procederse en la forma indicada en el artículo 15 de la Ley 85 de 1981.

En el caso *sub-júdice* se hizo recuento de votos; pero no faltaron las actas de escrutinio de los jurados de votación.

Sobre el particular hay que anotar que la ley establece que "el escrutinio se hará con base en las actas de los jurados de votación"; pero no prohibe el recuento de votos; por el contrario, lo permite, sólo que establece como condición que sea "a petición de los candidatos, de sus representantes o de los testigos electorales debidamente acreditados" (artículos 13 y 14 de la Ley 85 de 1981). No habiendo ausencia de las actas de escrutinio de los jurados de votación, considera la Sala que así como la negativa a la solicitud de un recuento de votos debidamente formulada, no es causal de nulidad, como se dijo al examinar los cargos tercero y cuarto, la verificación del mismo sin petición de quienes podían hacerla, tampoco tiene tal consecuencia, por la misma razón: la ley no ha establecido esa causal de nulidad.

En cuanto al fundamento legal que invocan los demandantes, o sea la causal 6a. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, no cree la Sala que la omisión de ese requisito implique una violación del sistema electoral de tal naturaleza que esté comprendida en la previsión general del precepto antes citado. No es una infracción legal que quebrante "el sistema mismo, en sus elementos esenciales, sus líneas cardinales, sus preceptos fundamentales", según el criterio expuesto por la Sala en el fallo del 10 de octubre de 1984 (expediente electoral número 1.126), reiterado en el ordinal 1o. del punto II ("CUESTIONES DE FONDO") de esta sentencia.

Por este aspecto no habrá de prosperar el fallo.

En lo que respecta a la mesa número 7 de Santa Rosa, existen en el proceso dos ejemplares, *ambos en blanco* (el original en la página 247 del cuaderno número 3, expediente 944, y copia suelta).

Quedó demostrado en el proceso que la Comisión Escrutadora hizo el recuento de votos sin el registro de los mismos en el acta de escrutinio del respectivo jurado de votación; pues si el ejemplar de que dispuso estaba en blanco, significa que faltó en el escrutinio municipal ese documento capital, imprescindible, por lo cual se quebrantó el sistema electoral en uno de sus elementos fundamentales (artículo 173 de la Ley 28 de 1979, causal 6a.).

Habrá de prosperar por este aspecto el cargo. Pero no será siquiera considerado en cuanto a la alegada equivocación, en el Acta de Escrutinio Municipal, al adjudicarle al candidato Alvaro Enrique Benedetti Vargas 120 votos, cuando "tiene en las Actas de los jurados de votación OCHENTA (80) votos", pues los demandantes no señalaron la mesa o las mesas respecto de las cuales se cometió el supuesto error o el acta o las actas de escrutinio (Formulario E-6) donde le aparece al doctor Benedetti un menor número de votos.

En consecuencia, prospera el cargo contra el acta de escrutinio municipal, únicamente en lo que concierne a la mesa número 7. Se procederá entonces a realizar un nuevo escrutinio de dicha mesa, con base en algún ejemplar válido del acta del respectivo jurado de votación, de los dos que no obraron en el proceso, los cuales serán solicitados al señor Registrador Nacional del Estado Civil o por su conducto.

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

FALLA:

Primero. Declárase inhibido para un pronunciamiento de fondo respecto de las súplicas de la demanda presentada por el señor FRANCISCO DE PAULA BENEDETTI VARGAS, que dio origen al proceso electoral número 950.

Segundo. Decláranse nulas el acta de escrutinio del jurado de votación correspondientes a la mesa número 625 de la cabecera del municipio de Cartagena y el acta de escrutinio municipal de Santa Rosa, verificado por la respectiva Comisión Escrutadora con relación a la mesa número 7, en lo que atañe a las elecciones de Senadores y Representantes a la Cámara, realizadas el 14 de marzo de 1982, en la Circunscripción Electoral de Bolívar, para el período constitucional de 1982-1986. Son, así mismo nulos los votos depositados en la primera de tales mesas.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, declárase nulo el Acuerdo número 18 del 13 de julio de 1982, emanado de la Honorable Corte Electoral, "por el cual se resuelven los recursos de apelación interpretados contra las Resoluciones dictadas por los Delegados de la Corte durante el escrutinio general de los votos correspondientes a las elecciones realizadas el 14 de marzo en la circunscripción electoral de BOLIVAR", pero únicamente en cuanto computó como válidos los votos registrados en el acta de escrutinio del jurado de votación de la mesa número 625 de la cabecera del municipio de Cartagena y en el acta de escrutinio municipal de Santa Rosa, verificado por la Comisión Escrutadora respecto de la mesa número 7, y en lo que concierne a las elecciones de Senadores y Representantes a la Cámara.

Cuarto. Ordénase la práctica de un nuevo escrutinio de los votos emitidos en las elecciones de Senadores y Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Bolívar, el 14 de marzo de 1982, con exclusión de los correspondientes a la mesa número 625 de Cartagena (Cabecera) y sin tener en cuenta los registros en el acta de escrutinio municipal de Santa Rosa como depositados en la mesa número 7 del mismo municipio.

Solicítese, para efectos del nuevo escrutinio, al señor Registrador Nacional del Estado Civil, o por su conducto, los dos ejemplares que faltan del acta de escrutinio del jurado de votación de la mesa número 7 de Santa Rosa (Bolívar).

Para la práctica del escrutinio señálase el quinto (5o.) día hábil del siguiente al de ejecutoria de este fallo, a las 9 a.m., término que podrá ser ampliado prudencialmente conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 247 del Decreto Extraordinario 1 de 1984.

Quinto. Si como consecuencia del escrutinio hubiere alteración en cuanto a los candidatos declarados elegidos en el Acuerdo, se expedirán las credenciales a quienes corresponda y, por el mismo hecho, quedarán sin valor las expedidas a otras personas.

Sexto. Deniéganse las demás súplicas de las demandas de los procesos electorales acumulados números 940, 941, 942, 943 y 944.

Séptimo. Comuníquese el resultado del nuevo escrutinio a los señores Presidente de la Honorable Corte Electoral, del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, Ministro de Gobierno y Gobernador de Bolívar.

Octavo. Reconócese al doctor GUSTAVO CUELLO IRIARTE como apoderado del doctor DAVID TURBAY TURBAY, en sustitución del doctor HUGO ESCOBAR SIERRA.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia fue aprobada el 6 de noviembre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

PROCESOS ELECTORALES ACUMULADOS Números 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: SANDRO ENRIQUE TORREGROZA LARA, DAVID TURBAY TURBAY, DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA Y FRANCISCO DE PAULA BENEDETTI VARGAS.

Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Darío Quiñónez Pinilla, Secretario.

ELECTORALES.— SENADO.— COMISIONES PERMANENTES COMPOSICION.— sólo se puede ser miembro de una de dichas Comisiones (Ley 65 de 1982. artículos 10 y 19. Ley 17 de 1970 artículo 19).

Declárase la nulidad de la Proposición número 4 del Senado de la República y aprobada en su sesión plenaria de 20 de julio de 1984 que aparece en el acta número 1 de la misma fecha, acta ésta que se publicó en los "Anales del Congreso" número 23 del 25 de julio de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera. Bogotá, D.E., diciembre diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero ponente: **Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**
Referencia: 1109.
Demandante: **José Ignacio Vives Echeverría.**

El doctor José Ignacio Vives Echeverría, en ejercicio de la acción pública electoral, ha demandado de esta corporación que se declare la nulidad de la Proposición número 4 del Senado de la República aprobada en su sesión de 20 de julio de 1984, que aparece en el acta número 1 de la misma fecha, acta que se encuentra publicada en los "Anales del Congreso" número 23 del miércoles 25 de julio de 1984.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Reza como sigue:

"Proposición número 4.

A partir de la fecha el Senador José Neme Terán hará parte de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, y el Senador Federico Estrada Vélez pasará a la Comisión Primera, julio 20 de 1984, José Name Terán, Federico Estrada".

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A. Hechos

Como fundamentos de hecho de la demanda, el actor expone, en síntesis, los siguientes:
1. El Senado de la República en su sesión del 20 de julio de 1984 y mediante su Proposición número 4 acordó que el Senador José Name Terán hiciera parte de la Comisión Séptima Constitucional y que el Senador Federico Estrada Vélez pasara a la Comisión Primera.

2. Previamente a lo anterior, el mismo Senado en su sesión de 4 de mayo de 1983 había elegido a dicho Senador Name Terán para su Comisión Primera y al Senador Estrada Vélez para su Comisión Séptima.

B. Disposiciones violadas y concepto de la violación

El actor señala como disposiciones violadas el artículo 19 de la Ley 17 de 1970, la Ley 65 de 1983 y los artículos 72 y 172 de la Constitución Nacional y el artículo 224, numeral 6o. del Código Contencioso Administrativo.

El concepto de la violación se compendia así:

a) Con la expedición de la Proposición número 4 acusada, los senadores José Name Terán y Federico Estrada Vélez quedaron perteneciendo a dos Comisiones Constitucionales Permanentes, ya que el Senado no podía y menos por una simple Proposición invalidar la elección legalmente efectuada en su sesión de 4 de mayo de 1984. En tales circunstancias el acto impugnado transgredió el artículo 19 de la Ley 17 de 1970 conforme al cual un Congresista no puede hacer parte de dos Comisiones Constitucionales Permanentes.

b) La Proposición número 4 quebranta también la Ley 65 de 1982 porque ésta fijó en 19 Senadores el número total de los miembros de la Comisión Primera Permanente del Senado y en 10 Senadores el número total de miembros de la Comisión Séptima Permanente del mismo. Entonces, la Comisión Primera quedó con 20 Senadores incluyendo al Senador Estrada Vélez y la Comisión Séptima con 11 Senadores incluyendo al Senador Name Terán.

c) La Proposición número 4 quebranta los artículos 72 y 172 de la Constitución Nacional, y el numeral 6o. del artículo 224 del Código Contencioso Administrativo por las siguientes razones: según el primer texto el Senado "elegirá", es decir, designará mediante "elección" a los senadores que deberán integrar una Comisión Constitucional Permanente y, en cambio, a través de esa Proposición se designó a dichos senadores como miembros de la aludida comisión sin mediar acto eleccionario alguno. Y todo ello con violación del sistema del cuociente electoral contemplado en el citado artículo 172 constitucional y en el numeral 6o. del artículo 224 del Código Contencioso Administrativo.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente proceso, se entra a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

1. El Magistrado Sustanciador decidió suspender provisionalmente, la Proposición número 4 acusada en providencia de 31 de agosto de 1984, con argumentos que acoge la Sala como motivación de esta providencia. Allí se dijo:

"3. Del examen cuidadoso que la Sala Unitaria ha hecho del ordenamiento jurídico señalado como infringido por el demandante, encuentra que debe decretarse la suspensión provisional deprecada por las siguientes razones:

"Surge de la simple lectura de las sesiones del Senado de la República de 4 de mayo de 1983 y 20 de julio de 1984, recogidas en los Anales del Congreso del 9 de mayo de 1983 y 25 de julio de 1984, lo siguiente:

"a) Que al haber sido asignados, mediante la Proposición número 4 acusada, los senadores José Name Terán a la Comisión Séptima Permanente del Senado y Federico

Estrada Vélez a la Comisión Primera, se excede en uno (1) el número de los senadores con que debe contar una (20 en vez de 19) y otra (11 en vez de 10). Este proceder quebranta no sólo el artículo 1o. de la Ley 65 de 1982 que fija en 19 y 10 respectivamente, los senadores componentes de dichas comisiones, sino también el artículo 19 de la Ley 17 de 1970, de conformidad con el cual sólo se puede ser miembro de una de dichas comisiones permanentes. Los referidos congresistas, entonces, en virtud de tal Proposición, están perteneciendo a dos de tales Comisiones. Obsérvese, en efecto, que del texto de esta última se establece claramente que fueron destinados a las comisiones Séptima y Primera, sin que allí se haga salvedad alguna sobre que se trate de un intercambio, esto es, que a su vez dejaren de integrar las Comisiones Primera y Séptima para las cuales fueron elegidos en la sesión del 4 de mayo de 1983.

"b) Por se suficientes las anteriores razones para decretar la presente suspensión, no se analizan los demás argumentos de la demanda".

2. Además la Proposición número 4 quebrantó ostensiblemente el artículo 72 de la Carta Política, porque los nombres de senadores que en virtud de ella se asignaron a las Comisiones Primera y Séptima Constitucionales Permanentes fueron adoptados por el Senado lisa y llanamente sin que mediara acto alguno de "elección" que supone obviamente inscripción previa de listas. Y de contera se transgredieron los artículos 172 ibídem y 224, ordinal 6o. del Código Contencioso Administrativo porque por sustracción de materia tampoco hubo empleo de sistema de cuociente electoral.

3. No entra la Sala a considerar el aspecto de la sustracción de materia alegado por el demandante cuando presentó solicitud de desistimiento de esta acción —y que le fue negada, Fols. 27 a 33— porque el acto impugnado esto es, la Resolución número 4, constituye de suyo un acto autónomo e independiente de los otros que a juicio del actor pudieron haber saneado con posteridad los vicios de ilegalidad y constitucionalidad de tal resolución. Por ello, ésta última ha podido producir sus propios efectos jurídicos, cuya existencia o no escapa a su juzgamiento en esta sentencia.

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. Declárase la nulidad de la Proposición número 4 del Senado de la República y aprobada en su sesión plenaria de 20 de julio de 1984 que aparece en el acta número 1 de la misma fecha, acta ésta que se publicó en los "Anales del Congreso" número 23 del miércoles 25 de julio de 1984.

Segundo. Comuníquese con entrega del texto del presente fallo a los señores Presidente del Senado de la República y Presidentes de las Comisiones Primera y Séptima Constitucionales Permanentes del Senado.

Tercero. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Sesión del 14 de diciembre de 1984

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Mario Enrique Pérez Velasco, Rodríguez Rodríguez.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

CAPITULO II

ELECTORALES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

DIPUTADOS SUPLENTES.— INHABILIDADES.— Artículo 108 Constitución Nacional. Elección.

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

Consejero Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 1146.
Actor: **Angel Adelmo Martínez Triana.**

Mediante sentencia del 16 de septiembre último, el Tribunal Administrativo del Huila declaró nula la elección del señor ABEL PALACIOS TRUJILLO como primer Diputado suplente a la Asamblea de ese Departamento para el período 1984 a 1986; dispuso la cancelación de su credencial y lo sancionó con la interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público por un término igual al del período de la Asamblea Departamental, contado a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

El Tribunal fundó su decisión en la norma del artículo 108 de la Constitución Nacional, por aparecer probado que el señor Abel Palacios Trujillo había sido elegido Diputado dentro de los seis meses siguientes al día en que cesó en el desempeño de sus funciones como Alcalde del Municipio de Algeciras (Huila).

Contra la decisión del Tribunal el apoderado del señor Abel Palacios Trujillo interpuso recurso de apelación, el cual, una vez concedido, en el Consejo de Estado ha recibido el trámite propio de la segunda instancia. El señor Fiscal Cuarto de la Corporación emitió su concepto de fondo solicitando la confirmación del fallo recurrido.

CONSIDERACIONES:

Desde el año de 1886 el Constituyente ha estimado necesario establecer la prohibición de que determinados funcionarios públicos sean elegidos miembros del Congreso Nacional o de la Asambleas Departamentales, seguramente por el temor de que pongan al servicio de sus personales aspiraciones la influencia oficial adquirida, que puede traducirse en presiones indebidas sobre los propios electores. Por ello ha considerado prudente que solamente una vez transcurrido cierto lapso desde la fecha de cese de funciones del empleado, desaparezcan los motivos de la prohibición, dejando consecuencialmente de existir la inhabilidad.

Los incisos 1o. y 2o. del artículo 108 de la Constitución son del siguiente tenor:

"El Presidente de la República, los Ministros y Viceministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos y el Registrador Nacional del Estado Civil, no podrán ser elegidos miembros del Congreso, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

"Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o Diputados, los Gobernadores, los Alcaldes de Capitales de Departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los 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".

Abarca pues la inhabilidad los seis meses que preceden a la elección respecto de funcionarios que hayan ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva, circunstancia en la que indudablemente se encuentra quien haya desempeñado el cargo de Alcalde, funcionario que a términos del artículo 201 de la Carta es Jefe de la Administración Municipal y detenta un poder decisorio de mando que lo habilita para manejar e influir en los destinos de un conglomerado social como es el municipio.

En el caso que se examina está suficientemente acreditado en el expediente (folios 52 y 53) que el señor Abel Palacios Trujillo desempeñó el cargo de Alcalde de Algeciras (Huila) en lapso comprendido entre el 24 de septiembre de 1982 y el 2 de noviembre de 1983, fecha en la cual quedó desvinculado del servicio y, por lo mismo, esta inhabilitado para ser elegido Diputado a la Asamblea Departamental del Huila en las elecciones populares que tuvieron lugar el 11 de marzo de 1984, por no haber transcurrido seis meses desde que cesó en el ejercicio de sus funciones de Alcalde. Esto es, si el candidato, como aquí ocurrió, ejerció funciones públicas como Alcalde dentro del lapso de los seis meses que precedió a la elección, quedó automáticamente incurso en la prohibición contenida en el artículo 108 de la Constitución Nacional. Este es el criterio que el Consejo de Estado ha mantenido de modo inalterable en su jurisprudencia sobre los alcances del artículo 108 de la Carta, con las naturales variantes de redacción.

Como el Tribunal en la sentencia apelada obró acorde con los criterios antes expresados, su fallo será confirmado.

En cuanto a la sanción impuesta al señor Abel Palacios Trujillo, de interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público por un término igual al del período de la Asamblea Departamental del Huila contado a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, con fundamento en el artículo 244 del Decreto-Ley 01 de 1984, debe aclarar la Sala que la norma en mención fue declarada inexequible por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de agosto del año en curso.

En la actualidad, la norma a observarse en casos similares al presente es el artículo 37 de la Ley 85 de 1981 que dice:

"Cuando se decrete la nulidad de la elección porque los candidatos no reunían los requisitos y calidades exigidos por la Constitución y la ley o porque violaron las prohibiciones contenidas en las mismas normas, en la sentencia se impondrá a los afectados la pena de interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público por un término igual al del período de la corporación para el cual habían sido elegidos, contados a partir de la fecha de ejecución de la respectiva providencia".

Por último, dice el recurrente que el Tribunal no interpretó en forma correcta el artículo 108 de la Constitución, pues confundió lo que es la circunscripción electoral del Huila con la del Municipio de Algeciras en condiciones tales que si el elegido ejerció el cargo de Alcalde en el municipio dicho, no se puede concluir que tal mando fue ejercido en la circunscripción del Huila.

Es errónea la interpretación que hace el impugnador, pues la prohibición del artículo 108 de la Constitución hace referencia a los miembros del Congreso o Diputa-

dos "en la circunscripción electoral respectiva" que, a términos de los artículos 175, 176 y 177 del mismo estatuto, está constituida por cada Departamento así como por las entidades territoriales señaladas en el inciso segundo de la última de las disposiciones citadas. Además, es indiscutible que el Municipio de Algeciras se encuentra dentro de la Circunscripción Electoral del Huila.

En las condiciones antes expresadas, la sentencia apelada será confirmada.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal Cuarto de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMESE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 17 de septiembre de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 16 de noviembre de 1984.

Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Mario Enrique Pérez Velasco, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO III

ELECTORALES DEL ORDEN MUNICIPAL

ELECTORALES.— CONCEJOS MUNICIPALES.— PERSONERO Y TESORERO.— ELECCION.— Inaplicabilidad del cuociente electoral.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., julio cinco (5) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.**
Referencia: Expediente No. 1095 Electoral.
Actor: **Jesús Eduardo Campillo Parra.**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia de primer grado proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 3 de mayo de 1984, en la que negó la nulidad de las Resoluciones 020-a y 021 del Concejo Municipal de Calarcá.

I ANTECEDENTES

El doctor Jesús Eduardo Campillo Parra, actuando en su propio nombre, demandó "con invocación de la facultad conferida por el artículo 66 del Código Contencioso

Administrativo, previos los trámites de un juicio electoral", la nulidad de las Resoluciones 020-a y 021 del 28 de noviembre de 1983, emanadas del Concejo Municipal de Calarcá, por las cuales se eligieron Tesorero y Personero Municipales, respectivamente, a Alberto Osorio Orozco y Libia Tellez Toro. Así mismo pido "como consecuencia de la declaración anterior, y en base a la realidad de la votación del día 28 de noviembre de 1983, se dé pleno valor a la Resolución 020-b, sometida a consideración del Honorable Concejo. "Por medio de la cual se designan Personero y Tesorero del Municipio de Calarcá", conforme a las normas del cuociente electoral, fue aprobada por cinco votos".

Los hechos o "Motivos de la demanda", como la califica el propio accionante, fueron presentados así:

"1— El día 28 de noviembre de 1983, previa convocatoria de la Corporación, el Concejo Municipal de Calarcá procedió a la elección de Personero y Tesorero Municipales, con sus respectivos suplentes.

"2— Instalada la sesión, concurrieron a ella un total de quince (15) Concejales, debidamente habilitados para votar.

"3— Al momento de realizarse la elección fueron presentadas a consideración de la Corporación, inicialmente, las Resoluciones 020-a y 020-b, cuyos textos son como sigue:

"RESOLUCION No. 020-a de 1983.— Noviembre 28— "Por la cual se eligen Funcionarios dependientes del Honorable Concejo Municipal"— EL CONCEJO MUNICIPAL DE CALARCA Q., en uso de sus atribuciones legales y estatutarias, en especial de las que le confiere el artículo 197 de la Constitución Nacional, RESUELVE: Artículo primero: Para el período comprendido entre el primero de enero y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), elígense los siguientes funcionarios: TESORERO MUNICIPAL: Principal doctor ALBERTO OSORIO OROZCO. Suplente señor WILHEN ALONSO GAVIRIA. Artículo Segundo: Riga (sic) a partir de la fecha. COMUNIQUESE Y CUMPLASE. Dada en el Salón de Sesiones del Honorable Concejo Municipal de Calarcá, a los veintiocho días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983)". La anterior resolución fue aprobada por ocho (8) votos.

"RESOLUCION No. 020-b.— Por medio de la cual se designan Personero y Tesorero del Municipio de Calarcá. EL HONORABLE CONCEJO MUNICIPAL DE CALARCA, en uso de sus facultades legales, en especial de las que le confiere el numeral 3o. del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, RESUELVE: Artículo Primero: Desígnase al (sic) AMPARO PUENTES, para el cargo de Personero para el período comprendido entre el primero (1) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 1984. Artículo Segundo: Desígnase al (sic) SONIA VALLEJO DE ROJAS, para el cargo de Tesorero para el período comprendido entre el primero (1) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 1984. Artículo Tercero: La presente resolución rige a partir de la fecha de expedición. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. Dada a los veintiocho días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y tres". Esta resolución obtuvo cinco (5) votos.

4.— Realizada esta primera elección, desconociendo por parte del señor Presidente del Concejo, las normas sobre el cuociente electoral, fue sometida una nueva proposición a la consideración la número 021, que dice:

"RESOLUCION No. 021 DE 1983. Noviembre 28. Por la cual se eligen Funcionarios dependientes del Honorable Concejo Municipal. EL CONCEJO MUNICIPAL DE

CALARCA Q., en uso de sus atribuciones legales y estatutarias, en especial de las conferidas en el artículo 197 de la Constitución Nacional, RESUELVE: Artículo Primero: Para el período comprendido entre el primero de enero y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), elígense los siguientes Funcionarios: PERSONERO MUNICIPAL, principal: DOCTORA LIBIA TELLEZ TORO. Suplente. DOCTOR JAIRO LOPEZ LOAIZA. Artículo Segundo. Rige a partir de la fecha. Dada en el Salón de Sesiones del Honorable Concejo Municipal de Calarcá a los veintiocho días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983). La que obtuvo ocho (8) votos.

"5.— Conforme lo establecen las disposiciones constitucionales y legales, así como el reglamento del Concejo, en caso de proceder al nombramiento de más de dos personas debe aplicarse a la elección, las normas sobre el cuociente Electoral", a fin de dar participación a las "minorías", representadas en las Corporaciones Públicas. El señor Presidente del Concejo de Calarcá hizo omisión a lo prescrito y realizó una segunda elección que desde todos los puntos de vista es ilegal. Si se tiene en cuenta que inicialmente se presentaron dos resoluciones, la 020-a y 020-b, obteniendo la primera 5 votos y la segunda 5, de un total de 15 votos, un negativo y otro en blanco. Como a la sesión de nombramiento de empleados asistieron los 15 concejales número máximo de Ediles, el resultado correcto es dividir el número de votos (15), por el número de cargos por proveer, más uno (2 + 1 = 3); el Cuociente sería (5). La Resolución 020-a, que obtuvo 8 votos, ocuparía un cargo por cuociente y le restaría un residuo de 3. La Resolución 020-b, que obtuvo cinco (5) votos, ocuparía el segundo cargo, quedando así provistos los empleos de Personero y Tesorero Municipales, siendo ilegal, contraria a derecho toda elección posterior. Estos hechos hacen que se solicite la nulidad de las resoluciones violatorias de la ley como ya se expresó".

Como normas violadas citó el demandante el artículo 172 de la Constitución Nacional y el Acuerdo 029 de 1981 del Concejo Municipal de Calarcá, contentivo del reglamento interno de la misma Corporación.

Además de la notificación al Agente del Ministerio Público, también se hizo a los ciudadanos que fueron elegidos por los actos acusados, quienes por medio de procurador judicial se opusieron a las pretensiones, sosteniendo:

"1o. Según el acta del Concejo Municipal de la ciudad de Calarcá, de fecha lunes 28 de noviembre de 1983, Acta No. 025, la elección de los funcionarios dependientes del Honorable Concejo Municipal de la ciudad de Calarcá se realizó en dos votaciones distintas, por medio de dos resoluciones diferentes, la 020-a y 021; la primera para la elección de Tesorero Municipal y su respectivo suplente, y la segunda para la elección de Personero Municipal y su respectivo suplente.

"Esto quiere decir que la elección se realizó con el lleno de los requisitos formales y legales, así como ceñida a los Estatutos de funcionamiento del mismo Concejo Municipal, debidamente aprobados y por medio de las cuales se ha regido el mismo cabildo por muchos años.

"Como lo indica claramente el Acta No. 025, la (sic) proyecto de Resolución No. 020-a fue presentada por ocho (8) Honorables Ediles, debidamente firmados con sus puños y letras, jamas en forma anónima o apócrifa, además de haberse realizado con posterioridad y dentro del mismo debate la elección del Tesorero Municipal y su suplente, recayendo este nombramiento en la persona del doctor Alberto Osorio Orozco y la suplencia en la persona del señor Wilhen Alonso Gaviria, con un resultado final de nueve votos en afirmativa por contabilizarse el voto en blanco a su favor, para la vigencia del año que comienza el primero de enero de 1984.

"Otro proyecto de resolución muy distinta fue la presentada para el nombramiento de Personero Municipal y su respectivo suplente, esta fue la No. 021, la que fue presentada por los mismos ocho Honorables Concejales y la que fue sometida a consideración del Honorable Concejo, resultando aprobada por mayoría de votos, ya que ocho votaron por la afirmativa con un resultado final de 8 votos para que la Resolución 021 "Por medio de la cual se eligen funcionarios dependientes del Honorable Concejo Municipal" y en la cual fue nombrada la doctora Libia Téllez Toro como Personero del Municipio y el doctor Jairo López Loaiza como suplente.

"Como claramente se observa no se han violado ni las normas constitucionales de que habla el actor, ni las normas procedimentales entratándose de leyes electorales ni mucho menos reglamentarias del mismo Concejo Municipal.

"Y digo claramente, pues la elección se realizó en forma separada, inicialmente la Resolución 020-a y posteriormente la Resolución No. 021 y en ninguna de las dos resoluciones se eligió a más de dos funcionarios, ya que solamente se eligió a un funcionario. El señor Tesorero y su respectivo suplente y en la Resolución 021 a la señorita Personera Municipal y su respectivo suplente".

II. SENTENCIA DE INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Quindío, en sentencia de 3 de mayo del año en curso, denegó las súplicas de la demanda, apoyándose para ello, en buena parte de la providencia, en fallos de esta Corporación.

Dijo el Tribunal:

"En el presente proceso no se hace necesario realizar lucubraciones profundas, extensas y jurídicas para expresar que deben desecharse las pretensiones del accionante, porque la nitidez del criterio del Honorable Consejo de Estado vertido en la presente exposición jurisprudencial permite aseverar que el artículo 172 de la Carta Fundamental no le es aplicable al asunto cuestionado, por regir la elección de los funcionarios a que se contrae la presente acción su artículo 83 teniendo presente, además, que la selección de Personero y Tesorero del Municipio de Calarcá se hizo en actos singulares que por dicha forma hacen más imposible aplicar el cuociente electoral, pues su observancia está enmarcada y condicionada al hecho de tenerse que realizar una votación '... por dos o más individuos...' y, en gracia de discusión por razón de su aplicación en el caso presente sólo se elegía un personero y tesorero municipales en forma individual y, de otra parte, se hizo su postulación en proposiciones separadas con la firma de los ediles votantes en número de ocho (8), según reza el acta número 025 que recoge la sesión ordinaria efectuada el día 28 de noviembre de 1983 por el Cabildo de Calarcá, documento que si bien es cierto carece de firma por no haber sido aprobada, el acto que recoge la elección de funcionarios municipales de personero y tesorero no lo es, pues como lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado:

" 'En auto de fecha 14 de febrero de 1959, el Tribunal dispuso que antes de darle curso a la demanda se solicitara al Presidente del Concejo Municipal de Armenia, ordenara la expedición y envío de copia auténtica del acto por medio del cual las Empresas Públicas de dicha ciudad, efectuada el 31 de enero del citado año. El secretario del Concejo, en oficio de 14 de febrero dirigido al Tribunal Administrativo del conocimiento, le expresa que, cumpliendo órdenes del Presidente de la Corporación se permite enviarle copia auténtica del acta número 16 correspondiente a la sesión ordinaria del 31 de enero de 1969 "la cual será presentada para su aprobación en próxima reunión del Honorable Concejo Municipal".

" 'El Tribunal apoyándose en el artículo 211 del Código Contencioso Administrativo estima que si el acto de la elección debe constar por escrito en el acta respectiva, "es indiscutible que mientras ésta no haya sido legalizada por medio de la aprobación que el Concejo en pleno debe darle, esta no tiene ningún valor".

" 'El artículo citado, manda que con el libelo debe acompañarse la copia del acto que se acusa, debidamente autenticado. Por ello se hace indispensable en este caso saber cual es aquel acto.

" 'Aunque la nulidad de la elección de miembros de la Junta de las Empresas Públicas de Armenia, se presenta en el libelo como petición subsidiaria, esta es la materia principal del conflicto que debe decidir el Tribunal *a-quo*.

" 'Que esa elección se llevó a cabo, es un hecho que hasta ahora no se pone en duda, pues como antes se dijo, así aparece el acta cuya "copia auténtica" según expresión del Secretario del Concejo remitió al Magistrado Sustanciador, por orden del Presidente de esa Corporación.

" 'Por tal motivo, el requisito exigido por el artículo 122 del Código Contencioso Administrativo, se cumple en el presente caso, ya que el acta o relación de lo acontecido en la sesión del 31 de enero, no es sustancial para la existencia del acto administrativo de elección de los miembros de la Junta de las Empresas Públicas de Armenia, cumplido por el Concejo de dicha ciudad. La función administrativa de esa entidad ha tenido cumplimiento en una (sic) acto concreto, y lo que se va a definir por el Tribunal, es si ese acto se adecúa a las normas que regulan la actividad administrativa de la Corporación Municipal. Por ello, la acción electoral que se ha iniciado contra ese acto, no puede quedar sujeto, a que el mismo Concejo, cuyo acto se ha puesto *sub-lite*, imparta su aprobación al acta de la sesión del 31 de enero a que se ha venido haciendo referencia'. (Auto de 9 de junio de 1969, Consejor Ponente doctor: Belisario Arciniegas. Actor: doctor Horacio Ramírez Castrillón. Expediente Electoral radicado en este Tribunal bajo el número 052, páginas 44 a 46).

"Ha dicho el Honorable Consejo de Estado:

" 'En primer lugar le causa sorpresa a la Sala el que el Tribunal Administrativo del Huila haya decretado la suspensión provisional del Acta de instalación del Concejo del Municipio de Tello, por cuanto las actas en sí no son actos administrativos sino que ellas son el relato fidedigno de lo acontecido en las reuniones de las corporaciones o diligencias. De esta suerte se tiene que lo que debió suspenderse concretamente fueron las decisiones tomadas por el Concejo de que da cuenta del acta, si es que dichas decisiones no requieren forma especial alguna para su expedición conforme a la ley'. (Auto de 22 de abril de 1982. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Actor: Gentil Quintero Luna. Anales del Consejo de Estado. Primer Semestre de 1983. Tomo CVI. Nros. 477-478. página 1.214).

"Luego, estima la Sala que los razonamientos esbozados por el demandante y la conclusión a que llega no pueden ser compartidos, porque considera que a la luz de la ley vigente los actos administrativos enjuiciados están en ella sometidos en todas sus exigencias sin que sea permitido tildarlos de nulos, si de otra parte no aparecen quebrantadas las demás normas legales registradas en el libelo de demanda".

La sentencia fue apelada por el demandante, quien alegó:

'1— El Honorable Tribunal, con profundo respeto, al parecer no consideró el caso concreto de la elección de Personero y Tesorero de Calarcá, dentro de los hechos que se

le plantearon en la demanda y se limita a transcribir una sentencia en la que a modo de ejemplo el Honorable Consejo de Estado, se refiere a la elección de Procurador General de la Nación, es un acto único, pues debe elegirse solo de terna enviada por el Presidente de la República (artículo 144 de la Constitución Nacional). El Contralor General de la República se elige también en acto separado (artículo 59 inciso 3o. de la Constitución Nacional); igual cosa sucede con la elección de Contralor Departamental (artículo 187 No. 8 de la Constitución Nacional).

2.— Respecto a la elección de Personeros y Tesoreros, la situación es diversa. El artículo 197 No. 6o. dice:

"Artículo 197. Son atribuciones de los Concejos, que ejerceran conforme a la ley, las siguientes: . . . . . 6o. Elegir Personeros y Tesoreros Municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine".

"Como puede verse la Constitución utiliza la "Y" como conjunción, es decir que en principio puede considerarse esta atribución para ejercerce en forma conjunta, sin que ello quiera decir que en un momento dado tales elecciones no pueden hacerse en forma separada, frente a lo cual no habrían dificultades, pues si se optara por la división en la elección (artículo 1581 del Código Civil) se aplicaría sin discusión el artículo 83 de la Constitución Nacional; la controversia se presenta precisamente por la razón de que la elección de Personero y Tesorero de Calarcá, fue irregular al no computarse los votos emitidos en la sesión respectiva conforme a las normas electorales, pues la elección fue conjunta y se votó en el mismo acto, simultáneamente por PERSONERO Y TESORERO, pues se presentaron dos listas, que obtuvieron distintas cantidades de votos (8-5). Se votó por dos personas (Personero y Tesorero) y era entonces de obligatoria aplicación del artículo 172 de la Constitución Nacional al presentarse dos listas.

"3.— Lo anterior encuentra respaldo en la misma jurisprudencia citada por la Honorable Corporación del Quindío, que me permito transcribir en parte:

"Es a estos funcionarios a quienes se refiere el inciso 5o. del artículo 83 que se designan en *forma individual*, no colectiva, porque si se trata de dos o más individuos que hayan de nombrarse en forma plural o *simultánea*, generalmente de listas que se propongan, y vayan a tener el carácter de funcionarios públicos o no, la elección debe hacerse según el artículo 172 por el sistema del cuociente electoral..." (subrayo).

"La elección de Personero y Tesorero conforme el texto constitucional puede hacerse de dos maneras o individual o simultánea, en el primer caso es viable la aplicación del artículo 83 de la Constitución Nacional y en el segundo el artículo 172 *ibídem*... este último caso el que se presentó en Calarcá al votarse simultáneamente por dos listas distintas, para Personero y Tesorero, y es para ésta última elección para la que se pide la protección de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

"4.— Respecto al concepto de lista, no existe ninguna dificultad, pues la ley electoral (Ley 28 de 1979) en su artículo 72, así mismo, el artículo 111 *ibídem* en su inciso 2o., establece al hablar de listas o papeletas lo siguiente: "Si el número de los nombres fuere menos del que deba contener, se computarán los que contenga". De lo que se colige que si una lista está integrada por un solo nombre, es válido y debe computarse: en las listas para el nombramiento de Personero y Tesorero de Calarcá controvertidos, se presentaron dos listas, con pluraridad de nombres, siendo plenamente válidas las listas presentadas.

"5.— La interpretación de la Constitución Nacional, conforme al artículo 4o. de la Ley 153 de 1887, debe hacerse de acuerdo con los principios del derecho natural y las

reglas de la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia, en concepto de los Magistrados Guillermo Gonzáles Charry, José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García y José Eduardo Gnecco, han dicho: "El control constitucional, para que cumpla la alta finalidad política y social a que está destinado, debe ir al fondo de los problemas que lo suscitan". (Imprenta Nacional) —1976— Legislación del Estado de Emergencia Económica, página 699 supra). En el mismo documento y en la página 684, supra, puede leerse:

"En la interpretación de los preceptos de la Carta Fundamental ha de buscarse la realización de los fines perseguidos por el constituyente y dar cabida, en lo razonable y en lo necesario, a las nuevas concepciones que desarrollen o vivifiquen las normas escritas y los principios que las informan, adaptando las instituciones a la realidad de los hechos actuales...".

"De lo anterior se deduce que es necesario mirar la naturaleza individual de los hechos, de los FACTORES DE PODER integradores de la Constitución Nacional, es necesario mirar el caso específico para decidir sobre él a la luz de las normas de la Constitución. El Honorable Tribunal del Quindío, no tuvo en cuenta los hechos integradores de las normas demandadas por lo que se recurre ante el Honorable Consejo de Estado, para que "las cosas vuelvan a ser constitucional".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sobrada razón le asiste al Tribunal Administrativo del Quindío, cuando negó las pretensiones de la demanda encaminadas a la anulación de las Resoluciones 020-a y 021 del 28 de noviembre de 1983 emanadas del Concejo Municipal de Calarcá, por medio de las cuales se eligieron Tesorero y Personero Municipales, y que sirvió para que la Fiscal Quinta de esta Corporación, en su alegato final, pidiera la confirmación de la sentencia apelada, de fecha 3 de mayo de 1984, y que la Sala comparte, con las siguientes consideraciones:

"A juicio de la Fiscalía, es claro que en la elección de Personero y Tesorero, que deben efectuar los Concejos Municipales no cabe la aplicación del cuociente electoral, por la sencilla razón de que el Concejo solo elige un Personero y un Tesorero Municipales, así resuelva hacerlo conjuntamente en una sola sesión. El puesto por proveer es uno solo y el candidato que obtenga la mayoría requerida es el que debe considerarse elegido.

"El acta No. 025, correspondiente a la sesión del 28 de noviembre de 1983, y los mismos actos acusados, en los cuales se materializó la elección, demuestran que el Concejo procedió a elegir primero al Tesorero Principal y al Tesorero suplente, y luego al Personero y a su suplente.

"¿Cómo podría establecerse entonces el cuociente, si este resulta, según el artículo 172 de la Constitución Nacional, de dividir el número de votos válidos por el de puestos por proveer, si no había sino un solo voto por proveer con cada elección?

"En este caso se sometieron a consideración de la Corporación, dos candidatos para cada cargo y en dos listas, porque no había posibilidad de configurar listas.

"Obviamente resultaron elegidos quienes obtuvieron la mayoría de votos requeridos por la ley.

"Tal como el demandante entiende la aplicación del cuociente electoral, tendría que llegarse a la conclusión de que a pesar de que los nombres de los señores Alberto Osorio

Orozco y Libia Téllez Toro, obtuvieron en votación separada 8 votos, para Tesorero y Personero respectivamente, y los nombres de Sonia Vallejo de Rojas y Amparo Puentes, 5 votos, resultaban elegidos los que obtuvieron menos votos, o auncuando fuera uno de ellos por residuo, como se solicita en la demanda.

"En este orden de ideas la Fiscalía opina, que siendo imposible establecer un cuociente, la elección que se efectuó por mayoría de votos es válida y no se configura la violación de las normas invocadas en el libelo.

"Que se hubiera optado por votación nominal o secreta, ello para nada influye en la aplicación o no aplicación del cuociente electoral, pues ese es un mecanismo que nada tiene que ver con el sistema electoral que se utilice".

2. En verdad, la sentencia recurrida encuentra pleno respaldo en los preceptos constitucionales, puesto que las precisiones que hace el *a-quo* de los artículos 83 y 172 se acompasan con su letra y espíritu. Para el demandante, en cambio, se debía dar aplicación al artículo 172 de la Constitución Nacional, que como es sabido consagra el principio de la proporcionalidad de los partidos cuando se trate de votaciones de elección popular o de corporaciones públicas, dos o más individuos, a través del sistema del cuociente electoral. Sin embargo, la equivocada presentación del accionante radica en procurar el empleo directo de un precepto que no se ajusta a la situación planteada, puesto que como quedó consignado anteriormente, se trata de las elecciones de Tesorero y Personero Municipales, que por sí solos hacen definir que son actos individuales y no plurales, que excluyen la aplicación del artículo 172, cuando, en puridad, el que procede es el 83 de la Carta Fundamental.

3. Si el Concejo Municipal de Calarcá eligió en la Resolución 020 a Alberto Osorio Orozco Tesorero Municipal y como suplente Wilhen Alfonso Gaviria, no hizo otra cosa que cumplir con el deber constitucional impuesto en el artículo 197-6, otro tanto, con la elección de Libia Téllez Toro como Personero Municipal y a Jairo López Loaiza, como suplente, dentro del marco fundamental señalado en el artículo 83. Sostener que por haberse presentado dos listas en la elección de Tesorero o Personero, era imperioso tener de presente el sistema del cuociente electoral, es desconocer el hecho ostensible de que se trataba de votación unitaria dentro de las atribuciones conferidas por la Constitución, con prescindencia del número de candidatos que se presentaran para el logro de la mayoría requerida. Del mismo modo, si se convocó a elección de Tesorero y Personero, en un solo día, no queria significar que se iba a votar por dos o más individuos, simplemente, por un individuo para cada uno de los cargos. La conjunción y que emplea el artículo 197-6, es para unir las palabras personeros y tesoreros y jamás para imponer que la elección de estos funcionarios constituya votación por más de dos o más individuos, como lo sostiene el demandante.

4. En la búsqueda de la interpretación de los preceptos constitucionales no se puede llegar al extremo de una desviación conceptual que determine su quebranto. Eso sería aberrante y contrario a la votación jurídica del país. Por el contrario, la Sala comparte el criterio doctrinario de la Corte Suprema de Justicia, en el aparte transcrito por el demandante que "en la interpretación de los preceptos de la Carta Fundamental ha de buscarse la realización de los fines perseguidos por el constituyente y dar cabida en lo razonable y en lo necesario, a las nuevas concepciones que desarrollen o vivifiquen las normas escritas y los principios que la informan, adaptando las instituciones a la realiad de los hechos actuales". Y si el Concejo Municipal de Calarcá, dió aplicación al artículo 83 de la Constitución Nacional, tal como lo apreció el Tribunal Administrativo de Armenia, no hizo nada distinto que interpretar las normas fundamentales de conformidad con los fines y propósitos perseguidos, en cuanto que las elecciones de Personero y la de Tesorero, recogen votaciones individuales. Con mayor razón cuando

los actos enjuiciados consignan elecciones diferentes en votaciones separadas. Por eso, la aspiración del accionante, de que se acogiera el mandato del artículo 172 de la Constitución Nacional, resulta improcedente, por no ser aplicable cuando se trate de la elección de Tesorero o Personero Municipales.

5. Entonces, es pertinente, en síntesis, la confirmación de la sentencia apelada, en un todo de acuerdo con la Fiscal 5a.

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 la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 3 de mayo de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección, **José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

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

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO I

APELACIONES

DERECHOS ADQUIRIDOS.— En las relaciones entre particulares-entidades de derecho público, no se puede hablar de derechos adquiridos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., julio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Proyecto: **Doctor Víctor Manuel Estupiñán Calderón.**
Referencia: Expediente No. 7645.
Actor: **Gran Cadena de Almacenes Colombianos, S. A. "CADENAL".**

Apelación sentencia del 13 de noviembre de 1980 del Tribunal Administrativo de Risaralda. Impuesto de Industria y Comercio y complementarios por el año fiscal de 1978.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Municipio de Pereira, contra la sentencia del 13 de noviembre de 1980, mediante la cual el Tribunal de Risaralda, aceptó las súplicas de la demanda tendiente a la revisión de la operación administrativa de liquidación del Impuesto de Industria y Comercio por el año fiscal de 1978, correspondiente a la Sociedad "GRAN CADENA DE ALMACENES COLOMBIANOS, S.A., sobre el establecimiento ALMACENES LEY, de Pereira.

ANTECEDENTES:

Con fundamento en la declaración de industria y comercio del año fiscal de 1978, presentada el 25 de julio de 1979 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del Acuerdo No. 41 del 30 de junio de 1975, la Tesorería de Rentas Municipales de Pereira, dictó la Resolución No. 1294 del 2 de agosto de 1979, en la que determinó a partir del 1o. de julio de 1979 al 30 de junio de 1980, con base en la tarifa del 3.6 por impuesto $ 71.850.16; avisos $ 3.592.50; pesas y medidas $ 3.592.50; y por extemporaneidad la suma de $ 47.421.09, tomando para ello como actividad predominante la venta de "MERCANCIAS EN GENERAL".

El 17 de agosto de 1979, interpuso la Sociedad recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la resolución anterior y expresó que la actividad predominante declarada era la venta de "PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y BEBIDAS ALCOHOLICAS" a la cual corresponde la tarifa de 0.5% contemplada por el artículo 39 del Código de Rentas Municipales en armonía con el artículo 41 del mismo estatuto, y, sin embargo, se tomó actividad predominante la venta de "MERCANCIAS EN GENERAL" aplicando la tarifa de 3.6% expresando en apartes del recurso, lo siguiente:

"En efecto, las ventas brutas durante dicho período anual, que totalizaron $ 177.278.776.79, se descomponen en la siguiente manera de acuerdo con la clasificación por grupos de mercancías, adoptada por la Empresa y que certificada por el Revisor Fiscal acompañó:

Clasificación	Nombre de la sección	Valor de ventas
10	Alimentos	51.103.556.42
11	Abarrotes	6.473.109.01
15	Verduras	582.170.97
17	Carnes	779.237.81
19	Cafetería	5.472.322.06
30	Confecciones	36.677.855.24
31	Telas	1.342.675.90
33	Ropa para Maternidad Bebé Niños	4.505.582.73
36	Ropa para hombre	2.026.541.06
38	Ropa femenina	3.551.704.80
50	Variedades	50.079.561.30
51	Juguetería	4.643.105.87
52	Ferretería	800.655.31
54	Misceláneas	2.075.065.62
55	Cosméticos	3.454.298.76
58	Hogar	3.711.351.93
		177.278.776.79

"Ubicando el valor de las distintas clasificaciones de los productos vendidos, que acabo de transcribir, dentro de la agrupación de que las *actividades* del comercio minoritario consagra el artículo 39 del Acuerdo 41 de 1975, se obtiene el siguiente resultado:

"Dentro de la actividad fiscalmente denominada "*Venta de productos alimenticios*, y bebidas alcohólicas" se ubican las clasificaciones números 10, 11, 15, 17 y 19 o sea las "secciones de alimentos, abarrotes, verduras, carnes y cafetería, actividad que alcanzó un total de ventas por ..... $ 64.410.396.27

"En la actividad fiscalmente conocida como "mercancías en general" caben las clasificaciones números 50 y 54, o sea, las secciones de variedades y misceláneas, actividad que totalizó ventas por 52.154.626.92

"En la actividad fiscalmente denominada "prendas de vestir y calzado" se ubican las clasificaciones números: 3o. 33, 36, y 38, o sea las secciones de confecciones, ropa para Maternidad-bebés-niños, ropa para hombre y ropa femenina, cuyas ventas totalizaron ..... 46.761.683.83.

"En la actividad fiscalmente llamada "Otros" están comprendidas las clasificaciones 51, 52, 55 y 31, o sea, las secciones de juguetería, ferretería, cosméticos y telas, actividad en la que el almacén vendió 10.240.717.84

"En la actividad fiscalmente conocida como "muebles, utensilios y accesorios para el hogar. "Queda incluida la clasificación 58, o sea, la sección de hogar, actividad que registró ventas por 3.711.351.93

"Analizando las anteriores cifras de ingresos brutos por actividad, resulta claro que la actividad predominante fue la "venta de productos alimenticios" por haber alcanzado el mayor volumen de ingresos brutos".

"La Secretaría de Hacienda Municipal de Pereira, negó el recurso de repósición en la Resolución No. 036 R.D.I. de diciembre 19 de 1979, pues de acuerdo con los datos suministrados por Almacenes Ley aplicarían la siguientes tarifas: 3.6 mercancías en general: 0.5 tiendas para la venta y productos alimenticios y bebidas alcohólicas; 2.2 prendas de vestir y calzado; 4.0 restaurantes, cafeterías, loncherías; 2.4 otros (ferreterías, cosméticos que tiene tarifa al por mayor y no al por menor); 4.2 artículos para el hogar; 6.0 Heladería. Finalidad del Código de Rentas al aplicar el 3.6% es la de gravar a los establecimientos que tienen diversidad de productos y la diferencia entre un ramo de ventas y otros no significativa.

"La Alcaldía Municipal de Pereira Risaralda, al decidir el recurso de apelación subsidiaria, según Resolución No. 004 del 7 de abril de 1980, notifica personalmente el 22 de abril de 1980, que agotó la vía gubernativa, confirmó la providencia de primera instancia, al considerar que Almacenes Ley es un establecimiento donde se venden mercancías en general y de muy variada índole, que la tarifa del 0.5 es la adecuada para un tipo de establecimiento con las características de una "tienda".

El 4 de julio de 1980, por medio de apoderado judicial legalmente reconocido, la Sociedad presentó demanda de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Risaralda y citó como normas violadas y el concepto de su violación los artículos 20 de la Constitución Nacional, pues en el presente caso se está responsabilizando a los particulares por hechos que no están consagrados en ninguna disposición legal; 26 de la Constitución Nacional, el rechazar la declaración que la empresa presentó para efectos de impuestos, sin que en tal caso se hubiera impugnado o rechazado mediante decisión judicial o administrativa producida en debida forma; 30 de la Constitución Nacional, ya que la empresa tenía un derecho adquirido para que se aceptara su declaración como base impositiva, de acuerdo con la actividad predominante sobre ventas del Almacén Ley, en el año de 1978; el Acuerdo No. 41 de junio 30 de 1975, dictado por el

Concejo Municipal de Pereira, denominado también Código de Rentas Municipales, pues la Sociedad tenía derecho a hacer la estimación de la actividad predominante en la empresa y la oficina liquidadora debe aceptarla sin pedir aclaraciones o explicaciones para modificar tal declaración; el artículo 30 del Acuerdo No. 41 de 1975, pues en la declaración de Industria y Comercio aparece como actividad predominante la de productos alimenticios y bebidas alcohólicas; el artículo 39 del Acuerdo No. 41 de 1975, que expresa: "Cuando en un establecimiento se ejerzan dos o más actividades comerciales a las cuales conforme el artículo 39 les corresponda dos o más tarifas, se liquidará según la actividad predominante, aplicando el milaje correspondiente a éste al promedio mensual de ingresos brutos, propios del giro ordinario, previa comprobación por parte del interesado mediante la certificación discriminada del volumen de esos ingresos expresados en moneda legal colombiana durante el último año gravable y los documentos que a juicio del Departamento de Impuestos sean necesarios. A falta de comprobación suficiente, se gravará con la tarifa más alta". Se declaró que la actividad predominante es la de productos alimenticios y bebidas alcohólicas, y no obstante ello no se aplicó la tarifa que el Acuerdo fija por ese renglón sino que se aplicó la más alta; el artículo 47 del citado acuerdo que establece que se entenderá por actividad predominante, en todos los casos, la que determina el mayor volumen de ingresos brutos expresados en moneda corriente, propios del giro ordinario; el artículo 59 del citado acuerdo, en el presente caso no se pidieron las explicaciones antes de practicar la liquidación; el artículo 9o. de la Ley 145 de 1960, la Oficina Liquidadora no dió mérito a la certificación del Contador Público Juramentado, sobre la actividad predominante de la empresa.

El Municipio de Pereira, se hizo parte en el proceso y por medio de su representante legal pidió denegar las peticiones formuladas por el actor, pues la actividad predominante, para dar cumplimiento al artículo 41 del Acuerdo citado, se determina teniendo en cuenta el mayor renglón de ventas sobre la suma de los demás renglones por concepto de las otras ventas.

El Tribunal en su sentencia del 13 de noviembre de 1980, aceptó las súplicas de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

"Como el debate se centra en la interpretación del artículo "41 del Código Fiscal de Municipio, conviene examinarlo detenidamente, Dice: "ESTABLECIMIENTO COMERCIAL AL QUE CORRESPONDEN DOS O MAS TARIFAS".

"Cuando en un establecimiento se ejerzan dos o más actividades comerciales a las cuales, conforme al artículo 39 les correspondan o más tarifas, se liquidará según la actividad predominante, aplicando al milaje correspondiente "a ésta el promedio mensual de ingresos brutos, propios del giro ordinario, "previa la comprobación por parte del interesado mediante la certificación discriminada del volumen de esos ingresos expresado en moneda legal colombiana "durante el último año gravable y los documentos que a juicio del Departamento de Impuestos sean necesarios. A falta de comprobación suficiente, se gravará por la tarifa más alta".

"Tenemos entonces:

"1o.— Debe tratarse de un establecimiento en el que se ejerzan dos o más actividades comerciales que tengan una tarificación prevista en el artículo 39.

"En esta previsión encaja perfectamente la actividad comercial del Almacen Ley. En efecto, allí se venden al por menor, productos alimenticios y bebidas alcohólicas (0.5); prendas de vestir y calzado (2.2); muebles, utensilios y accesorios para el hogar y la oficina (4.2); y otros (2.4).

"2o.— El impuesto se liquida según la actividad predominante. "¿Cómo debe determinarse el impuesto y qué debe entenderse por actividad predominante? La pregunta la responde el artículo 40; "Para determinar el gravamen correspondiente a un establecimiento en donde se ejerzan actividades comerciales se tomará como base promedio mensual de los ingresos brutos expresados en moneda legal, propios del giro ordinario, y se multiplicarán por el milaje que pertenezca a dicho establecimiento de acuerdo a la tarifa establecida en el artículo 39". Y se contempla con la definición del artículo 47; Se entiende por actividad predominante, *en todos los casos* (se subraya), la que determina el mayor volumen de los ingresos brutos expresados en moneda corriente, propios del giro ordinario".

"De acuerdo con las dos normas transcritas, en el caso sometido a estudio, debe tenerse como la actividad predominante del Almacén Ley, la que determina el mayor volumen de ingresos brutos, que es la actividad denominada en el artículo 39 "Tiendas para la venta de productos alimenticios y bebidas alcohólicas", cuyos ingresos brutos ascendieron a la suma de $ 64.410.396.27. El promedio mensual que corresponde a los ingresos brutos del almacén (177.278.776.79), o sea la suma de $ 14.773.231.40 se multiplicará por 0.5 que es milaje correspondiente a esta actividad.

"3o.— ¿Quién debe comprobar la actividad predominante? La respuesta nos la dá el artículo 41: EL INTERESADO, cuando dice que se hace "previa la comprobación por parte del interesado mediante la certificación discriminada del volumen de esos ingresos expresados en moneda legal colombiana durante el último año gravable.

"Fue precisamente los que hizo el contribuyente en su declaración de Industria y Comercio, en la que indicó como Actividad Predominante los "Productos alimenticios y bebidas alcohólicas"; como segunda actividad "prendas de vestir y calzado" y como tercera actividad "muebles, utensilios y accesorios para el hogar y oficinas", indicando como ingresos brutos la suma de $ 177.278.776.79 y como promedio mensual $ 14.773.231.40!

"4o.— El contribuyente debe aportar los documentos que respaldan su denuncio de ingresos, pero solo cuando se los exige el Departamento de Impuestos... En efecto, la norma comentada dice: "..... y los documentos que a juicio del Departamento de Impuestos sean necesarios".

"No existe prueba en el expediente de que el Departamento de Impuestos hubiera exigido al Almacén Ley la presentación de algún documento, antes por el contrario la Administración afirma, al resolver el recurso de reposición: "... Esta oficina no duda de los datos presentados por el establecimiento.....". Esta interpretación la ratifica el artículo 56 que trata de la "Demostración de veracidad de la declaración". Y el artículo 59 es muy claro en el sentido de que la liquidación definitiva de Industria y Comercio solo puede efectuarse, frente a situaciones que requieran explicaciones del contribuyente, una vez que *se le han solicitado a éste las explicaciones, para lo cual tiene un término de sesenta días.*

"Cualquier otra interpretación al artículo 41, en relación con el caso sometido a estudio, contradice su letra y su espíritu. Lo que ocurre, a juicio del Tribunal, es que, si se mantiene vigente el artículo 41, *debe* desaparecer del artículo 39 la Actividad MERCANCIAS EN GENERAL, porque las dos normas parecen estar en contradicción. Si se desarrollan varias actividades, previamente tarifadas en el artículo 39, hay que dar cumplimiento al artículo 41, aplicando el milaje al promedio mensual de ventas, previstas, para la actividad que determine el mayor volumen de ingresos, como lo ordena el artículo 47. Sin que sea posible entrar a hacer disquisiciones tendientes a mistificar la letra y el sentido de esta última regla. TIENDA, de acuerdo con el

diccionario de lengua es: "casa o puesto donde se vende cualquier mercancia". Es sinónimo de bazar, comercio, establecimiento, puesto. Y las hay grandes y pequeñas. Ahora el giro del comercio ha creado los grandes SUPERMERCADOS como el LEY, CARULLA, CAFAM, etc.. Y esta podría ser la denominación que entrara a reemplazar en el artículo 39, la actividad MERCANCIAS EN GENERAL, para gravar, a estos si, con una tarifa equitativa. Pero mientras no se lleven a cabo estas reformas en el Código Fiscal del Municipio, no puede aplicarse al Almacén Ley una tarifa diferente a la que corresponde a la actividad predominante denunciada por él en su declaración de Industria y Comercio. Es muy laudable el esfuerzo dialéctrico de la administración al aplicarle la denominación genérica "mercancías en general" a las actividades comerciales del Almacén Ley, pero infortunadamente para el fisco municipal esto no es posible mientras subsistan normas que, analizadas a la luz de una sana interpretación, vienen a chocar con la apreciación subjetiva de la oficina liquidadora."

Interpuesto el recurso de apelación no fue sustentado por la representante del Municipio de Pereira.

El apoderado judicial de la sociedad contribuyente en escrito del 31 de marzo de 1981, pidió que se confirme la sentencia dictada por el Tribunal por la correcta interpretación que dió a los artículos 32, 39, 40, 41 y 47 del Código Fiscal del Municipio de Pereira y por la declaración y prueba que presentó para la liquidación del impuesto de industria y comercio, y por no haberse exigido por los funcionarios oficiales documento alguno, los datos consignados son suficientes tomar como actividad predominante la informada y como consecuencia, la tabla de milaje es la del 0.5%;

El Ministerio Público representado por el señor Fiscal Tercero de esta Corporación conceptuó que la sentencia recurrida se debe revocar por cuanto la liquidación del impuesto de Industria y Comercio para Almacenes Ley de Pereira, correspondiente al año fiscal de 1978, se debe hacer sobre la tarifa del 3.6, o sea la prevista para la clasificación de Mercancías en general, fundamentado en las siguientes razones:

"El problema aquí debatido se reduce a determinar la tarifa a que está sometida la firma actora, para la determinación del impuesto de Industria y Comercio, de acuerdo con la actividad desarrollada por la misma, por lo cual y para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación las normas del Código de Rentas del Municipio de Pereira (Acuerdo No. 41 de 1975 folios 24 y siguientes), aplicables al caso controvertido:

"Artículo 32 Parágrafo 1o.: "Son establecimientos o actividades comerciales al por menor, los dedicados al expendio o distribución de mercancías o bienes directamente a los consumidores."

"Artículo 39.-- "Los establecimientos comerciales liquidarán el gravamen de acuerdo con la siguiente tarifa:"

COMERCIO AL POR MENOR

Actividad	*Tarifa*
Mercancías en general	3.6
Tiendas para la venta de productos alimenticios y bebidas alcohólicas	0.50
Prendas de vestir y calzados	2.2
Farmacias	1.2
Muebles, utensilios y accesorios para el hogar y la oficina	4.2
Artículos de porcelana, vidrio y metales para la construcción	1.2
Vehículos en general, repuestos y accesorios	6.0
Bicicletas, accesorios y repuestos	3.1
Ventas de combustibles	3.1
Joyerías, relojerías, artículos ópticos, fotografías etc.	3.3
Otros	2.4"

"Artículo 40.— Para determinar el gravamen correspondiente a un establecimiento en donde ejerza actividades comerciales se tomará como base el promedio mensual de los ingresos brutos expresados en moneda legal, propios del giro ordinario, y se multiplicará por el milaje que pertenezca a dicho establecimiento de acuerdo a la tarifa establecida en el artículo 39".

"Artículo 41.— "Cuando en un establecimiento se ejerzan dos o más actividades comerciales a las cuales conforme al artículo 39 les correspondan dos o más tarifas, se liquidará según la actividad predominante, aplicando el milaje correspondiente a ésta al promedio mensual de ingresos brutos, propios del giro ordinario, previa la comprobación por parte del interesado mediante la certificación discriminada del volumen de esos ingresos expresados en moneda legal colombiana durante el último año gravable y los documentos que a juicio del Departamento de Impuestos sean necesarios. A falta de comprobación suficiente se gravará por la tarifa más alta."

"Artículo 46.— "Los establecimientos de carácter mixto, o sea en aquellos en los cuales concurren dos características, al menos, de las señaladas en los artículos 31, 32 y 33, serán gravados según la predominante, aplicando el milaje correspondiente al último año y de los documentos que a juicio del Departamento de Impuestos sean necesarios. A falta de comprobación suficiente, se gravará por la tarifa más alta".

"Artículo 47.— Se extiende por actividad predominante, en todos los casos, la que determina el mayor volumen de ingresos brutos expresados en moneda corriente propios del giro ordinario".

Del texto de las normas transcritas y de los antecedentes administrativos, en especial del certificado de registro mercantil (folio 17), de la declaración de industria y comercio (folio 65) y de la certificación contable suscrita por el revisor fiscal (folios 63 y 64), se observa que:

"1.— La sucursal de la Sociedad "Gran CEDNA de Almacenes Colombianos, S.A.", Almacén Ley de Pereira, según el certificado de registro mercantil expedido por el secretario de la Cámara de Comercio de Pereira, tiene como actividad: "Venta al detal de artículos de primera necesidad y mercancías en general".

"2.— Es un establecimiento comercial al por menor según la definición del parágrafo primero del artículo 32 del Código de Rentas del Municipio de Pereira, y a su vez es un establecimiento mixto, pues posee actividades comerciales y de servicios, ya que presta el servicio de cafetería (artículos 33 y 46 del Código de Rentas del Municipio).

"3.— Según las voces del artículo 47 y por la certificación contable, la actividad predominante es la de comercio.

"Partiendo de las anteriores premisas, se encuentra que, dentro del régimen tarifario que prevee el artículo 39 del Código de Rentas y teniendo en cuenta la certificación contable, la sociedad actora posee un total de ventas por concepto de artículos alimenticios de $ 58.938.074.21, descontando la suma de $ 5.472.322.06 correspondiente al servicio de cafetería; después aparace otro rubro de artículos para el hogar por $ 3.771.351.93; otro perteneciente a prendas de vestir por $ 46.761.683.83 y por último la suma de $ 62.395.344.76 (variedades, telas, juguetería, ferretería, misceláneos y cosméticos) que pueden incluirse dentro de la denominación de mercancías en general", denominación ésta, acorde con lo previsto como actividad de la firma actora de acuerdo con la certificación de registro mercantil.

"Por lo demás no se puede aceptar la clasificación que hace la demandante en el sentido de que el rubro de mercancías en general lo conforman las variedades y

misceláneas, por tratarse de una clasificación muy subjetiva y porque la clasificación que trae el Código de Rentas de Pereira de "Mercancías en general" está prevista para este tipo de establecimientos que como el Ley, venden una serie de objetos no susceptibles de ser ubicados dentro de un tipo de clasificación específica, por la gran variedad de objetos puestos a disposición del público y que por lo demás son los que determinan la actividad predominante del establecimiento.

"Este Despacho no encuentra contradicción, como lo sugiere el *a-quo* en cuanto hace relación a "MERCANCIAS EN GENERAL", puesto que el artículo 41 es aplicable a aquellos almacenes en los cuales se venden dos o más artículos perfectamente clasificables, como sería el caso de los dedicados al comercio de prendas de vestir y joyería, dejando como se dijo, la categoría de "Mercancías en General", a los grandes supermercados en los cuales se encuentra gran variedad de artículos." (folios 198 a 201 Cuaderno principal).

La Sala comparte las razones expuestas por el colaborador Fiscal, pues en realidad se halla plenamente establecido que Almacenes Ley de Pereira no es una simple tienda que dedique con mayor interés a la actividad predominante de venta de productos alimenticios y bebidas alcohólicas, tal como lo expresó en la declaración de Industria y Comercio, pues su actividad predominante es la venta de "Mercancías en General"; el hecho de que en años fiscales anteriores se le haya calificado como tienda para la venta de productos alimenticios y bebidas alcohólicas, no constituye un derecho adquirido inmodificable para seguir con el mismo tratamiento en ejercicios fiscales posteriores; pues en materia de impuestos y en general, en las relaciones entre particulares entidades de derecho público, no se puede hablar de derechos adquiridos y, por último la falta de requerimiento por parte de la Administración para establecer la actividad desarrollada por el sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio no genera nulidad de la actuación; además la Sociedad contribuyente tuvo oportunidad en la etapa gubernativa para alegar y demostrar los hechos, allí se analizó el certificado expedido por el Revisor Fiscal sobre las distintas actividades y valor de los ingresos cada una de ellas, prueba que resultó adversa para la Sociedad.

Con fundamento en lo expuesto, se revoca la sentencia apelada y en consecuencia se niegan las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y en consecuencia niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— PAGO PREVIO.— (Decreto 2821 de 1974 artículo 24). La inversión sustitutiva del impuesto especial para vivienda, es opcional, opción que al tomarse no le quita el carácter de impuesto, cuyo pago debe comprobarse al interponer los recursos.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., julio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Referencia: Expediente No. 9053.
Actor: **Transporte Rápido Ochoa S.A.**

Apelación sentencia de noviembre 9 de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Ha llegado en apelación la Sentencia del 9 de noviembre de 1981 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual declaró la inhibición para conocer de fondo la controversia sucitada en la demanda de revisión de impuestos formulada por apoderado judicial de la sociedad TRANSPORTES RAPIDO OCHOA S.A. con número de identificación tributaria 90.902.875, contra la administración de liquidación del impuesto sobre la Renta y Complementarios, prácticada por el año gravable de 1973.

ANTECEDENTES:

La liquidación oficial No. 123.329 B del 26 de diciembre de 1975 de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, rechazó los pagos correspondientes a viáticos, comisiones y honorarios solicitados como deducción en la declaración de Renta de 1973 de la actora, por no haber acompañado los comprobantes de paz y salvo con el ICSS, SENA y Caja de Compensación Familiar.

La Oficina de Recursos Tributarios de la misma Administración, mediante Auto 000590 del 30 de septiembre de 1977 denegó las peticiones de la reclamación interpuesta contra la anterior liquidación, aduciendo la omisión de los requisitos del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 por no haber acreditado el pago de $ 2.868.oo correspondiente a la inversión sustitutiva de provivienda tasado en la Liquidación Privada.

El recurso de reposición, en el que la Sociedad manifiesta que la discutida suma no constituye un impuesto sino una inversión, razón por la cual la Empresa no estaba obligada a demostrar su pago, fue desatado adversamente por medio del Auto 000330 del 9 de marzo de 1978.

Por medio de apoderado judicial el 30 de junio de 1978 la Sociedad presentó demanda de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en la que no varía sus consideraciones en cuanto a que el pago echado de menos por la Administración es el de una inversión, más no el de un impuesto necesario para la aceptación de los recursos.

El Tribunal, en la sentencia apelada declara la inhibición para conocer de fondo la controversia suscitada. Para tal efecto, después de transcribir el artículo 92 de la Ley 81 de 1960, consideró:

"La meridiana claridad del artículo revela al interprete de ensayar disquisiciones que enruten el razonamiento hasta el extremo sugerido por el abogado apoderado de la

entidad impugnadora. El parágrafo transcrito no puede desverterse del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 sino que, por el contrario, lo complementa y lo hace intimamente partícipe de su contenido procesal hasta el extremo de que la omisión de la demostración del pago incide en los elementos de procedibilidad indispensables para recurrir a la vía gubernativa.

"Obvio, entonces, que si el contribuyente no cumplió con esos requisitos del artículo 24 del Decreto 2821 en concordancia con el artículo 92 copiado, la vía gubernativa no pudo desatarse con el estudio de fondo del problema debatido y consecuencialmente al no agotarse, la vía jurisdiccional no se hizo viable." (folio 31 cuaderno No. 1).

Surtido el traslado al Ministerio Público, el señor Fiscal Tercero de esta Corporación en concepto que la Sala acoge en su totalidad dijo:

"No esta en lo cierto el señor apoderado por la sencilla razón de que el artículo 91 de la Ley 81 de 1960 dispuso que las sociedades anónimas y encomandita por acciones *deben pagar* con destino a la construcción de viviendas, para las clases medias y obreras, un impuesto especial del 6% sobre su renta liquida gravable en cuanto exceda de $ 20.000.oo, previa deducción del impuesto de renta; parte de ese impuesto, concretamente el 66% podían pagarlo los contribuyentes, según las previsiones del artículo 93 *ibídem*, mediante la suscripción del 33% en créditos del Banco Central Hipotecario y del 33% en acciones, bonos o aportes en corporaciones de vivienda que no persigan fines de lucro.....".

A la vista anterior solo cabe agregar que a diferencia de las inversiones forzosas como del 1% de ganadería, la inversión sustitutiva del impuesto especial para vivienda, es opcional, opción que al tomarse no le quita el carácter de impuesto, cuyo pago debe comprobarse al interponer los recursos. Por otra parte, el artículo 33 del Decreto 1651 de 1961 establece como uno de los requisitos para interponer el recurso de reclamación, el acreditar que se ha satisfecho *el valor total* de la liquidación privada o el de la que se haya practicado para reclamar y, si en la liquidación privada debe tasarse los impuestos de Renta y Complementarios, recargos e *impuestos especiales* no hay razón para excluir de la obligación de satisfacer el pago del valor de uno de estos conceptos. Solo el inciso segundo del artículo 27 del Decreto 469 de 1960 se determina que la falta de inoportunidad en el impuesto del 1% de ganadería no impide la acción contra la liquidación del impuesto sobre la renta.

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:

Confírmese la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTOS.—

DECLARACION DE RENTA.— ADICION EXTEMPORANEA.— En cuanto incorpora más costos y deducciones debe tener elementos de plena prueba para que tales costos y deducciones sean aceptables a la Administración. Pero cuando la adición es desfavorable al contribuyente, en el sentido de que manifieste poseer mayores ingresos o activos gravables, o que algún costo deducción o exención es inexistente en todo o en parte, de lo cual resulta mayor gravamen, la adición debe aceptarse por parte del funcionario liquidador sin restricción alguna, con base en la confesión.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 6810.
Actor: **Klaus Lemcke Schwamb.**

Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta y complementarios por el año de 1972.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el proceso de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo del señor Klaus Lemcke Schwamb por el año fiscal de 1972. La sentencia del Tribunal ha sido apelada por el apoderado judicial del actor.

Varios son los puntos del debate que la Sala entra a estudiar:

1. Inepta demanda.

2. Silencio administrativo positivo.

3. Presunta violación de los artículos 49 y 50 del Decreto 1651 de 1961.

4. Presunta aplicación de la *reformatio in pejus.*

5. Aspectos de fondo.

1. *Inepta Demanda:*

El Fiscal ante el Tribunal alegó la excepción de ineptitud de la demanda porque consideró que no se ajustaba a los requisitos formales del Código Contencioso Administrativo vigente a la época de su presentación.

El Tribunal con atinado criterio observó:

"No comparte la Sala las apreciaciones de su colaborador, por cuanto si bien es cierto, la demanda está elaborada con escasa técnica procesal, cuales son las peticiones, parte de las disposiciones que considera violadas, así como los fundamentos de derecho de las mismas.

"Del texto de la demanda y concretamente, del título relacionado con las "normas violadas y concepto de la violación" se deduce que la impugnación se dirige a la

violación de los artículos 49 y 50 del Decreto 1651 de 1961, por haberse fijado el edicto por medio del cual se notificó la Resolución No. 5140 de octubre 26 de 1976, que puso fin a la vía gubernativa, antes de transcurridos los diez días de que tratan las normas, solicitando como corolario la aplicación del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970.

"Por otra parte, manifiesta que la resolución "se llevó de frente al principio de la *Reformatio in pejus*, ya que en virtud del artículo 54 del Decreto 1651 de 1961 la Dirección de Impuestos Nacionales revocó la Resolución de la Administración, en donde habían sido aceptadas las pretensiones del accionante".

En el mismo sentido se pronuncia el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación cuando observa:

"La demanda, aunque carece de técnica, particularmente en relación con las disposiciones violadas y el concepto de las violaciones, cumple los requisitos mínimos que señala el artículo 84 de la Ley 167 de 1941.

"Por otra parte, si bien es cierto que el señor apoderado pide, expresamente, la nulidad de la Resolución No. R.0514OH y la confirmación de la No. A.0016907, también es verdad que previamente había advertido que "formulo demanda ante ese Honorable Tribunal, por los trámites previstos en el Capítulo XXIII de la Ley 167 de 1941, para que se *revise la operación administrativa de los impuestos* nacionales, liquidados a cargo de mi mandante.....".

"Además, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las equivocaciones que cometen los demandantes en cuanto a la denominación de las acciones, no puede generar las consecuencias que pretende el Fiscal 6o. del Tribunal.

"De acuerdo con esa misma jurisprudencia, cuando en casos como el *sub-júdice* los actos impugnados son de naturaleza tributaria y la demanda se presenta dentro del término que indican los artículos 272 y 273 del antiguo Código, debe entenderse que el interesado pretende ejercer la acción de revisión de impuestos.

"A juicio de este Despacho, las anteriores consideraciones demuestran que, en este asunto, es procedente un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda".

La Sala acoge en este aspecto tanto el criterio del Tribunal como el de su colaborador Fiscal.

2. *Silencio Administrativo Positivo:*

Consideró el actor que debía aplicarse la figura del silencio administrativo positivo que consagra la Ley 8a. de 1970, situación que no se da en este caso ni en sentir del Tribunal ni en sentir del señor Agente del Ministerio Público porque el recurso fue interpuesto el 11 de marzo de 1975 (folio 41 cuaderno antecedentes administrativos) y la providencia que puso fin a la vía administrativa se notificó el 23 de noviembre de 1976. Tiene razón el *a-quo* y el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación pues su concepto se acomoda a derecho y a la realidad visible del expediente.

3. *Indebida notificación de la última providencia gubernativa:*

El apoderado de la parte actora alegó que el edicto para notificar la Resolución R 05140-H fue fijado antes de que se vencieran los diez días que señalan los artículos 59 y 50 del Decreto 1651 de 1961 y que por esta razón la notificación es ineficaz "a las voces del artículo 12 del Decreto 2733 de 1959".

Con toda razón observa el señor Fiscal que el alegato del actor no tiene respaldo en los hechos:

Anota:

"Indebida notificación de la Resolución No. R.05140H. y reconocimiento del silencio administrativo positivo. Según la jurisprudencia de la Corporación, las irregularidades que los funcionarios administrativos cometen en la diligencia de notificación de un acto no afectan la eficacia de ésta, siempre que tal irregularidad no impida el ejercicio del derecho de defensa.

"En este caso, se observa no solo que el contribuyente acudió oportunamente a esta jurisdicción sino que, además, y esto es lo más importante, la notificación de la Resolución No. R.0514OH fue efectuada de acuerdo con las prescripciones legales.

"El demandante admite que la citación que exigen los artículos 49 y 50 del Decreto 1651 de 1961 fue introducida al correo el 28 de octubre de 1976 y que vencidos diez días, contados desde esta fecha, la Dirección hizo la fijación del edicto, el 16 de noviembre; sin embargo, comenta que como la *oficina de correos* no remitió inmediatamente, a la residencia del contribuyente, la mencionada comunicación, sino que la envió el 29 de octubre a sus dependencias en Chapinero, los diez días de que habla la ley, 'contados' desde el día hábil siguiente, es decir, desde el 2 de noviembre (fueron inhábiles: sabado 30 y domingo 31 de octubre y lunes 1o. de noviembre), tuvieron que completarse el 16 y, en estas condiciones, 'la notificación por edicto solo podía hacerse válidamente, a partir de noviembre de 1976'.

"Si fuera cierta la demora en la entrega de la citación al contribuyente, tal hecho no afectaría la eficacia de la comunicación ni del edicto porque esa aparente irregularidad no es atribuíble a la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"En la citación de fecha 28 de octubre de 1976, la Dirección de Impuestos Nacionales le advirtió al contribuyente que debía presentarse a recibir la notificación de la Resolución "dentro de los diez (10) días contados *a partir de la fecha de presente", es decir, desde el 28 de octubre, y que si no acudía la providencia sería notificada por edicto.*

"Ahora bien, contados desde el 28 de octubre los diez días (hábiles) se completaron el 12 de noviembre, y la fijación del edicto se realizó después de esta fecha".

La Sala hace suyas las apreciaciones del señor Agente del Ministerio Público sobre este punto.

4. Presunta Aplicación de la Reformatio in Pejus.

El actor alega que la Resolución RH-05140 que agotó la vía gubernativa "se llevó de frente el principio de la *reformatio in pejus"*, reformando sustancialmente los aspectos contemplados por la providencia que en primera instancia dictó la oficina de Recursos Tributarios.

El Tribunal observó que en materia tributaria existen normas especiales que reglan la materia y citó la sentencia de enero 25 de 1979 de esta Sala en la cual el Consejo sostuvo:

" 'La Dirección General de Impuestos tiene la facultad para modificar lo resuelto a favor del contribuyente en la primera instancia de la vía gubernativa, cuando la

decisión no está sometida a consulta y conoce del negocio en vía de apelación, o, en otros términos: Es o no aplicable en este caso el principio de la *reformatio in pejus?*

"Para la Sala, la cuestión planteada tiene clara solución en la ley: en efecto, el artículo 23 del Decreto 2821 de 1974, establece: "Artículo 23. En la decisión de los recursos los funcionarios podrán corregir oficiosamente los errores de los actos sometidos a su conocimiento y efectuar las compensaciones a que haya lugar, pero no podrán aumentar la suma total fijada a cargo del sujeto pasivo en la liquidación recurrida'.

"Resulta claro que el límite que establece la ley para la correción oficiosa de los errores que aparezcan en los actos administrativos por vía de apelación o consulta, es el monto fijado en la liquidación inicialmente recurrida, vale decir, la oficial o de revisión, dentro del régimen del Decreto 1651 de 1961, y de revisión dentro del régimen del Decreto 2821 de 1974, y no, como lo pretende el demandante, la que produzca la Administración de Impuestos, a tiempo de resolver la reclamación interpuesta contra la liquidación inicial' ".

La doctrina del Consejo debe reiterarse una vez más. Ella se basa en el tenor expreso de la ley. *A fortiori* esos principios tienen aplicación hoy en día frente al texto claro y expreso de las nuevas disposiciones legales, según las cuales las resoluciones dictadas por las secciones de recursos tributarios tienen grado de consulta ante la Dirección General de Impuestos Nacionales, consulta que se entiende siempre surtida en favor del tesoro público.

5. *Aspecto de Fondo:*

El Tribunal resumió la actuación administrativa en la siguiente forma:

"En cuanto al aspecto de fondo se refiere, se empieza por analizar cuál fue la actuación de las Oficinas de Impuestos, y cuáles los argumentos del apoderado de la parte actora para impugnarla.

"1) En los antecedentes administrativos se establece que el demandante adicionó el 25 de enero de 1974 su denuncio rentístico correspondiente a 1972, presentado el 18 de junio de 1973.

"2) En dicho escrito aumentó la renta declarada inicialmente en cuantía de $ 237.304.87, cedió a su esposa la suma de $ 30.000 e introdujo costos y deducciones por valor de $ 216.752.

"3) El funcionario liquidador rechazó la división de rentas de trabajo, tomó como renta bruta la suma de $ 175.838. y establecida la extemporaneidad en la presentación de la adición, dando aplicación a las circulares Nos. 10012 de mayo 8 de 1968 y 60 de septiembre 8 de 1970, rechazó las deducciones que constituian renta bruta para el beneficiario, en cuantía de $ 133.795.

"4) El 11 de marzo de 1975 el tributante interpuso recurso de reclamación extraordinaria contra el acto liquidatorio, solicitud que fue resuelta totalmente a favor de las pretensiones del demandante por Resolución número 1690 de 13 de mayo de 1976.

"5) Subido en apelación subsidiaria ante el funcionario *ad-quem* el anterior proveído, por no haberse efectuado su renuncia, la Dirección de Impuestos Nacionales lo modificó, en el sentido de negar la aceptación de las deducciones y como la decisión ocurrió dentro de la vigencia del Decreto 2821 de 1974, (artículo 19) no otorgó recurso alguno por la vía gubernativa.

El actor acudió ante esta jurisdicción alegando que la Administración debía aceptar los costos y deducciones solicitados pues estaban incorporados emana adición que le representaba al contribuyente un aumento del tributo. En su sentir, el hecho de presentar la adición en forma extemporánea no podría ni debería causarle un desecho de las deducciones pues en todo el caso contribuyente aumentaba el peso de su carga fiscal.

El Tribunal observó:

"De la lectura de la mencionada circular No. 60, sin lugar a dudas se deriva que la actuación de la oficina *Ad-quem* se encuentra ajustada a derecho, ya que como correctamente lo consagra la citada circular, no puede atribuirsele el mismo valor probatorio a la adición presentada en forma extemporánea. Mientras la primera, se mira como un todo con la declaración y en consecuencia, con el mismo valor probatorio, la segunda por no estar amparada por la presunción legal de veracidad sus afirmaciones deben estar amparadas por las pruebas que las respalden. En este evento, aclara la circular, pueden darse las siguientes circunstancias: "En esta situación general se deben considerar tres circunstancias especiales: 1) Si el contribuyente adiciona la declaración de renta en forma extemporánea con el fin de cumplir con un requisito omitido en la relación de los costos, deducciones, exenciones o pasivos declarados o solicitados inicialmente, basta, con que se indique el requisito omitido para que el factor de depuración de la renta o del patrimonio sea aceptado siempre que no exista norma expresa en contrario. 2) Si se trata de pagos a terceros, por existir norma expresa en contrario (artículo 15 Decreto 1366 de 1967) el requisito omitido en la solicitud de la correspondiente deducción, requiere de la prueba especial consistente en la demostración de que el beneficiario hubiere declarado el ingreso de su propio denuncio rentístico; y 3) Si el contribuyente adiciona extemporáneamente su declaración para solicitar nuevos costos, deducciones, exenciones o pasivos, debe allegar la prueba suficiente o plena para obtener el reconocimiento del respectivo factor de depuración, de acuerdo con las normas legales establecidas en materia probatoria'.

"El parágrafo en el cual se apoya el apoderado para su demanda, "cuando la adición extemporánea de la declaración de renta es desfavorable al contribuyente la adición se debe aceptar sin restricción alguna", no es aplicable al caso *sub-lite*, por cuanto hace referencia a ingresos, costos o gastos inexistentes y que lógicamente su denuncia se refleja en un mayor gravamen para el tributante.

"Más ocurre, que la modificación en estudio, en cuanto a costos se refiere, es el caso contrario. La adición consiste en la introducción de los mismos, evento que encaja en el párrafo transcrito en el aparte anterior.

"La actuación de la Administración no es violatoria del artículo 75 del Decreto 1651 de 1961 toda vez que la indivisibilidad allí consagrada, hace referencia a circunstancias inseparables del hecho confesado, más no a sucesos distintos, aunque tengan íntima relación con él.

"El anterior planteamiento fue confirmado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de junio 28 de 1974, al fallar la solicitud de nulidad de la Circular No. 060 citada, y cuya fotocopia adjunta el libelista al folio 3 del cuaderno principal".

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación acoge el criterio del Tribunal con las siguientes observaciones:

"3a.) *Rechazo de deducciones (comisiones por $ 111.348).* La Circular No. 0060-DI/R del 3 de septiembre de 1970, proferida por la Dirección General de Impuestos Naciona-

les, cuya aplicación pretende el demandante, dice que la "adición a la declaración de renta con el fin de corregirla o adicionarla en todo o en parte es una facultad concedida por la ley fiscal para facilitarle a los contribuyentes la elaboración completa de su denuncio rentístico. Por consiguiente, *la adición o corrección* de la declaración de renta ya presentada, *hecha en forma oportuna* (dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del término ordinario o a la fecha de la presentación extemporánea de la declaración de renta) tiene el mismo valor jurídico de la declaración de renta, es decir, hace parte integrante de ésta, de manera que igualmente se encuentra amparada por la presunción legal de veracidad en los términos del artículo 72 del Decreto 1651 de 1961'.

"La circular aclara igualmente que "*la adición extemporánea* por no estar amparada por la presunción legal de veracidad de la declaración de renta, *para que pueda aceptarse en todo o en parte,* requiere que el contribuyente allegue, además, *la prueba suficiente del costo, deducción o pasivo* en forma semejante a como deben probarse los hechos alegados en la etapa de los recursos contra la liquidación oficial, al tenor del artículo 65 del Decreto 1651 de 1961'.

"Y concluye la circular:

" 'En esta situación general se deben considerar tres circunstancias especiales: 1o.) Si el contribuyente adiciona la declaración de renta en forma extemporánea con el fin de cumplir con un requisito omitido en la relación de los costos, deducciones, exenciones o pasivos declarados o solicitados inicialmente, basta, con que se indique el requisito omitido para que el factor de depuración de la renta o del patrimonio sea aceptado siempre que no exista norma expresa en contrario; 2.) *Si se trata de pagos a terceros,* por existir norma "expresa en contrario (artículo 15 Decreto 1366 de 1967) el requisito omitido en la solicitud de la correspondiente deducción, requiere de la prueba especial consistente en la demostración de que el beneficiario hubiere declarado el ingreso en su propio denuncio rentístico; y 3o.) Si el contribuyente adiciona extemporáneamente su declaración para solicitar nuevos costos, deducciones, exenciones o pasivos, debe allegar la prueba suficiente o plena para obtener el reconocimiento del respectivo factor de depuración de acuerdo con las normas legales establecidas en materia probatoria.

" 'Cuando la adición extemporánea de la declaración de renta es desfavorable al contribuyente, en el sentido de que manifiesta poseer mayores ingresos o activos gravables, o que algún costo, deducción, exención o pasivo declarado es inexistente en todo o en parte, de lo cual resulta un mayor gravamen, la adición debe aceptarse por parte del funcionario liquidador sin restricción alguna, con base en la confesión'.

"La parte final de la circular no es aplicable al contribuyente pues éste, en la adición extemporánea, no perseguía que se le liquidara un mayor gravamen en razón de ingresos o activos superiores a los inicialmente declarados o de costos, deducciones o pasivos inexistentes. La situación del señor Lemcke encaja perfectamente dentro del ordinal 2o., según el cual si "se trata de pagos a terceros, por existir norma expresa en contrario (artículo 15 Decreto 1366 de 1967) el requisito omitido en la solicitud de la correspondiente deducción requiere de la prueba especial consistente en la demostración de que el beneficiario hubiere declarado el ingreso en su propio denuncio rentístico'.

"El Consejo de Estado, en sentencia del 28 de junio de 1974, declaró que la circular se ajusta a la ley tributaria; posteriormente, la Corporación, en innumerables providencias, amplió su criterio al sostener que aun en la etapa de los recursos los contribuyentes pueden lograr el reconocimiento de deducciones cuyos requisitos fueron omitidos inicialmente, pero no con la simple relación de tales exigencias sino con las

declaraciones de renta de los beneficiarios o con otras pruebas legalmente admisibles que demostrarán la realización de los pagos y que, tratándose de contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, esas pruebas bien pueden ser las inspecciones contables, los asientos de contabilidad respaldados por comprobantes externos o internos, etc.

"El señor Lemcke no demostró plenamente la realización de los pagos por conceptos de las comisiones rechazadas por la Dirección General de Impuestos Nacionales; en estas condiciones, la liquidación practicada por aquel despacho es inmodificable.

"Por lo expuesto, el Ministerio Público conceptúa que la sentencia merece ser confirmada".

Criterio de la Sala:

La Sala en este punto tiene criterio encontrado tanto con el Tribunal como con el señor Fiscal.

Es cierto en principio que una adición extemporánea en cuanto incorpora más costos y deducciones debe tener elementos de plena prueba para que tales costos y deducciones sean aceptables a la Administración. Así lo dijo la Administración en la circular referida por la parte actora. Así también lo ratificó el Consejo al negar la nulidad impetrada contra esta circular en sentencia de 28 de junio de 1974 (Consejero Ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya).

Pero en esta misma circular también se dijo:

"Cuando la adición extemporánea de la declaración de renta es favorable al contribuyente, en el sentido de que manifiesta poseer mayores ingresos o activos gravables, o que algún costo, deducción o exención es inexistente en todo o en parte, de lo cual resultara mayor gravamen, *la adición debe aceptarse por parte del funcionario liquidador sin restricción alguna*, con base en la confesión (manifestación de ser cierto un hecho que perjudica al declarante) que como medio probatorio aparece regulado por los artículos 73, 74 y 75 del Decreto 1651 de 1961".

Para la Sala, siguiendo principios universalmente reconocidos, del derecho probatorio, la confesión es en principio indivisible y así como se le acepta al inculpado de un hecho delictuoso no solo la confesión del delito sino también (y mientras no se desvirtúen) los hecho atenuantes, las circunstancias que le aminoran el peso de la pena, de la misma manera, en materia tributaria cuando el contribuyente, espontáneamente, acepta una situación que le representa un mayor tributo por incorporar más ingresos, deben igualmente aceptar, en principio, los mayores costos o deducciones siempre que el valor de la renta sea superior. Cosa distinta ocurre cuando la confesión no es espontánea sino que resulta de un requerimiento previo.

De otro lado, si la circular es válida hay que aplicarla en su integridad y no fraccionar su alcance en perjuicio de un contribuyente que sin haber sido requerido adicionó sus rentas.

La doctrina abunda en este aspecto en criterios de conveniente aplicación en nuestro derecho.

Observa por ejemplo Ramírez Cardona lo siguiente:

"CORRECCIONES Y ADICIONES A LA DECLARACION DE RENTA.

"El artículo 5o. del Decreto 437 de 1961 consagra el principio de que la declaración de renta forma un todo homogéneo con sus anexos y demás documentos presentados con el denuncio respectivo, y las correcciones y adiciones oportunas posteriores.

"El contribuyente puede corregir, adicionar, modificar o cumplir con los requisitos omitidos en la declaración de renta ya presentada, antes que el funcionario de impuestos lo requiera y siempre y cuando que no se hubiere practicado la respectiva liquidación oficial. La corrección o aclaración puede hacerse verbalmente o por escrito.

"Los requisitos para la oportunidad de la adición o corrección son dos: que se presente antes de requerimiento escrito del funcionario liquidador y antes de la liquidación de impuestos. Si no se dan ambos requisitos, la adición no puede considerarse parte integrante de la declaración de renta, de modo que no la ampara la presunción de veracidad propia de esta. Si la adición se presenta con ocasión de un requerimiento, pero antes de practicarse la liquidación oficial, a pesar de que no puede hacer parte homogénea con la declaración de renta, no causa sanción alguna.

"El requerimiento de la oficina liquidadora que impide considerar las correcciones posteriores a él como adiciones oportunas, es aquel que directa o indirectamente tenga que ver con el error y la omisión, cuya corrección, adición o reforma se haga con posterioridad. De lo contrario, el requerimiento no impide que la adición sea oportuna. La disposición comentada se refiere a la presentación de la adición "antes de que el funcionario de impuestos correspondiente lo requiera al respecto.....". La expresión "lo requiera al respecto" se está refiriendo al error u omisión que se observa en la declaración que en ese punto se corrige o adiciona.

"Las adiciones se refieren a errores u omisiones, ya que las pruebas de hechos consignados en ella pueden presentarse en cualquier oportunidad, de modo que constituyen un todo con la declaración de renta, siempre y cuando que no se hubiere practicado ya la liquidación oficial o vencido los términos para interponer recursos. Las pruebas sobre hechos no consignados en la declaración de renta no pueden ser consideradas ciertas, a no ser que esos hechos signifiquen adición oportuna; en caso contrario, la prueba debe ser plena. En cuanto a hechos por cuya aclaración y explicación los funcionarios liquidadores requieran al contribuyente, se presumen verídicas las contestaciones que hagan referencia al requerimiento, siempre y cuando que el hecho no deba probarse por medio legalmente establecido, o el liquidador no haya solicitado una prueba especial posible y lícita; pero si la contestación implica reforma por omisiones, se trata de adición inoportuna no amparadas con la presunción de veracidad.

"La correción, adición o aclaración de los datos consignados por el contribuyente en su respectivo denuncio rentístico, de conformidad con el artículo 52 del Decreto-Ley 1366 del 20 de julio de 1967, solamente puede hacerse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que venza legalmente el plazo para presentarlo, o seis meses después de su presentación cuando esta fuere extemporánea.

"Se deduce de los términos del inciso 2o. del artículo citado, que ese plazo para adicionar la declaración de renta se extingue o restringe hasta el momento en que por auto (debidamente notificado) se ordene la inspección ocular de la contabilidad del contribuyente, se requiera o se notifique la liquidación oficial. Una vez ocurrido cualquiera de los eventos indicados taxativamente por la norma, la adición posterior, aun dentro del plazo arriba indicado, carece de igual valor que los datos consignados en la declaración de renta: no están amparados por la presunción legal de veracidad.

Sin embargo, en las demás circunstancias la situación jurídica de la declaración y del sistema probatorio no se altera. Como lo dice la última parte del inciso comentado,

extinguido el plazo de la adición oportuna, los hechos materia de corrección deberán demostrarse plenamente. El cumplimiento de los requisitos omitidos, respecto de ciertos datos consignados oportunamente en la declaración, se rige por el artículo 65 del Decreto 1651 de 1961, de acuerdo con una adecuada interpretación de aquella parte de la nueva disposición, o sea que "los hechos materia de la corrección" que deben demostrarse plenamente cuando tal corrección sea inoportuna, son los referentes a situaciones no planteadas en la declaración de renta que se pretende así adicionar. Los simples requisitos omitidos de los datos consignados en la declaración original, referentes a costos, deducciones, exenciones especiales o pasivos solicitados en ella, pueden suplirse en la etapa de los recursos.

"Las correcciones oportunas, como lo expresa la segunda parte del inciso primero del artículo 52 comentado, no da lugar a sanción alguna".

Cabe pues aceptar el punto y practicar una nueva liquidación:

KLAUS LEMCKE SCHWAMB

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS 1972

c.c. 17.076.735

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
La gravada inicialmente ..... $	147.276	
Menos: deducción que se acepta	111.348	
NUEVA RENTA GRAVABLE:	35.928	$ 4.200
PATRIMONIO		
No varía	219.900	1.039
		5.239
Sanción por extemporaneidad		
20% sobre	5.239	1.048
TOTAL A CARGO:		6.287

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. Revísase la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo de KLAUS LEMCKE SCHWAMB con c.c. 17.076.735 por el año gravable de 1972.

3. Fíjase en SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS ($ 6.287) el impuesto de renta y complementarios a cargo de Klaus Lemcke Schwamb por el año gravable de 1972.

4. El contribuyente pagará al tesoro público la diferencia entre lo que aquí se fija y lo que haya cancelado por el mismo año 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.—COMPARACION PATRIMONIAL.—Finalidad. Aplicación. Explicaciones por el contribuyente. Carga de la prueba.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto treinta y uno de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 7262.
Actor: **Alberto Mesa Ochoa.**

Apelación sentencia del Tribunal de Caldas sobre impuestos de renta por el año de 1974.

El Tribunal Administrativo de Caldas negó las peticiones de la demanda en el proceso de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo del contribuyente Alberto Mesa Ochoa por el año gravable de 1974. La sentencia del Tribunal fue apelada por el apoderado del actor.

Demanda:

Alega el actor que la determinación de la renta se fundó en el sistema especial de comparación de patrimonios, hecho que se explica por cuanto la administración tomó como mayor valor unas inversiones realizadas por don Alberto Mesa Ochoa en la sociedad "Mesa Ochoa y Cía. S.C.", valorizaciones que son meramente nominales. Alega una violación del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 que al hablar del sistema de comparación de patrimonios permite la valorización nominal como explicación razonable y justificativa de la capitalización del contribuyente.

Sentencia:

El Tribunal al denegar las súplicas de la demanda observó:

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"Al interponer el contribuyente Alberto Mesa Ochoa el recurso de reposición contra la liquidación de revisión No. 00964 de abril 28 de 1977, practicada a su cargo por el año gravable de 1974, alegó como motivo de desacuerdo el hecho de que se le hubiera elevado el valor del capital gravable que le correspondió en la sociedad "Mesa Ochoa y Cía". Lo mismo que el monto de las participaciones en la renta gravable de la citada persona jurídica. Y agrega, después de explicar los motivos de inconformidad contra el acto administrativo reclamado, y de dar también explicaciones sobre la participación de él en dicho Ente, y de las dadas por éste en su propia reclamación por la anualidad

fiscal de 1974, que: "Con base en las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta los cambios que tuvo que introducir ""Mesa Ochoa y Cía."", en su reclamación por 1974, lo cual dio lugar a que esa sociedad hiciera una nueva distribución de rentas y patrimonio, cuyo informe adjunto, me permito introducir los cambios en algunos renglones de la declaración de renta y patrimonio de ALBERTO MESA OCHOA por 1974, lo cual, obviamente, da lugar a una nueva liquidación privada".

"Y termina su escrito de reposición manifestando que espera que la Sección de Recursos Tributarios encuentre razonables y aceptables los puntos de vista consignados y se proceda a una nueva liquidación oficial por el año fiscal reclamado.

"La Administración de Impuestos Nacionales de Manizales en la resolución por medio de la cual desató el recurso, manifiesta que un estudio de la providencia No. 1141 de octubre 25 de 1978, por la cual se desató el recurso de reposición por aquella sociedad, por el año gravable de 1974, le permite llegar a la conclusión de que al señor Alberto Mesa Ochoa, socio de dicha firma, se le modificó el aporte inicialmente señalado, por valor de $ 361.388, tomándosele por ese concepto la cantidad de $ 347.872. Y por tal razón se le fija un nuevo patrimonio líquido, por lo que partiendo de dichas cifras se le determinó una nueva diferencia patrimonial. Por tanto, se le señala un nuevo patrimonio líquido, y se le practica una nueva liquidación.

"En el escrito en que se sustenta la apelación interpuesta contra la providencia por medio de la cual se practicó una nueva liquidación, el contribuyente manifiesta que consultadas nuevamente la firma "Mesa Ochoa y Cía." le manifestó que en su apelación insiste en los argumentos de la declaración y que agrega otro nuevo, el cual transcribe el reclamante en el memorial de que se habla. Y termina solicitando que se le verifique una nueva liquidación, teniendo en cuenta lo expresado en ese escrito.

"Por medio de la Resolución No. R-01211 de mayo 9 de 1979, la Dirección General de Impuestos Nacionales al desatar el recurso de apelación, manifiesta que según se desprende del informativo el contribuyente, quien es socio de "Mesa Ochoa y Cía. Ltda." dice acogerse a los resultados del fallo que dicte para dicha persona jurídica por el año gravable de 1974. Y agrega, que a pesar de que el interesado insiste en expresar algunas de las razones que fueron motivo de la reclamación presentada por la sociedad, la verdad es que los puntos de inconformidad de la sociedad no pueden ser estudiados a través del proveído, puesto que ellos fueron considerados en el fallo dictado por la sociedad, sobrando cualquier razonamiento favorable o desfavorable que sobre el asunto se hiciera. Que, en consecuencia, teniendo en cuenta que en fallo de la misma fecha, mayo 9 de 1979, se modificó parcialmente la petición formulada por la compañía "no queda otra alternativa que seguir por razones de conexidad la determinación operada para la sociedad". Por estas razones la citada oficina confirma la providencia recurrida.

"Lo hasta aquí expuesto en las presentes consideraciones, está indicado, como también surge de los autos, que la liquidación de revisión acusada, practicada a cargo de Alberto Mesa Ochoa, por el año gravable de 1974, y quien es socio de "Mesa Ochoa y Cía.", fue influida por la verificada a ésta. En este caso, el socio para poder ejercitar la acción contenciosa de impuestos y obtener la revisión de la respectiva operación administrativa de liquidación, previamente se debe revisar la de la sociedad, precisamente por la incidencia que tuvo o tiene la de ésta en aquella. Ello, por cuanto la sentencia pronunciada en el juicio promovido por la sociedad es premisa necesaria, por la conexidad que existe entre ellas, para la decisión planteada en el instaurado por el socio. Es obvio decir, que no es indispensable la acumulación de acciones, ni la acumulación de autos, pero sí que con antelación se haya decidido la pretensión o pretensiones de la sociedad para que pueda revisarse la del socio, pues en los casos como el presente,

repítese en gracia de la claridad, en que la liquidación del socio fue definitivamente influida por la del ente jurídico, el derecho del socio queda definitivamente subordinado en su decisión a los resultados del juicio promovido por la sociedad. Aún más, como aquí ocurre, pues no hay constancia en el expediente en el sentido de que la compañía hubiera demandado su propia operación administrativa de liquidación de impuestos por el año gravable de 1974, si la sociedad no ha ejercitado la acción de revisión de impuestos, las pretensiones del socio deben ser negadas".

Apelación:

En su alegato de instancia el apoderado del actor observa:

"No es acertada la afirmación del Honorable Tribunal por cuanto no se está discutiendo en este proceso la validez o invalidez de la fijación de la renta o patrimonio fiscal en cabeza de los socios. Se está discutiendo que por el hecho de la distribución fiscal, se operó un mayor valor en el patrimonio de los socios y este mayor valor es una valorización nominal, causa más que justificativa para desvirtuar la presunción de la ley.

"Mi mandante está aceptando la liquidación de impuestos de la Sociedad. Está aceptando la distribución de rentas de la sociedad a los socios. Está aceptando la distribución de patrimonio de la sociedad a los socios. Con estos presupuestos no es necesaria la demanda de los actos administrativos de liquidación de impuestos de la sociedad, para que tenga plena eficacia la demanda de Alberto Mesa Ochoa, pues no se esta en presencia de discusión de una conexidad, simplemente se está afirmando y se está probando que el mayor valor patrimonial, distribuido a mi representado es una valorización nominal y como tal es su causa justificativa para desvirtuar la renta por el sistema de comparación de patrimonios (artículo 74 Decreto 2053 de 1974).

"El fenómeno de la conexidad entre rentas de la sociedad y de los socios es plenamente operante cuanto un socio discute el monto de esa distribución no puede modificarse los efectos para los socios. En el caso de nuestro estudio no estamos discutiendo la distribución de patrimonio, simplemente se está afirmando y probando que el mayor valor de ese patrimonio distribuido obedece no a causas reales, sino a simples valorizaciones nominales del aporte.

"Por lo expuesto anteriormente solicito al Honorable Consejo de Estado revocar la sentencia apelada y acceder a las pretensiones de la demanda".

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación considera que la sentencia apelada debe confirmarse por cuanto en el expediente no aparecen pruebas suficientes que demuestren la pretendida valorización nominal.

Decisión:

El sistema extraordinario de comparación patrimonial, establecido en Colombia desde los orígenes mismos del impuesto de patrimonio, permite a la administración tomar como renta los incrementos patrimoniales.

Si bien antes de aplicarlo es necesario que el contribuyente tenga la oportunidad de dar explicaciones y probar las razones del aumento patrimonial, esta situación supone dos condiciones: la primera que el contribuyente explique con claridad las razones del aumento patrimonial; la segunda que lo pruebe de manera clara y contundente; la carga de la prueba en ese caso se invierte y es al contribuyente a quien incumbe probar.

En el asunto de autos el contribuyente no probó nada. Su situación jurídico tributaria está sometida a dos presunciones legales que él no ha desvirtuado: la primera, la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos; la segunda, la presunción de la ley tributaria que determina que el aumento patrimonial es renta. No se desvirtúan estas presunciones con elaborados argumentos de que una participación o un aporte en una sociedad sufrió una valorización meramente nominal. Tampoco se desvirtúan confesando que en realidad los valores que adoptó la administración son válidos pero que aumentaron de valor nominalmente. La valorización nominal debe ser probada por quien la alega y solo se puede probar demostrando que un *mismo bien* tiene un valor más alto en el año gravable que en el año anterior al gravable. Es errado por incompleto el aserto del actor al decir que si no hubo aporte de nuevo capital en la sociedad Mesa Ochoa y Cía. S.C. ni adquisición de nuevos derechos en esa sociedad es porque hubo valorización nominal. Precisamente una forma de aumentar el aporte nominal es con las rentas capitalizadas que en nuestro derecho tributario se gravan con impuesto de rentas en cabeza de los socios.

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:

Confírmese 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, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TRANSPORTES.— Servicio y empresa de transporte: Concepto. COMERCIANTE? ¿Cómo se adquiere la calidad? Requisitos que debe observar quién se dedica al transporte. Vinculación de vehículos (artículo 11 del Decreto 1393 de 1970). LIBROS DE CONTABILIDAD de quienes se dedican al comercio.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., septiembre siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Proyecto: **Doctor Víctor Manuel Estupiñán Calderón.**
Referencia: Expediente No. 8143.
Actor: **Salomón Niño Guacamene.**

Apelación sentencia de 7 de mayo de 1981. Tribunal de Santander. Impuesto de renta y complementarios año fiscal de 1975. IMPUESTOS.

El apoderado judicial del señor SALOMON NIÑO GUACAMENE identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.185.652, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 7 de mayo de 1981 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda tendiente a la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios por el año fiscal de 1978.

ANTECEDENTES:

El 28 de junio de 1978, el contribuyente interpuso recurso de reposición, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, contra la liquidación de revisión del impuesto sobre la renta y complementarios No. 0558 del 31 de marzo de 1976, correspondiente al año fiscal de 1975 y expuso como motivos de inconformidad la aplicación de la sanción por no llevar libros de contabilidad, en cuantía de $ 36.036.00.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga al decidir el recurso de reposición, según Resolución No. 00018 del 11 de enero de 1980, corrigió el error de la sanción limitándola a la suma de $ 31.230.00; y la mantuvo porque el contribuyente es comerciante en la actividad permanente del transporte, estando obligado a llevar libros de contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Código de Comercio.

La Dirección General de Impuestos Nacionales al decidir el recurso de apelación, según Resolución No. R-00695R del 20 de marzo de 1980, notificada personalmente el 16 de abril de 1980 y que agotó la vía gubernativa, confirmó la providencia de primera instancia pues el contribuyente es comerciante por tener buses afiliados a la Cooperativa de Transporte Copetrán y como consecuencia esta obligado a llevar libros de contabilidad debidamente registrados en la Cámara de Comercio. La omisión de este requisito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 origina la sanción por no llevar libros de contabilidad.

El 10 de julio de 1980, el contribuyente por medio de apoderado judicial, presentó demanda de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Santander, invocando como normas violadas los artículos 20 y 25 del Código de Comercio por cuanto se le otorgó al contribuyente la calidad de empresario del transporte; el artículo 10 del Código de Comercio por cuanto se otorgó la calidad de comerciante; los artículos 19 y 49 del Código de Comercio al asignar la calidad de comerciante con la obligación de llevar libros de contabilidad, aplicando la sanción por no llevarlos; y, el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974, al aplicar normas derogadas como el Decreto 1098 de 1974 reglamentario del Decreto 1366 de 1967.

El Tribunal en su sentencia del 7 de mayo de 1981, denegó las súplicas de la demanda, por considerar que el contribuyente es comerciante dedicado al servicio del transporte pues en su haber patrimonial relacionó la mitad del bus Dodge 71, placas XK-37 y la totalidad del bus Ford 69, placas XU, con los cuales efectúa el transporte de las personas a título oneroso y por consiguiente está obligado a llevar libros de contabilidad debidamente registrados, omisión que ha ocasionado la sanción por libros de contabilidad impuesta por la Administración de Impuestos Nacionales.

Interpuesto el recurso de apelación, no fue sustentado por el apoderado judicial.

Surtido el traslado al Ministerio Público la Fiscal Sexta de esta Corporación, en su concepto expuso: Que compartía lo expuesto por el Tribunal y como consecuencia debía confirmarse la sentencia apelada por las siguientes razones:

" "El título IV del libro 4o. del Código de Comercio define y regula el contrato de transporte.

"Dispone el artículo 8o. del Decreto 1393 de 1970, que el servicio público de transporte será prestado por empresas legalmente constituidas y debidamente autorizadas por el Instituto Nacional del Transporte. El artículo 25 del Código de Comercio, prescribe que se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios.

"El artículo 9o. del Decreto 1393 de 1970, explica que se entiende por empresa de transporte la unidad de explotación económica permanente, con los equipos, instalaciones u organos de administración adecuados para efectuar el acarreo de personas o bienes de un lugar a otro, pertenecientes a una persona natural o jurídica.

"Así las cosas, toda persona que profesionalmente se ocupa de actividades mercantiles es comerciante, sin que para ello deba distinguirse si es persona natural o jurídica, o si está o no constituida como empresa. La calidad de comerciante se adquiere no por ser empresa, sino porque como expresa se ocupa de actos mercantiles.

Aunquando el artículo 20 del Código de Comercio expresamente se refiere a las empresas de transporte, eso no significa que quien no siendo empresa se ocupe de la actividad del transporte, que es esencialmente mercantil no sea reputado comerciante. Por el contrario, lo que significa es que quien pretenda dedicarse al transporte debe constituirse como empresa, ratificando lo prescrito por el Estatuto Nacional del Transporte, en el artículo 8o. ya citado.

"El artículo 983 del Código de Comercio, se refiere a los contratos de vinculación y expresa que se sujetarán a las normas reglamentarias del transporte. Sobre el particular dispone el artículo 11 del Decreto 1393 de 1970 que cuando una empresa de transporte no sea propietaria de todos los vehículos necesarios para la adecuada prestación del servicio, podrá vincular a ella vehículos por cualquier forma contractual legalmente establecida.

"A esta norma el mismo estatuto impuso dos excepciones: las contenidas en el artículo 10 que se refiere a que la persona natural que pretenda constituir empresa de transporte deberá acreditar que todos los vehículos que utilizará son de su propiedad y la señalada en el artículo 54 respecto al requisito de poseer como propios la totalidad de los vehículos a su servicio o como socios a la totalidad de los propietarios de los mismos, para poder constituir empresa de transporte urbano por taxis. Estos contratos de vinculación pueden ser de cualquier naturaleza, pero pueden dividirse en dos grupos.

"1o. Mediante los cuales la empresa obtiene el control efectivo del vehículo pudiendo administrarlo y utilizarlo libremente y designar el personal que lo opera, sin intervención del propietario, por ejemplo el arrendamiento y

"2o. Mediante los cuales la empresa no obtiene el control efectivo del automotor, bien porque el propietario o quien lo afilie se constituye en su mandatario o conjuntamente con la empresa administre la operación compartiendo sus obligaciones y responsabilidades, o solo preste sus servicios como portador de la empresa con cláusula de exclusividad o no.

"Quien afilia un vehículo sin desprenderse de la actividad transportadora o sea mediante contrato que pueda incluirse en el segundo grupo, es comerciante y tiene la obligación de llevar libros de contabilidad registrados en la Cámara de Comercio.

"Por el contrario, si vincula el automotor sin vincularse personalmente a la actividad transportadora, o sea mediante contrato que se ubique en el primer grupo, no es comerciante y lo le obligan las normas que deben cumplir aquellos.

Como de la respuesta al requerimiento (folios 56 a 65 cuaderno de antecedentes) es fácil concluir que el contribuyente al afiliar los vehículos no se desprendió de la actividad transportadora, es decir que es ubicable en el 1er. grupo y por consiguiente comerciante, debemos inferir que sí estaba obligado a llevar libros de contabilidad y registrarlos en la Cámara de Comercio".

La Sala siguiendo doctrinas expuestas en casos similares en los cuales se mantuvo la sanción por no llevar libros de contabilidad a los comerciantes dedicados a la actividad del transporte con buses vinculados a las cooperativas y de acuerdo con lo expuesto por la Colaboradora Fiscal, 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:

Confírmese la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día siete de septiembre 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.— Posibilidades que contempla la ley, en su liquidación (Inciso 13 del Decreto 2815 de 1974).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., septiembre siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya.**
Referencia: Expediente No. 7884.
Actor: **Carlos César Bucheli Revelo.**

Apelación sentencia de febrero 26 de 1981. Tribunal del Cauca. Impuesto renta y complementarios año fiscal de 1977. IMPUESTOS.

El Tribunal Administrativo del Cauca por sentencia del 26 de febrero de 1981 denegó las súplicas de la demanda formulada por el señor Carlos César Bucheli Revelo

por medio de la cual pretendía la revisión de la operación de liquidación de revisión de sus impuestos a las ventas por el sexto bimestre de 1977, que incluia un mayor valor del gravamen y sanción por inexactitud.

Interpuesto el recurso de apelación no fue sustentado y tramitado el negocio en esta instancia se procede a resolver después de oído el concepto del señor Fiscal que analiza el problema planteado en la siguiente forma:

"La demanda señala como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional; 24 del Decreto 377 de 1965; inciso 2o. del artículo 27 de la Ley 52 de 1977 y 31 de la misma norma y 62 del Decreto 1651 de 1961.

"La fundamentación de los cargos se basa principalmente en la indebida aplicación de una sanción por inexactitud y un mayor impuesto sobre ventas declaradas, con transgresión de lo dispuesto en la ley, operada como consecuencia de haberse gravado con impuestos la totalidad de los artículos vendidos sin los descuentos que autoriza el artículo 21 del Decreto 1988 de 1974, es decir, que no es justo el tributo.

"LA SENTENCIA.

"La sentencia, que es ahora objeto del recurso de alzada negó las peticiones de la demanda, previas las siguientes consideraciones:

"El Tribunal con base en la copia auténtica de la diligencia de inspección contable realizada por la Sección de Auditoría Externa de la Administración, encontró la constancia dejada sobre que, 'como el contribuyente visitado no lleva libros de contabilidad tal como lo exige el artículo 33 y 34 del Decreto 2821 de 1974, en concordancia con el título IV del libro 1o. del Código de Comercio, ni lleva cuentas separadas en sus operaciones gravadas y exentas de las que son objeto del tributo, artículo 12 del Decreto 1988 de 1974, se procedió de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 1368 de 1974, que hace referencia a que los responsables del impuesto sobre las ventas que a la vez enajenan artículos comprados en plaza no procesados por ellos y que no llevan cuentas separadas de tales operaciones deberán pagar el impuesto por la totalidad de las ventas'.

"El Tribunal encontró que la actividad comercial del demandante comprende tanto la producción de muebles para su venta, como la enajenación de otros no procesados por él adquiridos principalmente en la ciudad de Pasto.

"Como el contribuyente no lleva cuentas separadas de tales operaciones se le fijó el impuesto sobre la totalidad de ellas, aplicando el artículo 13 del Decreto 2368 de 1974 y el 13 del Decreto 2815 de 1974 reglamentario de los Decretos 1988 y 2368, concluyendo que ni en la respuesta al requerimiento ni en el traslado que se dio del acta de inspección contable ni en los recursos gubernativos el interesado desvirtúa el hecho de no llevar cuentas separadas, hecho básico para la aplicación del derecho, cuya consecuencia es el pago del impuesto sobre la totalidad de las operaciones. Sobre este punto, con las pruebas que obran en el expediente el Tribunal concluyó que no se habían violado las normas constitucionales y legales citadas en la demanda.

"En relación con los impuestos, el Tribunal se remitió a las cifras que el propio contribuyente indica en su declaración (artículo 24 del Decreto 1988 de 1974). En cuanto a la sanción por inexactitud impuesta, el Tribunal observó que el volumen de ventas declarado por el contribuyente era notoriamente inferior al establecido por la administración, en consecuencia incurrió en la omisión de datos básicos que lo hacían acreedor a la sanción impuesta.

"CONCEPTO DE LA FISCALIA.

"En el caso planteado en la demanda tenemos que el responsable del impuesto a las ventas realiza operaciones comerciales y de productor de las mercancías que vende o sea que efectúa ventas que son objeto del impuesto y otras no lo son por constituir las primeras, operaciones de simple reventa.

"Para este caso la ley contempla dos posibilidades:

"a)— La establecida en el inciso 2o. del artículo 13 del Decreto 2815 de 1974, según la cual en el caso de no llevar cuentas separadas de las operaciones que causan y no causan el impuesto se pagará el gravamen por la totalidad de las ventas, pero podrá descontarse el total de los impuestos de que trata el inciso 1o. del artículo 21 del Decreto 1988 de 1974.

"b)— La consagrada en el inciso final del citado artículo 13, cuando existiendo cuentas separadas de las operaciones que causan y no causan el gravamen pero existan costos y gastos de producción y de venta comunes, es dable acudir a las ventas del bimestre anterior estableciendo qué proporción corresponde a reparaciones y cual a simples operaciones de reventa, proporción que se aplica a los costos y gastos comunes, descontando por concepto de impuestos sobre las ventas trasladado el porcentaje que haya correspondido a reparaciones en el bimestre anterior.

"De todas formas, el responsable debe tener en cuenta si los bienes han sido adquiridos a un productor o a un distribuidor. Si lo primero y el impuesto se halla discriminado, se descontará la totalidad del impuesto que figure en la factura. Si no figura discriminado impuesto alguno, no podrá descontarse ninguna cantidad.

"Si el bien ha sido adquirido a un distribuidor y no se encuentra discriminado el impuesto, al 75% del valor de la factura se le aplicará la respectiva tarifa.

"En estos eventos la ley no prevé sistemas diferentes a los anteriormente explicados (artículos 11, 21 y 24 del Decreto 2815 de 1974, 13 del Decreto 2815 de 1974 y 2o. del Decreto 2803 de 1975).

"En el caso a estudio, se observa, que el demandante no lleva cuentas separadas de las operaciones que causan y no causan impuesto, *por lo cual debe pagar el gravamen sobre la totalidad de las ventas*, según ha quedado establecido a lo largo del proceso, y a la voz de las claras disposiciones sobre este aspecto.

"Las autoridades tributarias, aplicaron como impuesto descontable el impuesto establecido al 75% del valor de las facturas; porque no obran dentro del informativo las facturas que hacen relación a las compras del bimestre en discusión, para descontar los impuestos que figuren en ellas.

"Visto lo anterior, considera la Fiscalía que los cargos hechos a la operación administrativa no están llamados a prosperar, porque no se encuentra violación alguna de la ley en la determinación de los impuestos efectuados en ella.

"En cuanto a la sanción por inexactitud impuesta, se observa:

"Aparece demostrado por la administración que el demandante efectuó operaciones por valor de $ 179.635 en el bimestre en cuestión, suma ésta que difiere de la denunciada en la relación de ventas del bimestre, $ 147.710, por lo cual en la declaración de ventas se determinó una base gravable inferior a la real. Incorrección como

ésta, en datos de operaciones para que resulte un menor valor de impuestos a pagar, configura inexactitud en el sentido natural y obvio del vocablo, que hace acreedor al responsable a la sanción establecida en el artículo 15 del Decreto 3288 de 1963".

La Sala encuentra ajustado a derecho el criterio de la Fiscalía que coincide con el del Tribunal por corresponder a las pruebas que obran en el expediente y a las normas legales que gobiernan el régimen del impuesto a las ventas: por lo tanto acoge como motivación de la sentencia el concepto fiscal ya transcrito.

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:

Confírmese la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día siete de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA.— COSTOS Y DEDUCCIONES EN MATERIA DE DIFERENCIAS DE CAMBIOS.— Las normas tributarias que los regulan deben interpretarse en armonía con las normas del Estatuto Cambiario. (Decreto-Ley 444 de 1967).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., septiembre veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 0025.
Actor: **Velsicol Colombia S.A.**

Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1975.

El apoderado judicial de la sociedad Velsicol Colombia S.A. solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de impuestos (hoy acción de restablecimiento del derecho de carácter tributario) la revisión de la operación administrativa de liquidación de renta y complementarios a cargo de la actora por el año de 1975. El Tribunal denegó las súplicas de la demanda, sentencia que fue apelada por el apoderado judicial de la actora.

La contienda se centra en el rechazo de una partida de $ 5.735.216 solicitados por la actora como deducción y originados en una diferencia de cambios. La Administración desestimó esta partida porque en su sentir para que "proceda como costo o deducción los ajustes en cambio por deudas pagaderas en divisas extranjeras a favor de proveedores o de corresponsables en el exterior, es necesario acompañar con la declaración de renta y patrimonio la autorización para obtener el crédito respectivo otorgado por la oficina competente, de acuerdo con el régimen establecido para regular los préstamos exteriores a particulares".

Tal es el alcance que la Administración dio al artículo 30 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 en concordancia con los artículos 38, 39, 40 y 87 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 y con los artículos 127 y siguientes del Decreto-Ley 444 de 1967.

Al acudir en demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo observó el actor que se había violado el artículo 30 del Decreto 2053 de 1974 por indebida aplicación y los artículos 15 y 45 *ibídem* por falta de aplicación.

Una es la situación del contribuyente que adquiere crédito ordinario en divisas extranjeras y otra la del importador que debe cancelar sus importaciones en cuyo caso se generan diferencias de cambio por motivo de los movimientos del tipo de cambio entre el momento de los despachos de las mercancías importadas y el de los giros para su pago.

Fallo del Tribunal:

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda porque estimó que la sociedad actora no probó ni en la etapa gubernativa, ni en la jurisdicción "el hecho de la importación de mercancías".

Apelación:

Con ocasión de la apelación se completó el proceso probatorio adjuntando al caso copia auténtica de las facturas de los proveedores extranjeros, de las licencias de importación y los manifiestos de aduana. Igualmente el jefe de la Oficina de Cambios del Banco de la República certifica lo siguiente:

"En lo que respecta a los créditos con proveedores del exterior originados en la importación de bienes, de acuerdo a lo establecido por el artículo 6o. de la Resolución No. 57 de 1976 de la Junta Monetaria, ellos no son objeto de registro ante la Oficina de Cambios y su servicio se atiende conforme al régimen normal previsto para el pago de importaciones de acuerdo a los numerales cambiarios existentes, tratamiento que reciben las personas tanto naturales como jurídicas, sean o no de derecho público".

Decisión:

Es claro que las normas tributarias que regulan los costos y deducciones en materia de diferencias de cambios deben interpretarse en armonía con las normas del Estatuto Cambiario (Decreto-Ley 444 de 1967).

En el Estatuto Cambiario se distinguen tres situaciones:

a) La de los particulares que adquieren préstamos destinados a gastos o inversiones, al montaje de fábricas u otros proyectos de interés económico y social y aun la intermediación financiera para algunas importaciones: estos créditos los regulan los artículos 127 a 137 del citado decreto-ley.

b) Los créditos que constituyen parte de la deuda pública reglados por los artículos 138 a 143 del Estatuto Cambiario.

c) Los créditos con proveedores originados en la importación de mercancías.

Para los primeros créditos y del texto de los artículos 127 a 137 se deduce que tales créditos deben registrarse en la Oficina de Cambios del Banco de la República. Este requisito se exige no sólo con el propósito de generar el derecho a giro sino también, en armonía con las disposiciones fiscales, para hacer deducibles las posibles pérdidas por diferencias de cambio. Cuáles son los hechos que regulan tales disposiciones: a) el artículo 128 habla de préstamos para *inversiones y gastos;* b) el artículo 131 habla de préstamos destinados al montaje de fábricas u otros proyectos de interés económico o social y c) el artículo 132 habla de "prestamos otorgados por establecimientos de crédito para financiar importaciones". Los demás artículos de esa sección del Estatuto Cambiario hablan de los requisitos y de los efectos jurídicos que se producen alrededor del registro de esos capitales.

Cosa muy distinta es el régimen de importaciones de bienes reglado por el capítulo VI del Estatuto Cambiario. Para importar bienes se deben cumplir los requisitos propios de la licencia o registro ante el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (según el régimen aplicable a las mercancías) y los propios de la nacionalización aduanera. Para el giro de los pagos al exterior bien sea que el pago sea anticipado o bien posterior por la obtención de créditos con proveedores, no se exige registro ante la Oficina de Cambios del Banco de la República, hecho conocido, si se estudian los textos legales y certificado por el señor jefe de la Oficina de Cambios, como aparece al folio 197 del expediente.

En materia tributaria este mismo régimen ha sido consagrado en el reglamento (Decreto 187 de 1975) en concordancia con el régimen legal (Decreto 2053 de 1974).

Distinguen las normas varias situaciones: cuando los ajustes cambiarios surgen por créditos de proveedores para pagar las importaciones de bienes no se exige el registro en la Oficina de Cambios. Cuando los créditos provienen de divisas que se traen al país para hacer inversiones o gastos sí se requiere este registro. Así lo expresó la Dirección General de Impuestos Nacionales:

"DEBE ACOMPAÑARSE LA LICENCIA DE CAMBIO O EL REGISTRO DE IMPORTACION— Los créditos originados a favor de proveedores extranjeros o de corresponsales, por concepto de importación de bienes o mercancías diferentes a los autorizados por el artículo 127 y siguientes del Decreto 444 de 1967, no requieren ni autorización previa, ni registro ante el Banco de la República, basta con la aprobación de la respectiva licencia por parte del Instituto de Comercio Exterior, INCOMEX.

"Para la viabilidad de la deducción en referencia, es suficiente que el contribuyente que la solicite, acompañe a la declaración de renta fotocopia auténtica de la licencia de cambio o registro de importación, según el caso. Deberá enviar, además una relación de los asientos de contabilidad referentes a los ajustes por cambio, debidamente autenticados por el revisor fiscal o contador. Las pruebas antes enunciadas son valederas también para la procedencia de los demás costos o deducciones que los citados créditos generen, (ordinales a) y b) del artículo 64 del Decreto 2053 de 1974 (0473). (Dirección de Impuestos Nacionales. Concepto 039 de 1978)".

De otro lado las pruebas acompañadas en esta etapa del proceso demuestran que los créditos referidos fueron de proveedores en la importación de bienes. Prospera el cargo.

Cabe pues practicar una nueva liquidación:

VELSICOL COLOMBIA S.A.

AÑO GRAVABLE 1975

N.I.T. 60.025.466

RENTA		BASE	IMPUESTO
La gravada inicialmente	$	7.028.862	
Menos: Diferencia de cambios		5.735.218	
NUEVA RENTA GRAVABLE:		1.293.664	517.466
Descuentos Tributarios			16.567
TOTAL A CARGO:			500.899

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 de VELSICOL S.A. (N.I.T. 60.025.466) por el año gravable de 1975.

3. Fíjase en QUINIENTOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($ 500.899) el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1975 y a cargo de la sociedad VELSICOL COLOMBIA S.A.

4. La sociedad actora pagará al tesoro público la diferencia que resulta entre lo que aquí se fija y lo que haya cancelado por el mismo año gravable 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, ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— AMNISTIA TRIBUTARIA.— LEY 20 DE 1979.— ¿Cómo operaba? Explicación de la locución, "no se hubiera practicado liquidación por la Administración tributaria".

IMPUESTOS.— DEDUCCIONES.— EXPENSAS NECESARIAS.— AMORTIZACION DE INVERSIONES.— DEPRECIACION.— Conceptos. Concurrencia.

IMPUESTOS.— INTERESES DE MORA.— LIQUIDACION DE REVISION Y AFORO.— ¿Cuándo se causan?.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., octubre cinco (5) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 10061.
Actor: **Juan Benavides Patrón.**

Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1976.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el proceso impetrado por el apoderado judicial del doctor Juan Benavides Patrón en relación con la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1976. La decisión del tribunal fue apelada por el apoderado judicial del contribuyente.

Son tres los puntos básicos de la contienda:

1) Desconocimiento de unos gastos realizados por el contribuyente para la instalación de sus oficinas de abogado. Este cargo lo funda el actor en que hubo violación de los artículos 45 y 58 del Decreto 2053 de 1974 pues en su sentir tenía pleno derecho a la deducción solicitada la que no le fue aceptada arguyendo que tales gastos no eran deducibles.

2) Desconocimiento de las normas sobre amnistía fiscal contenida en el artículo 25 de la Ley 20 de 1979. El contribuyente fundó su argumento en que la Administración hizo interpretación errónea de esta disposición pues en su sentir, la Administración debía considerar en firme la *"liquidación privada", siguiendo el alcance real de la referida norma.*

3) Posible violación del artículo 30 del Decreto 2821 de 1974 sobre intereses moratorios que fueron indebidamente tasados al actor.

Primer cargo. Considera el actor que el contribuyente, doctor Juan Benavides Patrón, al retirarse del cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, debió abrir oficina particular a fin de atender gestiones propias del ejercicio profesional, independiente. Los gastos hechos en tal sentido son expensas necesarias en sentir del actor, pues el contribuyente debe realizar tales gastos a fin de obtener las rentas ligadas con su activida profesional independiente.

Según el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 "son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad".

"La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes" . . . . .

Según el artículo 58 del mismo Decreto 2053 de 1974 "son deducibles, en la proporción que se indica adelante, las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad, si no lo fueren de acuerdo con otros artículos de este capítulo y distintas de las inversiones en terrenos".

"Se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad, susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos, para su amortización en más de un año o período gravable; o tratarse como diferidos, ya fueren gastos preliminares de instalación u organización o de desarrollo; o costos de adquisición de minas y de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales". . . . .

El apoderado del actor alega que el contribuyente doctor Juan Benavides Patrón, al hacer dejación de su cargo como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, debió hacer una serie de gastos para la instalación de su ofician de abogado, gastos que son deducibles si se opera con criterio comercial, pues son los normalmente acostumbrados para la actividad propia del ejercicio profesional de abogado. O al menos cabe la amortización de inversiones de que habla el artículo 58 del Decreto 2053 de 1974, pues se trata de gastos en activos fijos.

La Administración desestimó este cargo por cuanto consideró que en este caso "no hay relación de causalidad" con la renta.

El Tribunal, por su parte, hizo las siguientes observaciones:

"No comparte la Sala el planteamiento hecho por la Administración por las siguientes razones: Negar que no hay relación de causalidad entre la inversión de muebles y enseres, para que el actor pudiera ejercer su profesión de abogado, después de retirarse de un cargo jurisdiccional tal como aparece plenamente probado en el expediente y producir rentas de trabajo es interpretar erróneamente el artículo 44, 45 y 58 del Decreto-Ley 2053 de 1974; porque el artículo 44 es claro cuando expresa: La renta líquida está constituida *por la renta bruta* menos *las deducciones* que tengan *relación de causalidad* con las actividades *productoras de renta* señaladas en el mismo capítulo en el cual se incluyen precisamente las deducciones, expensas necesarias y amortizaciones a que se refieren los artículos 45 y 58 invocados como transgredidos.

"Ahondando más en el asunto, tenemos que según los principios elementales de filosofía no puede haber efecto sin causa; aplicando este principio al caso *sub-exámine*, la Sala se pregunta; ¿Cómo puede hacer un profesional del derecho, como el actor, que sale a ejercer su profesión de abogado, después de ejercer por largo tiempo la actividad de magistrado, producir sus rentas de trabajo sin incurrir en las expensas necesarias, como fueron en este caso los muebles y enseres de oficina, propios de la actividad productora de renta? La respuesta no puede ser otra que las inversiones hechas en los muebles y enseres que fueron la causa para producir las rentas de trabajo por el ejercicio profesional en la cantidad de $ 406.700 (folio 3 del expediente).

"Aceptado lo anterior tenemos, que el artículo 45 al referirse a las deducciones y a las expensas necesarias, establece que, 'son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo a cada actividad'.

"Luego si el ejercicio profesional de la abogacía es una actividad productora de renta, es lógico concluir que para su producción las expensas realizadas durante el año discutido, caso concreto del actor, en muebles y enseres éstas son deducibles sin lugar a duda.

"Ahora bien el tenor del inciso 2o. *ibídem*, la Sala encuentra que las actuaciones del actor están enmarcadas dentro de la 'necesidad y proporcionalidad' de dichas expensas, pues éstas se han hecho con criterio comercial, pues la suma indicada en la declaración de renta en la cantidad de $ 276.800 no es en ningún caso fuera de lo normal, toda vez que si se observa con cuidado se puede determinar que responde a unas inversiones comunes y corrientes para poder instalar una oficina que responde a la calidad y condición del actor.

"Así mismo el artículo 58 del Decreto-Ley 2053 de 1974, al referirse a otras deducciones establece: 'son deducibles, las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad, sino lo fueren de acuerdo a otros artículos de este capítulo y distintas de las inversiones en terrenos' y el inciso 2o. *ibídem* agrega: 'se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable deben registrarse como activos para su amortización en más de un año o período gravable, o tratarse como diferidos, ya fueren gastos preliminares de instalación u organización, o desarrollo'.

"Por lo tanto si se observa detenidamente la actuación del actor se ha enmarcado también exactamente en lo preceptuado por esta norma, pues él no ha hecho otra cosa que deducir las inversiones en su oficina —muebles y enseres— para los fines propios de su actividad profesional, y registrados como activos, para su amortización dentro del período gravable.

"Admitido lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que la Administración hizo equivocada aplicación de las normas transcritas y en consecuencia es del caso acceder a lo solicitado por la parte demandante en el sentido de que no debe pagar el impuesto de renta liquidado por la Administración en la liquidación de Revisión No. 500807 de 2 de febrero de 1979, y debe ordenarse su reintegro, así como los 'intereses de mora consecuenciales a esa imposición' ".

La Honorable Magistrada Mercedes Salgado de Gutiérrez aclaró voto en relación con este punto y observó:

"El artículo 58 del Decreto 2053 de 1974 dispone:

" 'Amortizaciones, son deducibles, en la proporción que se indica adelante, las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad, si no lo fueren de acuerdo con otros artículos de este capítulo y distintas de las inversiones en terrenos.

'Se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos, para su amortización en más de un año o período gravable; o tratarse como diferidos ya fueren gastos preliminares de instalación u organización, o de desarrollo; o costos de adquisición o explotación de minas y de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales.

'También es amortizable el costo de los intangibles susceptibles de demérito.

'La amortización de inversiones se hace en un término mínimo de cinco (5) años, salvo que se demuestre que, por la naturaleza o duración del negocio la amortización debe hacerse en un plazo inferior.

'La amortización de inversiones correspondiente a empresas petroleras y mineras se hará dentro de los plazos y en las condiciones que señale el Ministerio de Minas y Energía. (Este inciso fue declarado inexequible).

'En el año o período gravable en que se termine el negocio o actividad, pueden hacerse los ajustes pertinentes, a fin de amortizar la totalidad de la inversión.

'Cuando el contribuyente obtenga ingresos o aprovechamientos por concepto de recuperaciones, con ocasión de la venta de bienes tangibles o intangibles o de devoluciones, o rebajas de pagos constitutivos de inversiones, para cuya amortización se hayan concedido deducciones, constituye renta el valor de tales ingresos o aprovechamientos, hasta concurrencia de las deducciones concedidas'.

"Del texto de la norma surgen los siguientes conceptos:

"1. Son susceptibles de amortización:

'a) Las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad, distintas de las inversiones en terrenos; b) Los gastos preliminares de instalación u organización. o de desarrollo; c) Los costos de adquisición o explotación de minas y de explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales y d) El costo de los intangibles susceptibles de demérito.

'Como se ve, la amortización no sólo comprende los gastos y costos específicos a que la norma se refiere sino a las inversiones necesarias distintas de terrenos.

'2. Por lo que hace a las inversiones necesarias amortizables, la única excepción es la hecha en terrenos, lo que ya permite afirmar que cualquier otro bien tangible distinto de aquellos puede ser amortizado, siempre y cuando su inversión sea necesaria para los fines del negocio o actividad y sea susceptible de demérito, según se desprende de los dos primeros incisos del artículo'.

"Esta interpretación viene a ser corroborada por el inciso final del mismo artículo 58 cuando habla de la recuperación que pueda obtenerse en la venta de bienes tangibles o intangibles para cuya amortización se hayan concedido deducciones.

"Quiere decir que el artículo 58 del Decreto 2053 de 1974 establece expresamente la amortización para los bienes tangibles que contablemente deban registrarse como activos.

'3. El artículo 58 no excluye de la amortización a la inversión necesaria que recaiga en un bien depreciable. Y esto es precisamente lo más trascendental.

'Y algo más: la norma que regula la depreciación en el Decreto 2053 de 1974, artículo 59, al definir lo que debe entenderse por bien depreciable estatuye que son los activos fijos tangibles, que no sean amortizables de acuerdo con el artículo anterior '(Se refiere al 58 obviamente).

"El texto del ordinal 2o. del artículo 59 dice:

"'2. Se entiende por bienes depreciables los activos fijos tangibles, con excepción de los terrenos, *que no sean amortizables, de acuerdo con el artículo anterior.*

'Por consiguiente, no son depreciables los activos movibles, tales como materias primas, bienes en vía de producción, inventarios y valores mobiliarios. Se entiende por valores mobiliarios los títulos representativos de participaciones de haberes en sociedades, de cantidades prestadas, de mercancías, de fondos pecuniarios o de servicios que son materia de operaciones mercantiles o civiles'. (Subraya el Tribunal).

"De esta manera, el legislador de 1974 no excluyó de las inversiones amortizables las hechas en bienes depreciables y por el contrario supedita la depreciación a los bienes que no sean amortizables.

"Contrasta esta legislación de 1974 con la contenida en la Ley 81 de 1960 y normas complementarias, en la cual la amortización de inversiones excluía a las hechas en terrenos, *en propiedad depreciable* o en bienes amortizables por agotamiento. (Subraya el Tribunal).

"Y fue sólo en la materia relacionada con minas y petróleos que el legislador de 1974 excluyó del sistema de amortización a las inversiones en bienes depreciables según el artículo 5o. del Decreto Legislativo 2350 de 1974, que dice:

" 'Para los efectos del artículo 58 del Decreto 20 53 de 1974, en las inversiones necesarias realizadas en materia de minas y petróleos, *distintas de las efectuadas* en terrenos o *en bienes depreciables*, se incluirán los desembolsos hechos tanto en aréas en explotación, como en áreas no productoras, continuas o discontinuas'. (Subraya el Tribunal).

"Se concluye entonces que sí es procedente la invocación hecha por el demandante del artículo 58 del Decreto 2053 de 1974".

Apelación en relación con este cargo

Aun cuando la sentencia apelada accede a reconocer que el actor tenía razón en el cargo y reconoce que la Administración violó los artículos 45 y 58 del Decreto 2043 de 1974, considera el recurrente que el Tribunal se quedó corto porque tan sólo reconoció el 20% del gasto solicitado.

Concepto Fiscal sobre este cargo:

La señora Fiscal Sexto expresa lo siguiente en relación con el punto debatido:

"La Administración al practicar al contribuyente liquidación de revisión rechazó por no ser un concepto deducible, el valor de las inversiones en muebles realizadas en la instalación de su oficina profesional.

"El demandante pretende como lo sostuvo ante las autoridades de impuestos que las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad son deducibles en su totalidad, por lo cual se violaron los artículos 45 y 58 del Decreto 2053 de 1974.

"El Tribunal aceptó en parte la violación de las normas pues el gasto fue necesario y proporcional a su actividad profesional independiente y aceptó el 20% por amortización de inversiones, que es el porcentaje permitido de amortización por esta clase de inversiones. La Fiscalía observa:

"El contribuyente dentro del renglón 55 de la declaración discriminado en la hoja 3 de anexos, efectivamente incluyó pagos por muebles en la instalación de su oficina de abogado; igualmente capitalizó dicho gasto dentro del renglón 19 de la declaración, discriminado también en la hoja primera del anexo.

"Capitalizado el gasto y vista su relación con la actividad, es incuestionable que se trata de una inversión realizada para fines de ella, de manera que no existe duda alguna de que es aplicable la amortización autorizada en el artículo 58 del Decreto 2053 de 1974, pero por tratarse de desembolsos efectuados por concepto de activos susceptibles de demérito (gastos directos de organización preliminar, compra de muebles de oficina) sólo es deducible el 20% del desembolso, puesto que no se demostró con pruebas aceptables que la amortización debía efectuarse en un plazo inferior.

"En estas condiciones la Fiscalía encuentra acertado el criterio adoptado por el Tribunal al revisar la liquidación aceptando la suma legalmente autorizada como deducible para la vigencia fiscal como amortización de inversión, sobre la cual la Administración no había reconocido suma alguna, violando los artículo 45 y 58 del Decreto 2053 de 1974".

Consideraciones de la Sala sobre este punto:

Tiene razón tanto la señora Fiscal como el Tribunal en relación con el hecho de que tan sólo es deducible de la renta bruta el 20% de los gastos realizados por el contribuyente al instalarse en su oficina particular.

Existe una confusión en la parte motiva de la providencia recurrida. Bien es sabido que las deducciones que establece la ley son taxativas: se trata en el fondo de costos necesarios para la producción de la renta pero están ordenados limitativamente por la ley. Cuando se trata de *expensas necesarias se habla de los gastos ordinarios que utiliza el contribuyente en la operación del negocio. A este tema se refiere el citado artículo 45 del Decreto 2053 de 1974. Cosa muy distinta es la amortización de inversiones (artículo 58 ibídem)* o la depreciación (artículo 59 *ibídem).* En el primer caso se tiene que la inversión necesaria para iniciar un negocio puede amortizarse en cinco años, vale decir, que cada año se genera una deducción del 20% sobre el total de la inversión. En el segundo caso se pueden depreciar bienes (activos fijos) productores de renta en períodos variables según el caso.

Aclara la Sala que hay una imposibilidad legal de hacer concurrir una *expensa necesaria* (artículo 45) con una *amortización de inversiones* (artículo 58). O se tiene derecho a una o a otra, mas no a las dos por el mismo gasto. Pues bien, por la naturaleza de los gastos, vale decir, inversiones que entran a hacer parte del capital del contribuyente y no gastos operacionales, es claro que el contribuyente tiene derecho a una amortización de inversiones y no a una deducción por expensas necesarias. Vale decir, la Sala encuentra que la Administración desconoció el artículo 58 del Decreto 2053 de 1974 mas no el artículo 45 *ibídem.*

Aunque muy interesante el tema que sugiere la Honorable Magistrada Salgado de Gutiérrez en su aclaración de voto, no quiere el Consejo pronunciarse sobre la distinción que ella presenta entre la deducción por depreciación y la de amortización de inversiones. Este tema no entra en el centro de la discusión y por ello la Sala se abstiene de estudiarlo.

Segundo Cargo:

Alega el actor que la operación administrativa violó el artículo 26 de la Ley 20 de 1979. Este artículo dispuso que "las liquidaciones correspondientes a las declaraciones de renta y sus adiciones presentadas hasta el 31 de diciembre de 1977, sobre las cuales a la fecha de entrar a regir esta ley, no se hubiese practicado liquidación por la administración tributaria quedarán en firme, *sin necesidad de pronunciamiento previo* (subraya el actor), siempre y cuando el contribuyente demuestre, a más tardar dentro

de los tres meses a la vigencia de la presente ley, que se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos de renta, recargos, sanciones, complementarios y ventas". alega el actor que "el 16 de abril de 1979, fecha de vigencia de la Ley 20 de 1979, no se había practicado *con fuerza obligatoria* (subraya el actor) liquidación de impuestos a mi poderdante, pues si bien es cierto que se había producido la liquidación de revisión 500807 de 2 de febrero de 1979, ésta fue recurrida por él, el 30 de marzo siguiente y sólo vino a quedar en firme el 27 de noviembre de 1980, cuando la División de Recursos Tributarios le notificó la Resolución 001487 del 12 del mismo mes y año, haciéndole saber que no quedaba contra ella recurso alguno por la vía administrativa. La locución empleada por la citada ley en su artículo 25: "no se hubiere practicado liquidación por la Administración Tributaria", hay que entenderla en el sentido de que se trata de una liquidación en firme, o sea no recurrida o no susceptible de recursos, pues los actos administrativos no obligan sino en virtud de su ejecutoria, antes de ésta carecen de valor y no se pueden invocar válidamente para hacer nugatorio un derecho legalmente establecido antes de que el acto administrativo quedara en firme...".

El Tribunal denegó el cargo con base en el siguiente argumento:

"... En cuanto a este punto no comparte este despacho la apreciación del actor, en cuanto considera inexistente o sin validez la liquidación practicada a su cargo. De ninguna manera puede pensarse que el hecho de haber interpuesto un recurso contra ese acto administrativo, lo haya invalidado o declarado inexistente, puesto que ello requiere una resolución, mediante la cual así se decrete. Como el mismo libelista lo admite el acto administrativo de la liquidación de impuesto tiene existencia y validez a partir de su notificación. De tal manera que si esto lo aplicamos al asunto discutido, debemos concluir que la liquidación que ahora se analiza es perfectamente válida y existente, en razón de haberse practicado dentro del término previsto por la ley. El recurso que contra la liquidación se haya interpuesto, puede traer como consecuencia que se rebajen los gravámenes allí establecidos en la liquidación, pero de ninguna manera declarar inexistentes o sin validez, dado que no existen razones legales para ello. Así las cosas, no se admite la argumentación planteada por el actor, para la aplicación de la amnistía prevista en el artículo 25 de la Ley 20 de 1979. Por otra parte, tampoco es aplicable el mencionado artículo puesto que hace relación a casos específicos, en que no se haya practicado liquidación de revisión antes del 16 de abril de 1979. Pero es el caso, que a esta fecha prevista en el artículo 25 de la Ley 20 de 1979 ya se había producido un acto administrativo y más concretamente la liquidación de revisión No. 500807 de fecha febrero 2 de 1979. En igual forma se había surtido la notificación oportuna y se había presentado el recurso inicial con fecha marzo 30 de 1979".

La señora Fiscal Sexto observa:

"Primera petición subsidiaria.— El punto se plantea en torno a la aplicación del artículo 25 de la Ley 20 de 1979. El demandante sostiene que a la fecha de entrar a regir la ley, el 16 de abril de 1979, si bien se había practicado liquidación de revisión, ésta no se encontraba en *firme* por haber sido recurrida, de manera que sin necesidad de pronunciamiento previo ha debido estimarse en firme y como definitiva la liquidación privada presentada con la declaración, pues, con el memorial por medio del cual formuló recurso de reconsideración comprobó estar a paz y salvo con la Administración hasta el 31 de diciembre de 1978.

"El Tribunal negó el cargo porque el hecho de haber interpuesto recurso contra la liquidación no indica que la liquidación no tenga existencia y validez a partir de su notificación por lo cual el contribuyente no era acreedor al beneficio establecido en la norma.

"La Fiscalía comparte íntegramente las apreciaciones del Tribunal en este punto, toda vez que el artículo 25 de la Ley 20 de 1979 otorgó el beneficio de declarar que quedan en firme, sin necesidad de pronunciamiento previo, las liquidaciones privadas de declaraciones presentadas hasta el 31 de diciembre de 1977 sobre las cuales a partir de la vigencia de la ley (16 de abril de 1979) no se hubiere practicado liquidación de revisión al contribuyente por la vigencia fiscal de 1976, cuyo número es 50087 de 2 de febrero de 1979.

"El hecho de que se hubiere recurrido el acto administrativo no implica que no se hubiere practicado, ello es tan evidente frente al texto de la ley, que no requiere más comentarios".

Consideraciones de la Sala:

Para la Sala tienen razón el Tribunal y la señora Fiscal. Es claro que la Ley 20 de 1979 hizo referencia al acto administrativo singular de liquidación y no utilizó la expresión operación administrativa de determinación del tributo u otra equivalente. Quiso el legislador dejar en firme las liquidaciones privadas que al entrar en vigencia la ley no hubiesen sido revisadas por la Administración Tributaria. Esta consideración como las que hacen el Tribunal y la señora Agente del Ministerio Público que la Sala acoge, son suficientes para negar el cargo.

Tercer Cargo:

He aquí lo que dice el actor al respecto:

"C). En lo referente con la Segunda Petición Subsidiaria fue violado el inciso 4o. del artículo 30 del Decreto 2821 de 1974, a cuyo tenor 'el interés de mora se causará *desde el último día del cuarto mes siguiente a la notificación* de las liquidaciones de revisión y aforo. *La sanción por mora se suspenderá desde el primer año interpuesto el recurso de reposición hasta la notificación de la providencia que agote la vía gubernativa'.*

"De acuerdo con esta disposición la sanción por mora para mi patrocinado se habría iniciado el 30 de junio de 1979, que corresponde al último día del cuarto mes siguiente a la notificación de la liquidación de Revisión y Aforo, efectuada el 2 de febrero de tal año; pero, como el 30 de marzo del mismo, mi representado interpuso Recurso de Reconsideración, se suspendió el interés moratorio "hasta la notificación de la providencia que agote la vía gubernativa", lo que ocurrió el 27 de noviembre de 1980.

"No obstante lo anterior, se le cobraron intereses de mora por todo ese tiempo (el primer lapso en que no corren y el de suspensión), equivalentes a $ 96.007.00 sobre un mayor impuesto liquidado en la operación administrativa que demando de $ 111.622.00. Como mi poderdante cubrió ese impuesto el 11 de diciembre de 1980, los intereses moratorios únicamente correspondían a catorce (14) días: 27 de noviembre (fecha de la providencia que agotó la vía gubernativa) a 11 de diciembre (fecha de pago del impuesto), lo que, sobre una tasa del 27% arroja la suma de $ 14.064.00.

"En consecuencia, la Administración de Impuestos de Bogotá deberá reintegrarle la suma de $ 81.943.00 ó la mayor o menor que resulte de la revisión del impuesto de renta que solicito, cobrados ilegalmente como SANCION POR MORA, según reza la hoja de liquidación del Computador sobre la cual se efectuó el pago que consta en el Recibo número T.F. 508446.

"Tan cierto es lo anterior, que la Resolución A-0014 de 12 de noviembre de 1980, confirmatoria de la liquidación de Revisión No. 500807 de 2 de febrero de 1980,

establece en su parte final que "deberá pagar el impuesto allí determinado, más los intereses moratorios *que se causen"* (subraya el actor), o sea, los posteriores a la citada resolución y no intereses anteriores a la misma. Ese empleo del verbo en presente: "que se causen", es sencillamente la correcta aplicación del inciso 4o. del artículo 30 del Decreto 2821 de 1974, de acuerdo con lo que expliqué arriba. Por esto, aquella no dice relación a intereses causados o que se hubieren causado, sino "que se causen", es decir, después de la notificación de la dicha resolución definitiva".

El Tribunal atendió este cargo en la parte motiva de la sentencia recurrida observando que deberá ordenarse el reintegro de los intereses de mora consecuencialmente. Sin embargo, en la parte resolutiva olvidó hacer mención de este aspecto, razón por la cual habrá que modificar el numeral tercero de esta parte de la sentencia y ordenar la devolución de los intereses legales en favor del contribuyente a que hubiere lugar.

El recurrente destaca este punto en su memorial de sustentación del recurso, y la señora Fiscal observa:

"Finalmente anota la Fiscalía que el abono de los intereses de mora cubiertos con anterioridad a la demanda, sobre las sumas superiores a las finalmente establecidas, serán las que resulten al ejecutarse la sentencia que se dicte en la presente instancia".

La Sala acoge la inquietud del recurrente y por ello ordena modificar el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

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:

Confírmanse los numerales 1, 2 y 4 de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Modifícase el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada. Este se leerá así:

Tercero. De la suma indicada en el numeral anterior, aparece acreditado un pago por CIENTO OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS ($ 181.718). En consecuencia, la Administración de Impuestos de Bogotá deberá devolver al citado contribuyente la cantidad de VEINTISEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS ($ 26.986) adicionada a 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, ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— PRESUPUESTOS PROCESALES.— PAGO PREVIO.— La norma especial de la Ley 8a. de 1970 no fue derogada por el nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984 artículo 140).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., agosto veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 0118.
Actor: **Banco Anglo-Colombiano.**

Apelación del auto del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1977.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda impetrada contra los actos de liquidación del impuesto de renta y complementerios a cargo de la sociedad Banco Anglo-Colombiano por el año gravable de 1977. El auto del Tribunal fue apelado por el apoderado judicial de la sociedad actora.

La demanda fue inadmitida por cuanto el actor no otorgó caución en los términos establecidos por el artículo 140 del Decreto 01 de 1984.

Considera la Sala que el artículo 140 del nuevo Código Contencioso Administrativo es una norma de carácter general que debe aplicarse en ausencia de normas especiales. En relación con las acciones dirigidas por quien pretende que se modifique una obligación fiscal (artículo 85 *ibídem)* relativa al impuesto de renta y complementarios existe una norma especial (artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970) según la cual el principio de *solve et repete* no se aplica en relación con los procesos contencioso tributarios relativos a este tributo.

Entiende la Sala que la norma especial de la Ley 8a. de 1970 no fue derogada por el nuevo Código Contencioso Administrativo. Por esta razón la decisión del *a-quo* debe revocarse.

Como además la demanda reúne los requisitos de la ley deberá ordenarse su admisión.

Cabe añadir tan solo que el artículo 36 del Decreto 3803 de 1982 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 3 de mayo de 1983.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

1. Revócase el auto apelado.

2. Admítese la demanda.

3. Devuélvase al Tribunal de origen para que continúe su trámite.

Cópiese, publíquese, notifíquese 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, ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— INDEMNIZACION POR DESPIDO.— ¿ES CONSTITUTIVA DE RENTA?

IMPUESTOS.— DIRECCION DE LOS CONTRIBUYENTES.— Artículo 9o. del Decreto 1651 de 1961.— Finalidad.— Es cierto que sí constituye indicio por lo menos contingente que al haber el actor contribuyente cambiado de dirección de un año a otro, ello induce a suponer cambio de residencia pero es a todas luces evidente que esa suposición no autoriza pra deducir o determinar sin fundamento en la ley. CARGA DE LA PRUEBA.— Para el ejercicio fiscal. La interpretación correcta del artículo 64 del Decreto 1651 de 1961, que consulta su letra y su espíritu, es la de que el contribuyente sólo está obligado a demostrar que no son constitutivos de renta, los ingresos sobre los cuales exista una prueba distinta a su declaración de renta.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre diez y seis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Víctor Corredor Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 6532.
Actor: **Rafael García y García.**

Apelación de la sentencia de julio 7 de 1979 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de Impuestos sobre la renta por el año gravable de 1972.

El apoderado judicial del contribuyente Rafael García y García, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.943.210, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de julio 7 de 1979, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual fueron denegadas las súplicas de la demanda, tendientes a la revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos sobre la renta y complementarios por el ejercicio fiscal del año de 1972.

ANTECEDENTES:

El señor Rafael García y García presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, dentro de los términos legales, su declaración de renta y patrimonio.

La Oficina Liquidadora de la citada Administración de Impuestos, al determinar el impuesto sobre la renta a cargo del citado contribuyente, incluyó y gravó en su liquidación conjunta con su esposa, distinguida con el No. 001049 de abril 3 de 1975 una partida de $ 47.777.00, por concepto de un estimativo de renta de goce, sobre el supuesto de que había recibido un inmueble propio de valor de $ 781.711:00 durante el año de 1972, y no exencionó de la renta declarada por prestaciones sociales sino una suma de $ 222.225.00, debiendo ser $ 307.824.51.

La Sección de Recursos Tributarios de la citada Administración resolvió negativamente la reposición interpuesta contra la liquidación oficial atrás mencionada, mediante Resolución No. 004167 de octubre 21 de 1976.

Contra el proveído anterior, el contribuyente interpuso el recurso de apelación ante la Dirección de Impuestos Nacionales, el día 3 de diciembre de 1976, la que por Resolución No. R-017 44-H de 4 de abril de 1977, desató dicho recurso, la cual fue modificada por edicto desfijado el 3 de mayo del mismo año, y que confirmó la

Resolución No. A-006147-P de 21 de octubre de 1976 emanada de la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Bogotá. Con la actuación anterior se agotó la vía gubernativa.

Las peticiones hechas en los recursos administrativos, son las mismas en que insiste la demanda y la apelación en su estudio, las cuales pueden sintetizarse así:

1.— Se debe prescindir de agregar a la renta bruta la suma de $ 47.777.00, correspondiente a la renta de goce adicionada oficialmente y,

2.— Se deben reconocer las rentas exentas rechazadas por valor de $ 85.590.00, así: del valor de $ 418.560.00 recibido por concepto de indemnización por despido, solicitado en su totalidad como exenta, debe reconocerse cuanto menos el 30%, o sea, $ 125.568, y,

3.— Del total recibido por concepto de pensión de jubilación de Bavaria S.A., solamente debe tomarse como renta exenta la correspondiente a siete (7) meses de 1972, o sea, la suma de $ 56.000.00.

Surtido el traslado al Ministerio Público, la Fiscalía Tercera de esta Corporación conceptuó que está de acuerdo con las consideraciones formuladas por el Tribunal, y por lo tanto solicita confirmar la sentencia materia de alzada, por encontrarla ajustada a derecho.

SE CONSIDERA:

A continuación la Sala se ocupará de analizar los puntos planteados en la demanda, en el mismo orden en que fueron presentados:

1.— La Liquidación Oficial confirmó la renta de goce de $ 695.000.00 declarada por el contribuyente, quien habitó durante un período del año de 1972 la casa situada en la Carrera 21 No. 37-18, pero que también adicionó la renta bruta con una supuesta renta de goce de $ 47.777.00, correspondiente al resto del ejercicio fiscal, sobre el lote en construcción en curso de la Transversal 27 No. 119-32, por estar registrada esta dirección en la declaración de renta de 1972.

Alega el contribuyente García y García que habitó en el primero de los inmuebles mencionados, hasta el 8 de abril de 1972, fecha en que la vendió, teniendo que trasladar su residencia a la casa de sus padres: que la construcción que se venía adelantando en el lote del terreno de la Transversal 27 No. 119-32 sólo se terminó a fines de 1972: que el hecho de que para recibir la correspondencia se hubiera registrado esta dirección en la declaración de renta de 1972, no significa que allí hubiera tenido su habitación y, lo registró así sólo porque el mencionado denuncio rentístico se elaboró y presentó en abril de 1973, cuando la construcción se encontraba más adelantada que en diciembre del año anterior y se suponía que ésta estaría terminada en la fecha en que la Administración de Impuestos dirigiera alguna comunicación relacionada con la declaración de renta de 1972: que la afirmación de los funcionarios de Impuestos, en el sentido de que el contribuyente habitó el segundo de los dos inmuebles mencionados, es una afirmación que no está de acuerdo con la realidad ni el ordenamiento jurídico; que los datos que contiene la declaración de renta están amparados por la presunción y veracidad y "por tanto no ha debido el liquidador adicionar la renta declarada con el estimado por renta de goce sin informe fededigno alguno, como lo exige la ley, y por tanto cometió indebida imposición sobre la supuesta renta de goce de $ 47.777.00 que deben descontarse.

El Tribunal *a-quo* en la sentencia apelada no accedió a este cargo, con los siguientes argumentos:

Es verdad que sí constituye indicio por lo menos contingente que al haber el actor cambiado de un año a otro su dirección, esto es, de 1971 a 1972, según las declaraciones fiscales correspondientes, ello conllevó también cambio real de residencia. Y máxime cuando, conforme a su propia confesión, todavía en 1972 vivió por un lapso de CIEN (100) días en 1972, (del 1o. de enero a 8 de abril) en la casa que venía ocupando desde 1971. Es decir que a partir del 9 de abril de 1972 hasta la expiración del año debió por lo menos haber ocupado otra casa, que las agencias del Gobierno consideraron fue la del denuncio rentístico de 1972. Y esto último se confirmó todavía más por el contribuyente cuando afirma en su primer recurso de reposición que la casa de su propiedad de la Carrera 21 No. 37-18 la vendió a un tercero "habiéndole hecho entrega del inmueble" el referido 9 de abril de 1972.

"Contra la evidencia anterior se oponen las siguientes afirmaciones del contribuyente: que en el segundo período de 1972 vivió en la casa de sus padres y que la casa de la Transversal 27 No. 119-32 fue declarada como lote construido, sin que estos hechos aparezcan demostrados en la vía gubernativa, ni tampoco en el presente proceso se aportó la mínima prueba para sustentarlos" (folio 42 Cuaderno principal).

A su turno la Fiscalía Tercera del Consejo de Estado, al emitir su concepto de fondo, en relación al punto cuestionado expresa: que en el caso *sub-lite*, se contrae, a un problema eminentemente probatorio, pues es el demandante quien debe aportar las pruebas, por ser quien trata de desvirtuar una situación jurídica creada respecto a él, que no está probado que el inmueble ubicado en la Transversal 27 No. 119-32 se hallase en construcción y que en este caso la presunción de veracidad obra en contra del propio contribuyente, pues éste incorporó como domicilio fiscal el inmueble tantas citado. En consecuencia, la Fiscalía, como ya se advirtió comparte el criterio del Tribunal *a-quo* y pide confirmar la sentencia materia de apelación.

Consignados los argumentos en la forma antes sintetizada corresponde a la Sala, en consecuencia, entrar a resolver sobre los mismos en la siguiente forma:

Es pertinente expresar que el artículo 9o. del Decreto 1651 de 1961 exige entre los datos que debe contener la declaración de renta y patrimonio de las personas naturales, el domicilio y dirección del contribuyente, y el artículo 19 *ibídem*, determina que la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios se notifica al contribuyente entregando personalmente un ejemplar de la liquidación si se presenta oportunamente a reclamarlo, o mediante su envío a la dirección indicada en la última declaración de renta y patrimonio, o en las comunicaciones que posteriormente remita para avisar cambio de ella. Es indudable que la dirección exigida por el artículo 9o. del citado decreto, tiene por objeto el hacer conocer a los funcionarios de Impuestos el lugar a donde deben dirigir al contribuyente las comunicaciones, requerimientos o liquidaciones relacionadas con sus impuestos y, como es obvio, no el lugar en el que habitó. Es cierto como lo afirma el Tribunal *a-quo*, que sí constituye indicio por lo menos contingente que al haber el actor contribuyente cambiado de dirección de un año a otro —1971 a 1972—, como ocurrió en el caso que nos ocupa, ello induce a suponer cambio de residencia, pero es a todas luces evidente que esa suposición no autoriza para deducir o determinar sin fundamento en la ley, que el contribuyente habitó en el lote en construcción de la Transversal 27 No. 119-32, en la forma en que lo hicieron las autoridades Tributarias, sin ninguna indagación o elemento de juicio de su parte sobre el lugar de habitación del demandante. Esta Corporación en numerosas sentencias ha decidido a quién debe atribuirse la carga de la prueba para el ejercicio fiscal estudiado, cuando por indicios se determina oficialmente un ingreso al contribuyente. Sobre este punto se

ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que los cargos que aparecen fundados en simples suposiciones o supuestos indicios, en ningún caso configuran las "informaciones plenamante comprobadas" que exige el artículo 15 de la Ley 81 de 1931 para que la Dirección General de Impuestos Nacionales pueda adicionar la declaración de renta, en armonía con el artículo 29 del Decreto 1651 de 1961, reglamentario de la Ley 81 de 1960, que dejó vigente el artículo 15 de la Ley 81 de 1931. Los funcionarios de Impuestos trasladan al contribuyente la carga de la prueba que en verdad en casos como el que se analiza está a cargo de la Administración. La interpretación correcta del artículo 64 del Decreto 1651 de 1961, que consulta su letra y espíritu, es la de que el contribuyente sólo está obligado a demostrar que no son constitutivos de renta, los ingresos sobre los cuales *exista una prueba distinta a su declaración de renta.* (Subraya la Sala).

En el sentido anotado, el mismo Tribunal *a-quo* en sentencia de julio 29 de 1980, se pronunció sobre el punto cuestionado, que corrobora, por cierto, el criterio a que se ha hecho referencia. La parte pertinente es del siguiente tenor:

"En relación al segundo punto de inconformidad, en el sentido de que la casa sólo fue ocupada en el mes de diciembre, porque los meses anteriores estaba en construcción, es evidente que está afirmación a términos del artículo 72 del Decreto 1651 de 1961 debe tenerse por cierta y en consecuencia ha de hacerse el prorrateo correspondiente limitándolo solamente al mes de diciembre de 1973" (folio 78 del Cuaderno principal).

Lo expuesto es suficiente para que la Sala se pronuncie en el sentido de concederle la razón al actor, en lo que dice relación con el motivo de inconformidad de que se viene tratando.

2.— De la rentas exentas rechazadas.

Los antecedentes administrativos nos indican que el contribuyente señor García y García después de adicionar su declaración de renta, solicitó como renta exenta un total de $ 640.816.51, en el que incluía $ 418.560.00 correspondientes a la indemnización por despido, y $ 96.000.00 de la pensión de jubilación, recibidos por el actor y, que de ese total solicitado sólo le fue concedido en la liquidación oficial la cantidad de $ 222.226.00, es decir que no le fue reconocida como renta exenta suma alguna por concepto de indemnización por despido, pero en cambio sí, las demás cantidades solicitadas. No obstante las explicaciones dadas en la liquidación comentada, el contribuyente expuso en el recurso interpuesto su punto de vista así:

"2.— *No se tuvieron en cuenta rentas legalmente exentas.* En mi declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1972 relacioné como rentas exentas un total de $ 597.810.10 posteriormente, con fecha 16 de octubre de 1973, adicioné la declaración en la suma de $ 43.006.32 correspondiente al pago de un auxilio de cesantía que recibí de Embotelladoras de Santander S.A. y que inadvertidamente había omitido. En esta forma mis rentas exentas alcanzaron un total de $ 640.818.51. Es cierto que dentro de la cantidad relacionada por mí está incluido el total de la indemnización que por despido injustificado me pagó la misma empresa Embotelladora de Santander S.A. en cuantía de $ 418.560.00 lo que constituye un error que reconozco, ya que solamente debe tomarse como renta exenta el 30% de aquella indemnización. Es pertinente entonces, restar de las rentas exentas declaradas por mí, el 70% de la indemnización o sea la suma de $ 292.992.00.

"También es pertinente modificar la cantidad deducible por concepto de pensión de jubilación por cuanto la exención al respecto estaba limitada a $ 8.000.00 mensuales, o sea que habiendo empezado a disfrutar de esta prestación social en el mes de junio, solamente debo tomar como renta exenta la correspondiente a siete (7) meses de 1972, o sea la suma de $ 56.000.00 (folio 38 cuaderno principal).

Resumiendo lo anterior se deduce que lo que el demandante pretende, por una parte, es que se reconozca como renta exenta $ 125.568.00 por daño emergente (que es el 30% del total de la indemnización por despido), pero por la otra, que la renta exenta concedida por pensión de jubilación en cantidad de $ 96.000.00, se modifique o se limite a la cantidad de $ 56.000.00.

Al respecto, el Tribunal sustentó su decisión en la siguiente forma:

"Considera el actor que de un total de $ 307.825.00, que debió habérsele concedido a título de rentas exentas correspondientes a prestaciones sociales recibidas, sólo se le reconoció en la Liquidación Oficial la suma de $222.225.00, y por lo tanto todavía queda por aceptársele la diferencia entre esas dos cantidades de $ 85.590.;00.

"Precisa por lo tanto examinar las prestaciones sociales solicitadas a la luz de las disposiciones legales. De las relacionadas en el libelo y transcritas en el acápite de hechos que concuerdan con las del escrito de reposición inicial (folio 59 a 63, lápiz negro de los antecedentes), deberán deducirse las siguientes: las vacaciones que equivalen a quince (15) días de salario por año de servicio (artículo 15, ordinal 8o. de la Ley 63 de 1967 y 5o. de la Ley 27 de 1969, en concordancia con el artículo 186 del Código Sustantivo de Trabajo), así: las solicitadas por $ 59.733.33 se limitarán como sigue: sueldos devengados en la Embotelladora Santander S.A. en 1972: $ 483.200.00, divididos entre 12 = a $ 6.933.33 mensuales, cuya mitad (15 días) es $ 3.468.00. Y en cuanto hace a la indemnización por despido injusto pedida en cantidad de $ 125.568.00 se anota que nada de ello se tomará como renta exenta, porque no es éste el tratamiento que le brinda la Ley Tributaria, como se explicará a continuación:

"Ahora bien, respecto de la indemnización por despido injusto recibida por el actor contribuyente de Embotelladora de Santander S.A. por $ 418.560.00 se observa:

"Según el artículo 6o. de la Ley 27 de 1969 se presume que el 30% de tales indemnizaciones constituyen indemnización por daño emergente no constitutivo de renta y el resto del 70% constituye indemnización por lucro cesante sometida al impuesto.

"Es decir que en cuanto hace al 30% de indemnización por daño emergente ($ 125.568.00) el fenómeno tributario que se presentó, como lo dice la norma citada, es el de que se presume que no entra en la categoría fiscal de ingresos por no haber enriquecimiento y por ello no habrá de tomarse como tal y se prescindirá relacionar por el contribuyente dentro de sus rentas brutas. En cambio el 70% restante de indemnización por lucro cesante ($ 299.992.00) sí está sujeto a gravamen y para obtener el valor de éste en concreto se observará el procedimiento previsto en el artículo 2o. del Decreto 1986 de 1971. Fue este el procedimiento seguido por las agencias del Gobierno.

"De otro lado, debe anotarse que la indemnización del 70% no está tratada legalmente como renta exenta, como equivocadamente lo entiende el demandante, así que deberá, por sustracción de materia excluirse como tal de las demás rentas exentas declaradas por él.

"Así las cosas y en cuanto hace a las rentas exentas se tiene lo siguiente: de un total de $ 30.824.51 solicitadas se descontarán $ 56.266.33 ($ 59.733.33 menos $ 3.468.00) de vacaciones y $ 125.568.00 de indemnización por despido —que no son exentas, se repite— y se obtiene un total de *$ 125.991.00.*

"Traducidos en una nueva liquidación los factores tributarios e se han analizado y teniendo quen cuenta que las rentas exentas se disminuyeron de $ 222.225.00 de la liquidación oficial a $ 125.991.00, resultaría un gravamen de renta superior al determinado en esta liquidación." (folios 43 y 44 cuaderno principal).

Sobre las consideraciones que anteceden como es fácil observar, la sentencia apelada corrigió la renta exenta concedida por concepto de vacaciones. Es de advertir que esta corrección no influyó en la decisión final del Tribunal *a-quo*. Como sobre el particular no hubo controversia durante este largo proceso, la Sala concluye que la citada Corporación ha debido abstenerse de hacer pronunciamiento sobre el punto debatido y, por consiguiente, debe revocarse la sentencia en tal sentido.

En cuanto a la indemnización por despido, ante todo, se hace indispensable, precisar los conceptos y guarismos que, teniendo que ver con lo reclamado, confrontan la renta bruta y la renta exenta de la liquidación oficial.

Del estudio de los antecedentes administrativos se deduce, en primer lugar, que el tratamiento dado por el funcionario liquidador a la indemnización por despido recibida por el contribuyente fue la siguiente:

Indemnización declarada		$ 418.560
Menos 30% que no constituya renta por considerarse daño emergente		125.568.00
70% gravable de lucro cesante		292.992.00
Por considerar la liquidación que esta cantidad corresponde a lucro cesante de cuatro años se gravó así:		
Cantidad única incluida como renta bruta del ejercicio	73.248.00	
Valor correspondiente a los tres años restantes, que se gravó independiente al sistema de depuración de renta	219.744.00	
SUMAS IGUALES	292.992.00	292.992.00

Con este dato, la renta de goce de que trata el punto primero, y un pequeño error de $ 241.00 al transcribir la cesantía (adicionada) del contribuyente, la Liquidación Oficial determinó la renta bruta así:

Renta de Trabajo:		
Ingreso único por indemnización correspondiente al lucro cesante del ejercicio fiscal ...		73.248.00
Cesantía —adicionada—		43.247.00
Otras rentas declaradas en anexo No. 1		335.183.00
TOTAL RENTAS DE TRABAJO		451.678.00
Menos renta de trabajo cedida a la cónyuge		30.000.00
SALDO RENTA BRUTA DE TRABAJO		421.678.00
Renta de Capital:		
Renta de goce adicionada	47.777.00	
Otras rentas de Capital declaradas	16.521.00	64.298.00
TOTAL RENTA BRUTA OFICIAL		485.976.00

Es indudable que la liquidación Oficial no incluyó en la renta bruta cantidad alguna por concepto de daño emergente, es decir, que los $ 125.568.00 discutidos por el contribuyente ni siquiera fueron considerados como ingreso constitutivo de renta fiscal y por consiguiente mal podía concederse como renta exenta.

Por último, la petición de corrección de la pensión de jubilación hecha en la demanda, no es de recibo porque además de no haberse planteado durante el recurso

administrativo, su aceptación implicaría que por medio de esta providencia se produjera una revisión de impuestos en la que se redujera una renta exenta concedida por la Administración de Impuestos, facultad con la que no cuenta la Rama Jurisdiccional.

De acuerdo a las anteriores consideraciones, habrá de practicarse una nueva liquidación, la cual quedará así:

"RAFAEL GARCIA Y GARCIA"

Año gravable de 1972

	BASE	IMPUESTO
RENTA:		
La gravada en liquidación oficial inicial .... $	176.635.00	
Menos renta de goce adicionada en la misma	47.777.00	
	128.858.00	34.842.00
PATRIMONIO:		
El gravado inicialmente no varía	82.226.00	211.00
Impuesto sobre indemnización correspondiente a tres años de $ 73.248.00 cada uno		59.417.00
Sub-Total		59.470.00
Más impuesto de renta cedida al cónyuge. No varía	19.000.00	1.285.00
TOTAL A CARGO DEL CONTRIBUYENTE		95.755.00

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:

Revócase la sentencia apelada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 7 de julio de 1979 y en su lugar se dispone:

1.— Revísase la operación administrativa de liquidación de impuesto de renta y complementarios a cargo del señor RAFAEL GARCIA Y GARCIA por el año gravable de 1972.

2.— Fíjase en la cantidad de NOVENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS ($ 95.755.00) MONEDA CORRIENTE, total a cargo del contribuyente por los mencionados impuestos.

3.— La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, devolverá al señor RAFAEL GARCIA Y GARCIA la suma que con relación a la liquidación que figura en la parte motiva de esta sentencia, haya pagado en exceso, más los intereses legales que se causen hasta la fecha en que se efectúe la devolución.

Cópiese, notifíquese, devuélvase, el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, ausente, **Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA.— COSTOS PRESUNTOS.— Decreto 2053 de 1974, Artículo 31. Elementos para su aplicación.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre veintitrés (23) de novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 10152.
Actor: **Heriberto Aristizábal Giraldo.**

Apelación de la sentencia del Tribunal de Caldas sobre impuestos de renta por el año de 1977.

El Tribunal Administrativo de Caldas accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el proceso impetrado por el apoderado judicial del contribuyente Heriberto Aristizábal Giraldo por el año gravable de 1977. La sentencia del Tribunal fue apelada por el apoderado judicial del contribuyente.

ANTECEDENTES:

Mediante cruce de información la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales detectó que el contribuyente Aristizábal Giraldo había dejado de denunciar ventas de café a la Cooperativa de Caficultores de Manizales por valor de $ 102.411. Procedió en consecuencia a enviar el requerimiento especial consagrado por el artículo 42 de la Ley 52 de 1977 para que explicara la omisión referida. En su respuesta al requerimiento especial el actor consideró que efectivamente sí recibió dichos ingresos, pero adujo que parte de ellos fueron recibidos a nombre de terceros y el resto estaban afectados por costos. La Administración, por su parte, consideró que esta explicación no era satisfactoria y así practicó la liquidación número 00689 de 1o. de septiembre de 1980, adicionándole la renta y aplicándole sanción por inexactitud.

El contribuyente, oportunamente y con el lleno de los requisitos de la ley, interpuso recurso de reconsideración, el cual le fue decidido, en forma desfavorable, por medio de la Resolución No. 006 de 10 de febrero de 1981, notificada el día 16 del mismo mes y año.

DEMANDA:

Dos son los puntos que solicita el actor en su libelo: a) Fijación de costos: Que se afecten los ingresos adicionados con costos presuntos en aplicación directa del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974 y b) Que se reduzca la sanción por inexactitud en un 50%, en aplicación del artículo 44 de la Ley 52 de 1977.

FALLO DEL TRIBUNAL:

El Tribunal denegó el primer cargo porque consideró que el contribuyente había afectado sus rentas por costos y aceptó el segundo en aplicación del artículo 44 de la Ley 52 de 1977.

Dijo así:

"Pero, si la Administración, basada en la razón que se expone carecía de razón jurídica, como se ha expuesto, para dejar de aplicar el 75%, es decir, no aplicar el porcentaje presuntivo, por no existir fijación previa del prementado funcionario, sí le asistía fundamento legal para no acceder a ello por otra causa o motivo diferente por

cuanto obedece a una realidad documental el hecho de que el contribuyente directa y personalmente había depurado la renta, siendo insusceptible entonces de configurarse la premisa señalada en el inciso 1o. para la fijación de los costos de los activos enajenados, cual es precisamente la falta de certeza sobre la realidad del costo informado por el tributante o la imposibilidad de su determinación. Pues bien, esas hipótesis condicionantes, no se daban antes de la detectación de la venta de café a la Cooperativa de Caficultores, como tampoco después de la confesión del contribuyente, porque el señalamiento de la renta líquida en $ 36.000.00 abarcaba por propia voluntad del cultivador o productor del grano todos los costos necesarios para la producción, tanto de la representada por la fiscalmente denunciada, como de aquella que por investigación tributaria le fuera establecida.

"En su más simple significación lógica el presupuesto de imposibilidad en la determinación de los costos, que habilita o hace viable la aplicación del prementado porcentaje, no puede entonces operar en el caso *sub-lite*, por cuanto, se itera (sic), no sólo habíase depurado la renta por el contribuyente, señalando costos de antemano, como que en la recolección se ocasionaron gastos por valor de $ 400 por arroba; pago de trabajadores a más de $ 300, indicando expresamente otros costos o gastos como 'desyerbas', 'fletes', 'abonos', etc. sino que en esa determinación de presentar 'la renta líquida de $ 36.000.00', ya se había anunciado el contrato de venta a la preanotada cooperativa: 'De un promedio de 17 cargas que vendía a la cooperativa, indudablemente hay que descontar las 65 arrobas que le vendí a mis amigos', dice el contribuyente en su respuesta. Por manera que en ese presupuesto de costos es necesario incluir el grano vendido a la predicha entidad, por lo que el precio pagado, aparece como un ingreso, como una entrada rentística depurada. Por ello la Sala, en este punto ha de compartir lo expresado por la División de Recursos Tributarios en el proveído que se impugna, y, en consecuencia, no acceder a la pretensión solicitada".

Y luego agregó:

"En el caso *sub-examine*, el contribuyente acepta, admito, da por cierto el hecho de las ventas a la cooperativa, como puede advertirse de lo por él expresado en la respuesta al requerimiento (folio 9 actuación administrativa); 'que no haya declarado ventas en la Cooperativa, se desprende (sic), en que en el año de 1977 la Cooperatia se disculpa que los certificados había que solicitarlos a Manizales, con los siguientes retardos..... De un promedio de 17 cargas que vendí a la Cooperativa.....'. La idea así manifiesta es clara en su significación jurídica de aceptación del cargo formulado. El hecho de que se alegue la buena fe, es un compuesto psicológico normal, humano, explicable que, por tal, no le redimía de la sanción que debía imponérsele.

"Para la Sala, por modo, se hallan reunidas las exigencias contempladas por el artículo 44 de la Ley 52 de 1977, para hacer acreedor al tributante actor de la rebaja en la norma señalada en un 50%, tal como se ha de tener en cuenta en la liquidación que ha de efectuarse en este proveído, como lo prescribe la norma invocada y la pide el memoralista".

VISTA FISCAL:

La señora Fiscal Sexto ante esta Corporación tiene opinión opuesta al Tribunal. Para ella debe aceptarse la primera petición: la aplicación de costos presuntos y debe desecharse el segundo cargo, la reducción de la sanción.

He aquí los argumentos de la señora Agente del Ministerio Público:

"El contribuyente en el memorial del recurso de reconsideración formulado contra la liquidación, solicita la fijación de costos respecto a las ventas omitidas, por el sistema presunto del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, o sea en el 75% de la enajenación. La Fiscalía encuentra procedente la pretensión por las siguientes razones:

"El artículo 31 del Decreto 2053 de 1974 establece: 'Cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es el real, o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados, ni sea posible su determinación mediante pruebas directas..... el Director General de Impuestos Nacionales puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente.....'.

" 'Si lo dispuesto en el inciso anterior no resultare posible, se estimará el costo en el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la respectiva enajenación.....'.

"Dos son entonces las condiciones para la aplicación del costo estimado:

"a) Que existan indicios de que el costo informado no es el real, o que no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible establecerlos mediante pruebas directas, y

"b) Que el Director General de Impuestos Nacionales no haya fijado el respectivo costo.

"En la situación fáctica descrita se encuentra el contribuyente de autos, porque está establecido que realizó ventas de un producto (Café) de las cuales derivó obviamente ingresos brutos, pero no se conoce su costo ni existe resolución del Director General de Impuestos Nacionales, que haya fijado al café costos presuntos en la actividad. El contribuyente no determinó costo alguno a las ventas en su declaración, en consecuencia, ante la imposibilidad de determinarlo respecto a las ventas omitidas, se debe estimar en el 75% del valor de la enajenación, como lo establece la norma y en este sentido, en nuestra opinión, debe revisarse la liquidación. En sentir de la Fiscalía debe revocarse en ese aspecto la sentencia.

"Rebaja de la sanción por inexactitud, al 50%.

"Se alega en la demanda que el contribuyente confesó la omisión al contestar el requerimiento y en estas condiciones se hizo acreedor al 50% de rebaja en la sanción por inexactitud.

"La sentencia consideró que se hallaban reunidas las exigencias del artículo 44 de la Ley 52 de 1977 y redujo en un 50% el monto de la sanción impuesta; decisión con la cual no coincide la Fiscalía porque el artículo 44, inciso 2o., de la Ley 52 de 1977, requiere para su aplicación de un supuesto: que de los hechos aceptados por el contribuyente en la respuesta al requerimiento se DERIVE UN MAYOR IMPUESTO.

"Si bien el contribuyunte al contestar el requerimiento, como se desprende del texto que obra al folio 9 rojo de los antecedentes, admite haber omitido ingresos por la venta de café, neutraliza tal afirmación alegando que los recibió en circunstancis de las cuales NO RESULTA UN MAYOR IMPUESTO, de manera que si bien aceptó el hecho, esta aceptación fue calificada en tal forma que de acogerse, el impuesto autotasado no habría sido modificado.

"En esta condiciones es imposible la aplicación de la norma citada.

"Por las razones expuestas la Fiscalía conceptúa que debe revocarse la sentencia apelada".

Decisión:

Acoge la Sala las consideraciones expuestas por la señora Agente del Ministerio Público: 1. En sentir de la Sala se dan todos los elementos que contempla el artículo 31

del Decreto 2053 de 1974 para aplicar los costos presuntos. En efecto, tal como lo señala la señora Fiscal, dos son los elementos que exige el artículo 31 citado para la aplicación de la presunción en él contenida: a) que existan indicios de que el costo informado no es real o que no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible establecer este costo mediante pruebas fehacientes y b) que el Director General de Impuestos Nacionales no haya fijado ese costo. En el caso de autos, tratándose de ventas de café por un monto de $ 102.411 según lo determinó la oficina respectiva, es claro que no se conoce el costo, ni es posible determinarlo con pruebas fehacientes, ni ha sido fijado por el Director de Impuestos, luego procede aplicar la regla del costo presunto del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974.

2. No puede aceptarse la reducción de la sanción pues como bien lo observó la señora Fiscal, el contribuyente no hizo una verdadera confesión sino que calificó su confesión al anotar que la venta la había hecho a nombre de terceros.

Cabe pues practicar una nueva liquidación en los siguientes términos:

HERIBERTO ARISTIZABAL GIRALDO
IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS
Año gravable de 1977
c.c. 1394330

Concepto		Base	Impuesto
RENTA:			
La gravada inicialmente	$	138.411	
Menos: costos que se aceptan (75% de 102.411)		76.808	
NUEVA RENTA GRAVABLE:		61.603	6.881
Descuentos Tributarios:			6.800
IMPUESTO DE RENTA:			81
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD:			33
SANCION POR INEXACTITUD:			162
TOTAL A CARGO DEL CONTRIBUYENTE:			276

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. Revócanse los incisos segundo y tercero y confírmase el inciso primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

2. Fíjase en DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS ($276) el impuesto de renta y complementarios a cargo del contribuyente y sanciones por el año gravable de 1977.

3. El contribuyente pagará al tesoro público la diferencia entre el gravamen que se señale en el anterior numeral y lo que haya cancelado por el mismo período gravable 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, Víctor Corredor Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— DEPOSITOS BANCARIOS, RENTA DEL CONTRIBUYENTE.— No es justo ni jurídico el método de análisis de depósitos bancarios para determinar la renta del contribuyente.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., diciembre doce (12) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 7461.
Actor: **Benjamín Uribe Mantilla.**
NIT. No. 2.088.886.

Apelación sentencia de 11 de septiembre de 1980, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Revisión de Impuestos de renta y complementarios por el año gravable de 1974.

Providencia: FALLO.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la señora Fiscal Mariela Vega de Herrera, oportunamente en la diligencia de notificación personal, contra la sentencia de once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta (1980), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual se decidió revisar la operación administrativa en la que fueron determinados los impuestos de renta y complementarios del contribuyente señor BENJAMIN URIBE MANTILLA C.C. No. 2.088.886, por el año fiscal de 1974.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado judicial legalmente constituido, el señor BENJAMIN URIBE MANTILLA, presentó ante el Tribunal Administrativo de Santander "Demanda de revisión de las operaciones administrativas contenidas en la liquidación de revisión No. 00565 de abril 19 de 1977, en la Resolución número 00324 de septiembre 29 de 1978 dictada por la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga y en la Resolución número 01687-H de junio 7 de 1979, emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales, mediante las cuales se establecieron y confirmaron los impuestos sobre la renta y complementarios y recargos y sanciones por el año gravable de 1974.

Las siguientes son las peticiones del demandante:

"1o.— Que se revisen las actuaciones administrativas contenidas en el acta de inspección contable sobre los libros de contabilidad según diligencia iniciada el 28 de septiembre de 1976 y concluida el 4 de octubre del mismo año; en la liquidación de revisión número 565 de abril 9 de 1977 correspondiente al año de 1974; en la Resolución número 01687 de junio 7 de 1979 emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"2o.— Que el contribuyente afectado, señor Benjamin Uribe Mantilla, tiene derecho a que el Estado no haga efectivas las sumas líquidas de demás a que se refiere tanto la liquidación como la segunda providencia impugnada".

Como hechos de la demanda fueron resumidos así por la Fiscalía ante el Tribunal de primera instancia:

"PRIMERO.— El ciudadano Benjamin Uribe Mantilla presentó su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1974, el 28 de abril de 1975.

"SEGUNDO.— El 4 de octubre de 1976 fue requerido para que explicara las causas de la no presentación de los libros de contabilidad, así como para que presentara facturas de compra, ventas y gastos generales correspondientes al mismo período de 1974; igualmente se le solicitó anexar documentos que respaldaran operaciones bancarias, como préstamos, traspasos de fondos, cheques devueltos, etc. El contribuyente dio respuesta el 19 del mismo mes y año, informando sobre la pérdida de sus libros de contabilidad, hechos cuyo denuncio penal había formulado en el Juzgado 4o. Superior de esta ciudad; por la misma razón, le era imposible suministrar otros informes.

"TERCERO.— Es de advertir que ante la imposibilidad de examen sobre los libros de contabilidad, el funcionario de impuestos, comisionado para adelantar la investigación contable, optó por utilizar el método denominado "Analisis de depósitos bancarios", del cual resultó que el contribuyente había obtenido como renta durante 1974 la suma de $ 2.200.018.59, los que disminuidos en $ 63.799.oo declarados como renta, dejaron un resultado de $ 2.136.219.59, cantidad presuntamente omitida (Presunción de hecho).

"CUARTO.— Al no responder los cargos contenidos en el acta de inspección contable, la Administración practicó al contribuyente la liquidación de revisión No. 565, notificada el 19 de abril de 1977, incrementando la renta en la suma considerada como ingresos omitidos. Los impuestos sumados a la sanción por inexactitud dieron un total a cargo del demandante de $ 2.156.510.

"SEXTO.— Surtida la consulta de dicha providencia fue fallada por Resolución No. 001687-H de 7 de junio de 1979, revocando la decisión del funcionario de primera instancia, y por ende, dejando en firme la liquidación de revisión impugnada.

Como normas violadas, el actor cita las siguientes.

"1o.— Artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, por cuanto el sistema utilizado para determinar la renta liquida gravable se apartó abiertamente de esta norma sustantiva.

"2o.— Artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, por cuanto se violó el concepto de realización de los ingresos.

"3o.— Artículo 17 del Decreto 189 de 1975, por cuanto se pretermitió el concepto de incremento neto del patrimonio.

"4o.— Artículo 34 de la Constitución Nacional, por cuanto que el gravamen y las sanciones impuestas constituyen una clásica confiscación de los bienes de mi poderdante.

"5o.— Incisos b y c del artículo 72 del Decreto 1651 de 1961, por cuanto se violó la presunción de veracidad relativa a los ingresos y costos."

"6o.— Artículo 126 del Decreto 1651 de 1961, por cuanto se aplicó sanción por inexactitud sin haberse configurado ninguna de las causales establecidas en esta disposición.

"7o.— Literal a) del artículo 44 del Decreto 978 de 1971, porque en la determinación de la renta gravable se utilizó un sistema ajeno de los programas elaborados por la División de Auditoría de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"8a.— Literal e) del artículo 44 del Decreto 978 de 1971, porque se reportó a la Sección de Liquidación una omisión o inexactitud que nunca se configuró.

El Tribunal de primera instancia despachó favorables las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

"El contribuyente URIBE MANTILLA presentó su declaración tributaria por el año fiscal de 1974, el 28 de abril de 1975 y allí relacionó una renta líquida gravable de $ 63.799. La Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga dispuso una inspección contable sobre los libros de contabilidad del contribuyente mediante providencia número 067 R.C. de septiembre 28 de 1976 con base en lss facultades conferidas en los artículo 17 y 19 del Decreto 978 de 1971. Ubicado el funcionario comisionado (Investigador Tributario III-19) en las oficinas del contribuyente (Cra. 16 No. 33-23) con el objeto de practicar la inspección ocular general sobre los libros de contabilidad correspondientes al año fiscal de 1974 para darle así cumplimiento a la comisión que le fuera conferida, comprobó que URIBE MANTILLA no tenía esos libros ni otros documentos parecidos porque según éste, ellos habían sido objeto de un delito contra la propiedad, hecho por el cual se había elevado denuncia criminal ante el Juez Cuarto Superior de Bucaramanga, según fotocopia que presentó al investigador. Con Oficio No. 195 de 4 de octubre de ese mismo añó, se requirió al contribuyente para que explicara en forma satisfactoria los motivos por los cuales no fueron presentados al investigador los libros de contabilidad, así como los comprobantes externos e internos pertinentes, manifestando nuevamente en su respuesta, que ellos habían sido sustraídos y que por ese hecho había presentado denuncia ante el Juez Cuarto Superior de la ciudad con fecha 30 de octubre de 1975. En presencia de lo anterior, el investigador optó por efectuar o llevar a cabo la diligencia de inspección mediante el llamado método indirecto de investigación tributaria de "Análisis de depósitos Bancarios". La inspección de marcas se inició el 28 de septiembre de 1976, como ya se ha dicho, y se terminó el 4 de octubre de ese mismo año. Se estableció plenamente que el contribuyente sí tenía libros registrados en la Cámara de Comercio, según certificación leíble a folio 39 del cuaderno de antecedentes.

"Por el método indirecto de investigación tributaria llamado "análisis de depósitos bancarios", concluyó el funcionario investigador de la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos de Bucaramanga, que el contribuyente inspeccionado, había presuntamente omitido ingresos netos por valor de $ 2.136.220, esto es que la base de renta gravable se determinó, adicionándole a los ingresos declarados por el contribuyente, la partida que se obtuvo como resultado de aplicar al llamado "método indirecto de análisis de depósitos bancarios, resultando una suma de $ 2.200.019, con un impuesto de renta de $ 1.142.751, y como sanción por inexactitud, la cantidad de $ 1.156.510.

"El punto central a dilucidar lo constituye el mérito probatorio que pueda tener el controvertido sistema o método de "análisis de depósitos bancarios". Consiste este método en tomar la diferencia entre las consignaciones bancarias y los cheques girados como renta y que por no ser declarada, debe ser adicionada y además penada la omisión. En otras palabras, su fundamento está en tomar todas las consignaciones si fueran ingresos, después de deducir los saldos a diciembre 31 del año inmediatamente anterior, los préstamos bancarios, traslados de fondos, instrumentos negociables devueltos y reconsignados y los títulos girados por expensas y costos del negocio, todo de acuerdo al movimiento de las cuentas corrientes bancarias. Ese saldo resultante de tales operaciones se reputa, entonces, como renta líquida.

"El anterior supuesto, porque no puede llamarse de otra manera, carece de asidero jurídico y es por lo tanto violatorio de normas tributarias que enseñan con toda claridad

cómo se obtiene la renta líquida gravable. Este procedimiento no se ajusta, desde el punto de vista del régimen legal tributario aplicable para casos como el presente, a la realidad contable.

Luego de transcribir una jurisprudencia de esta Corporación, sobre la materia el fallador de primera instancia concluye:

"En estas condiciones debe concluirse que, si los saldos de cuentas corrientes no son renta, y mucho menos renta omitida, toma firmeza lo enseñado por el artículo 72 del Decreto 1651 de 1961 que indica que "Se consideran ciertos los siguientes hechos cuando está consignados en la declaración y patrimonio, en las adiciones a las mismas, o en respuesta a requerimientos hechos por las oficinas liquidadoras cuando no se haya solicitado comprobación especial, ni la ley la exija: 'a)..... b) La cuantía, clase, naturaleza y procedencia de los ingresos...' Y se dan por ciertos los datos consignados en la declaración de renta presentada por el contribuyente por el año gravable de 1974, porque el procedimiento de 'análisis de depósitos bancarios', aplicado en este caso, no constituye un indicio necesario que desvirtúe la presunción de verdad del denuncio rentístico de URIBE MANTILLA.

"Todo lo anterior indica que razón alguna le asistió a la Dirección General de Impuestos Nacionales para decidir improbar la Resolución No. 00324 de 29 de septiembre de 1978 originada en la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, y confirmar en un todo la liquidación de revisión No. 0039 del 19 de abril de 1977, por medio de la cual se fijó el valor de los impuestos sobre la renta, patrimonio y complementarios al contribuyente BENJAMIN URIBE MANTILLA por el año gravable de 1974, por los motivos de orden jurídico dejados expuestos, imponiéndole así la necesidad de realizar una nueva regulación de los impuestos a cargo del actor, tomando como base la llevada a término por la división de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales, por estar ajustada a derecho".

Cumplido el trámite de rigor en la segunda instancia, al surtirse al traslado al Ministerio Público, la Fiscalía Sexta de la Corporación conceptuó:

"... En forma breve y sintética, el problema debatido se reduce a establecer si:

"A.— La falta de exhibición de los libros de contabilidad del contribuyente se justifica o no y si, de otra parte, ella produce o no consecuencia; y

"B.— Si el sistema denominado de análisis de los depósitos bancarios como método indirecto para la determinación de la renta podía ser aplicado al caso del demandante.

"A folio 105 (Escrito a mano) del expediente administrativo, corre original de la constancia expedida por el Juez Cuarto Superior de Bucaramanga, según la cual se establece que en ese Despacho cursa un sumario contra Marina Luna Otero por los delitos de falsedad y estafa en perjuicio del señor Benjamin Uribe Mantilla. Sin embargo, de tal certificación no puede deducirse que exista un proceso por robo de los libros de contabilidad y sus documentos o comprobantes como lo afirma el demandante. Es decir, en sentir de esta Fiscalía carece de prueba procesal la afirmación del demandante sobre la existencia del denuncio penal por robo de los libros de contabilidad.

"Era obligación del contribuyente, al tenor del artículo 38 de la Constitución, cuyo desarrollo está contenido en la Ley 81 de 1960, Decreto 1651 de 1961 y demás disposiciones sobre la materia Tributaria, la de exhibir sus libros de contabilidad por exigen-

cia de las oficinas competentes para la tasación de los impuestos, obligación a la cual se podía sustraer sólo en el evento de demostrar y justificar la pérdida o destrucción de los mismos, tal como lo prevé el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil.

"Es, pues, claro para la Fiscalía que el contribuyente no cumplió con su deber legal y que, por consiguiente, permitió con su conducta omisiva que procediera la Administración de Impuestos a efectuar una investigación tributaria por métodos indirectos para determinar la renta por el año gravable de 1974.

"De otra forma, la conducta irregular o, por lo menos, no justificada del contribuyente al no exhibir los libros de contabilidad, solamente producía beneficio para él, pues sus manifestaciones en la declaración de renta y patrimonio se tendrían como veraces, con lo cual, exaltando un poco las consecuencias, sería más conveniente NO MOSTRAR LOS LIBROS DE CONTABILIDAD, para tener la oportunidad de declarar lo que a bien tenga.

"Evidentemente, ese no fue el pensamiento del legislador cuando consagró la norma del artículo 72, literal b) del Decreto 1651 de 1961, pues parece claro que su espíritu no fue otro que el de darle plena credibilidad a lo en ella consignado mientras no se demuestre lo contrario.

"Por ello, era normal y estaba dentro de sus facultades, que la Administración tratara de indagar sobre la realidad económica del contribuyente, razón por la cual respondió sin prueba de ello, que no los tenía pues habían sido sustraídos, manifestación ante la cual optó por una visita o inspección, la cual obtuvo idéntico resultado.

"No le quedaba más alternativa a la Administración que recurrir a métodos indirectos para obtener la información que requería para lo cual resultaba pertinente el 'análisis de los depósitos bancarios', que si bien no es aceptable como único intento de la Administración para verificar la situación del contribuyente, en el caso de autos era la única posible, con lo cual se trasladaba la carga de la prueba de la Administración hacia el interesado, pues si bien no todos los depósitos consignados en las cuentas corrientes bancarias o de ahorro constituyen renta gravable para el titular o cuenta correntista, es lo cierto que a él corresponde demostrar cuáles sí le pertenecían y cuáles no, y cuáles constituían renta y cuáles no, y cuáles depósitos debían ser exentos, así como la demostración de los gastos y costos en que había incurrido en el ejercicio. La Administración le demostró cuanto tuvo en su haber, a él le correspondía demostrar cuánto gastó en producir la renta declarada.

"Sin embargo, tanto en la etapa gubernativa como en la judicial, el contribuyente solamente ha tratado de obtener en su favor la aplicación de normas aisladas del ordenamiento tributario y a criticar el método de investigación adoptado por la Administración, pero no ha demostrado ni la realidad de sus ingresos en el año fiscal de 1974, ni la pérdida de los libros de contabilidad.

"Finalmente, y en ello también de acuerdo con el salvamento de voto de la providencia recurrida, que era pertinente la aplicación de sanción por inexactitud, pues de la investigación adelantada se dedujeron ventas gravables en cuantía muy superior a las denunciadas por el contribuyente".

Para resolver se considera:

En repetidas oportunidades, esta Corporación al tratar el tema sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del método o sistema indirecto denominado de análisis de depósitos bancarios, ha manifestado que no es justo ni jurídico tal método para determinar la

renta del contribuyente, ya que no pueden presumirse como ingresos constitutivos de renta para el titular de determinada cuenta, todos los dineros que aparezcan en ella consignados, ya que puede ocurrir que tales dineros pertenezcan a otras personas, o que obedezcan a préstamos adquiridos, o en fin que esos dineros no pertenezcan al giro natural de sus negocios.

En el caso que nos ocupa, como bien lo anotara en su salvamento de voto el Magistrado disidente, en la sentencia recurrida, ante la afirmación del contribuyente sobre la pérdida de los documentos que servían de base para la verificación de la exactitud o inexactitud de la declaración de renta y patrimonio, la Administración procedió a adelantar la investigación aplicando el método indirecto tantas veces mencionado en este proceso, de análisis de depósitos bancarios, pues dicho método era el único utilizable para el caso. Una vez la Administración demostró a través del análisis de depósitos bancarios la existencia de dineros en las cuentas bancarias del contribuyente, éste ha debido demostrar que dicho dineros no pertenecían al giro natural de sus negocios; en otras palabras, correspondía en ese caso la carga de la prueba del actor, cosa que no hizo, sino que orientó sus alegaciones fue a desvirtuar el método utilizado por la Administración.

Además la investigación sobre los libros de Uribe Mantilla se practicó por solicitud de la Juez 20 de Instrucción Criminal, doctora Olga Tarazona de Guarín (folios 23, 24 y 25 del cuaderno de antecedentes administrativos) por oficio No. 172 de enero 29 de 1978, en sumario por delito contra la fe pública que seguía contra Marina Luna Otero; por otra parte el Contador del contribuyente manifestó al investigador comisionado para la inspección, según su atestación (folios 26 y 27 del cuaderno de antecedentes administrativos) que la contabilidad del contribuyente no fue destruida, sino que se le perdió.

Solo resta agregar que para el caso *sub-júdice*, es aplicable lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, reconociendo como costo el 75% del valor adicionado como renta $ 2.136.219.59, o sea, la suma de $ 1.602.165.00, por la imposibilidad para la determinación.

La sanción por inexactitud:

La sanción por inexactitud se mantiene por cuanto hubo omisión de ingresos fiscales en el año, hecho no desvirtuado por el actor, además, se aplicó dentro de la oportunidad legal, luego no está prescrita.

La nueva liquidación queda así:

BENJAMIN URIBE MANTILLA, C.C. No. 2.088.886

Año Fiscal de 1974

RENTA		
La inicialmente gravada	$ 2.200.019	
Menos:		
Costos presuntos	1.602.165	
Gravable definitiva	597.855	$ 253.225
Descuentos tributarios		4.000
TOTAL		249.225
Patrimonio:		
El gravado inicialmente, no varía	1.203.479	13.759
Subtotal		262.984

Sanción por inexactitud			
Impuestos de renta con omisión	$	253.225	
Impuestos de renta sin omisión		9.524	
Diferencia al 500%		243.701	262.984
TOTAL A CARGO DEL CONTRIBUYENTE	$	262.984	

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:

PRIMERO: Confírmase el numeral 1o. de la sentencia apelada.

SEGUNDO: Revócanse los numerales 2o. y 3o. de la sentencia apelada.

TERCERO: Fíjase en la suma de QUINIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($ 525.968.00), el impuesto sobre la renta, complementarios y sanción por inexactitud a cargo del contribuyente BENJAMIN URIBE MANTILLA, identificado con la cédula de ciudadanía número 2.088.886, por el año fiscal de 1974.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue consignada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Víctor Corredor Rodríguez, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA.— COMPAÑIAS DE SEGUROS. AJUSTE EN LA RESERVA PARA SINIESTROS. SON DEDUCIBLES.— No sólo los pagos efectivos de siniestros sino también las causadas y no pagadas.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 7838.
Actor: **Sociedad Cía. de Seguros La Fénix de Colombia S.A.**

Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1972.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el juicio impetrado por el apoderado judicial de la sociedad

Cía. de Seguros La Fénix de Colombia S.A. para obtener la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a su cargo por el año gravable de 1972. La sentencia del Tribunal fue apelada por el apoderado judicial de la sociedad actora.

ANTECEDENTES:

La sociedad discute el rechazo de las siguientes deducciones a) comisiones pagadas por $ 173.995; b) sueldos primas y bonificaciones por $ 87.678; c) arrendamientos pagados por $ 23.375 y d) el ajuste de la reserva para siniestros pendientes de pago en diciembre 31 de 1972 por $ 505.172.

En relación con las tres primeras deducciones el Tribunal decidió mantener su rechazo porque se trata de pagos a terceros y no se dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 15 del Decreto-Ley 1366 de 1967. Para el Tribunal, la falta de estos requisitos no puede suplirse sino con el cumplimiento de la prueba específica que consagra el mismo artículo 15 del Decreto 1366 de 1967.

En relación con el último punto el Tribunal procedió a aceptarlo pues consideró que la empresa actora había acreditado en debida forma la causación y la contabilización de la partida referida.

El apoderado judicial de la sociedad contribuyente apeló de la decisión del Tribunal porque consideró que la prueba contable aportada al proceso era suficiente para aceptar las tres primeras deducciones. Por su parte, la Dirección de Impuestos Nacionales obtuvo personería para actuar en este proceso y, por medio de apoderado, sostuvo que debían desecharse todas las peticiones de la demanda; en su sentir la detracción de la suma de $ 505.172 de la renta bruta, hecha por el *a-quo* era improcedente pues, en su sentir el ajuste sobre esa reserva no es deducible. Lo deducible son los ajustes por reservas sobre siniestros efectivamente cancelados no los que corresponden a siniestros no pagados. Agrega el impugnador:

"Hecha la distinción entre ajustar reserva para pago de siniestros (no deducible por no encajar en el No. 3o. del artículo 71 del Decreto 437 de 1961) y ajustar siniestros que efectivamente fueron pagados, este último ajuste sí es deducible cuando esté referido a los siniestros que en particular hubieren sido incrementados y que vienen a la postre a reflejarse en la misma medida, en el total pagado en el año por siniestros ($ 12.498.520.89) ya reconocidos en la vía gubernativa).

"En síntesis, no es lo mismo incrementar el pago de siniestros (No. 3 del artículo 71 del Decreto 437 de 1961) que ajustar reserva para pago de siniestros, reserva que si bien es cierto responde a una forma de FINANCIAR los acaeceres fortuitos que destruyan o imperfeccionen el bien asegurado, no son por ley deducibles".

Vista fiscal

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación considera que debe revocarse la sentencia apelada y acceder a todas las peticiones del actor. Dijo así el señor Agente del Ministerio Público:

"Como de acuerdo con la actual jurisprudencia del Consejo de Estado, que la Fiscalía comparte, las deducciones por concepto de pagos a terceros deben aceptarse, aunque el contribuyente haya omitido los requisitos que establece el artículo 15 del Decreto 1366 de 1967, si el contribuyente demuestra, con los libros de contabilidad,

siempre que estén respaldados por comprobantes internos y externos, la realización de los pagos, el Ministerio Público considera que deben admitirse las pretensiones de la demanda, en cuanto a los pagos que se encuentran dentro de las condiciones anotadas.

"2.— Acerca del otro motivo de inconformidad, la Fiscalía comparte plenamente las argumentaciones del *a-quo* y, por lo mismo, se limita a transcribirlas:

" '2. Ajuste de la reserva para siniestros pendientes de pago en 31 de diciembre de 1972.

" 'Estima la sociedad demandante que con este rechazo se violó el numeral 1o. del artículo 71 del Decreto 437 de 1961, el cual establece que 'el importe de los siniestros pagados o abonados en cuenta' se resta de la renta bruta, y el inciso 2o. del artículo 14 del Decreto 1366 de 1967, porque 'llevo libro de contabilidad en legal forma y debidamente registrados por el sistema de ingresos y egresos causados', todo lo cual comprobó plenamente en la etapa de los recursos administrativos, razón por la cual el importe de los siniestros abonados en cuenta, mediante el ajuste de la reserva que al respecto tiene ordenada la Superintendencia Bancaria a las compañías de seguros, era y es deducible en el año gravable de 1972 y sólo en 'éste' (folio 65 cuaderno principal).

" 'A su turno, en el memorando explicativo de la liquidación oficial se manifestó que las 'reservas para ajuste de siniestros no es deducible $ 505.172.00'.

" 'La Sala observa:

" 'En el anexo número 2 de la declaración de renta la actora visible al folio 208 rojo, del cuaderno de antecedentes administrativos, correspondiente a 'gastos imputables a los ingresos' figura la partida de $ 505.172.00 por concepto de 'ajuste de la reserva para siniestros pendientes de pago en diciembre 31 de 1972'.

" 'Igualmente, la Superintendencia Bancaria certificó que los siniestros pendientes de pago en 31 de diciembre de 1972 ascendían a $ 8.225.797.00 de los cuales la cuota parte de la Compañía era de $ 3.696.045.00, (folio 204, rojo, del cuaderno de antecedentes administrativos y página 2a. del formulario de la declaración de renta).

" 'Ahora bien, los anteriores elementos de juicio necesariamente debían ser complementarios con la relación de los siniestros avisados pendientes de pago en 31 de diciembre de 1972, los cuales, restados de los avisados pendientes de pago en diciembre 31 de 1971, debían corresponder al valor de los siniestros causados o abonados en cuenta durante el ejercicio de 1972.

" 'Y tal relación fue suministrada como prueba en el recurso de reposición, según puede verse a folios 78 a 90, rojo, del cuaderno de antecedentes administrativos.

" 'En ella se da cuenta de los siniestros avisados pendientes de pago en 31 de diciembre de 1972 en los ramos de incendio, transporte, automóviles, sustracción, accidentes personales, lucro cesante, manejo, cumplimiento, todo riesgo, responsabilidad civil y créditos, con indicación del beneficiario, su Nit y los valores correspondientes a la parte de la reaseguradora y del neto a cargo de la Compañía. Este último llega a $ 3.696.046 equivalente al pasivo fiscal a cargo de la actora por siniestros pendientes de pago. Y como el valor por igual concepto en 31 de diciembre de 1971 es de $ 3.190.874, (véanse folios 90 y 109, rojo, del cuaderno de antecedentes administrativos) la diferencia corresponde al valor de lo causado en 1972 y obviamente abonado en cuenta.

" 'Para el Tribunal, las pruebas aducidas durante la etapa administrativa de discusión del gravamen vinieron a completar la información necesaria para dar aplicación al numeral 1o. del artículo 71 del Decreto 437 de 1961 respecto de los $ 505.172.00, disposición pertinente a la materia que se discute.

" 'Prospera el cargo'.

"Por lo expuesto, la Fiscalía conceptúa que la sentencia recurrida debe ser modificada en el punto relacionado con los pagos a terceros".

Decisión:

Acoge la Sala el punto de vista del señor Agente del Ministerio Público.

1. Ha dicho esta Corporación que la prueba contable, siempre y cuando se ajuste en un todo a derecho, puede servir como elemento probatorio pleno y suficiente y puede también reemplazarla la falta de identificación de los beneficiarios de expensas necesarias (costos o deducciones) en el denuncio rentístico. Como en el asunto de autos se presenta la prueba contable y como ésta es plena el gasto deberá aceptarse. En efecto, el contador Hernán Vargas H. con matrícula 127-A de la Junta Central de Contadores e inscrito en el Ministerio de Hacienda bajo el número 2299 certifica detalladamente que las comisiones pagadas en 1972 ascendieron a $ 173.995, que están registradas en los libros de contabilidad principales y auxiliares de la mencionada sociedad y que tales pagos están debidamente respaldados por comprobantes internos y externos. También certifica en la misma forma pagos de sueldos por $ 87.676 y pago de arrendamientos por $ 23.375. El contador Vargas H. es el Revisor Fiscal de la Empresa actora.

2. Cabe igualmente confirmar la actuación del *a-quo* en relación con el ajuste en la reserva para siniestros. Las normas tributarias en materia de seguros tienen ciertas características que le son propias: Dentro de los costos que acepta la ley para efectos fiscales se incorpora uno que tiene que ver con reservas para pago de siniestros.

Existe el texto del artículo 71 del Decreto 437 de 1961 el cual consagra las siguientes reglas para la determinación de la renta bruta de las compañías aseguradoras.

"ARTICULO 71. La renta bruta de las compañías de seguros que no sean de vida, se determinará de la manera siguiente: al total de los ingresos de toda procedencia obtenidos durante el año gravable, se sumará el importe de la reserva técnica aceptada por las oficinas liquidadoras el año anterior al gravable y al resultado de esa suma se restarán las partidas correspondientes a los siguientes conceptos:

"1o. El importe de los siniestros pagados o abonados en cuenta.

"2o. El importe de las primas de reaseguros cedidas en Colombia o en el exterior.

"3o. El importe de los gastos por salvamento y ajustes de siniestros.

"4o. El importe de las primas devueltas de acuerdo con los respectivos contratos.

"5o. El importe que al final del año gravable tenga la reserva técnica exigida por la ley, determinado de acuerdo con los límites fijados por el artículo siguiente.

"ARTICULO 72. En las compañías de seguros generales, las cantidades que se computen por concepto de reserva técnica, no podrán exceder del 40% de las primas netas recibidas en el año, menos el valor de los reaseguros cedidos, ni de los límites fijados por la Superintendencia Bancaria, cuando tales límites sean inferiores al cuarenta por ciento (40%) de que se trata.

"Respecto de las compañías de seguros de vida y de capitalización, la reserva matemática no podrá exceder los límites establecidos en cada caso por la Superintendencia Bancaria.

"Toda compañía aseguradora o de capitalización, deberá acompañar a su informe anual de renta, copia auténtica de la table numérica prescrita por la Superintendencia Bancaria, y la explicación concreta de la forma como se aplicó para computar la reserva matemática o técnica del respectivo año gravable.

"Por primas netas se entiende, para efectos fiscales, el valor de las primas brutas menos sus correspondientes devoluciones y cancelaciones".

Así las cosas, tal como se observa en el texto transcrito, la norma autoriza no sólo deducir los pagos efectivos de siniestros sino también los causados y no pagados. El ajuste de la llamada reserva para siniestros es la contabilización, con abono en cuenta, que tiene por objeto los siniestros ocurridos dentro del año gravable y que al final del ejercicio gravable vuelven a quedar pendientes de pago. Del tenor expreso de la norma transcrita y contra la apreciación de la parte opositora, tales ajustes son deducibles. Además, como lo anotan el Tribunal y el señor Fiscal esta contabilización aparece debidamente acreditada en el expediente.

Cabe pues practicar una nueva liquidación:

COMPAÑIA DE SEGUROS LA FENIX S.A.
N.I.T. 60.002.505
IMPUESTOS DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS
AÑO GRAVABLE 1972

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Renta		
La gravada según el Tribunal ..... $	649.942	
Menos: deducciones que se aceptan:		
a) Comisiones	173.995	
b) Sueldos	87.678	
c) Arrendamientos	23.375	
NUEVA RENTA GRAVABLE:	364.894	75.575
6% Providencia	269.319	16.159
3% Fomento Eléctrico	284.319	8.530
TOTAL A CARGO:		100.264
Pagos hechos por la actora	405.031	
Lo que aquí se fija	100.264	
SALDO A FAVOR DEL CONTRIBUYENTE	304.767	

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. Confírmase el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada. Revócanse los numerales 2 y 3 de esta parte resolutiva. Ellos rezarán así:

2. Fíjase en CIEN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS ($ 100.264) el valor del impuesto de renta, complementaros y especiales a cargo de la sociedad "COMPAÑIA DE SEGUROS LA FENIX DE COLOMBIA S.A." con NIT 60.002.505 por la vigencia fiscal de 1972, según la liquidación inserta en la parte motiva de este proveído.

3. El tesoro público devolverá a la actora el saldo que resulta a su favor teniendo en cuenta lo pagado por impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1972 y lo que por idéntico concepto se fija en esta providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Consejeros:

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO II

CONSULTAS

IMPUESTOS.— PATRIMONIO BRUTO.— (Artículo 108 del Decreto 2058 de 1974). ¿Por qué está constituido?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., octubre veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carmelo Martínez Conn.**
Referencia: Expediente No. 8981.
Actor: **Justino Antonio Saldaña.**
NIT. 5.197.976.

Consulta, sentencia de 28 de noviembre de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en juicio de revisión de impuestos por el año fiscal de 1977. Providencia: FALLO.

Se resuelve el grado de consulta de la sentencia de 28 de noviembre de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año fiscal de 1977.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado judicial legalmente constituido, el señor Justiniano Antonio Saldaña, presentó demanda de revisión de impuestos en los siguientes términos:

"Respetuosamente propongo administrativa de revisión de impuestos contra la liquidación No. 000130 del 7 de julio de 1980, por la cual la Administración de Impuestos Nacionales de Pasto fijó a cargo de mi poderdante la suma de $ 642.716 por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios relativos al año gravable de 1977; la Resolución No. 0142 del 27 de octubre de 1980 emanada de la Sección de Recursos Tributarios de la misma Administración y la Resolución No. R-00943-H del 15 de mayo de 1981 que revocó la anterior y confirmó la liquidación, emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales de Bogotá, con base en los siguientes:

HECHOS:

"1o.— Mediante requerimiento especial No. 262 del 18 de marzo de 1980, la Administración de Impuestos Nacionales de Pasto anunció al contribuyente que se proponía modificar su declaración de renta por el año gravable de 1977, entre otros aspectos, para adicionar al patrimonio declarado, la suma de $ 1.197.585 que suponía debía tener en su propiedad a 31 de diciembre de 1977 representados en harina comprada a Molinos Trigalia y, en consecuencia liquidar el impuesto sobre la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios.

"2o.— En su respuesta al requerimiento, el contribuyente aceptó unas modificaciones, pero en lo relativo a la harina, manifestó que si bien era cierto el valor de las compras, también lo era que dentro del mismo año vendió la harina por valor de $ 1.245.585, y también indicó el valor de las deducciones a que tenía derecho por valor de $ 38.000.

"3o.— Hecho el balance entre el valor de las ventas y el valor de los costos y deducciones, reconoció haber obtenido una utilidad de $ 10.000, no declarada.

"4o.— La Administración no le creyó y en consecuencia, adicionó el valor de la harina al patrimonio declarado para obtener así una diferencia considerable con respecto al año anterior, sobre la cual liquidó el impuesto sobre la renta.

"5o.— Sobre estas bases supuestas la Administración produjo la liquidación No. 000130 del 7 de julio de 1980 que fue objeto del recurso de reconsideración, fallada parcialmente favorable mediante Resolución No. 0142 de 27 de octubre de 1980.

"6o.— Enviada en consulta, esta resolución fue revocada por la Dirección General de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante Resolución No. 00943 del 15 de mayo de 1981, notificada personalmente el 8 de junio del mismo año, quedando así agotada la vía gubernativa.

"PETICIONES:

"Con base en los anteriores hechos, respetuosamente pido:

"1o.) Declarar sin efecto los siguientes actos administrativos: Liquidación de revisión No. 00130 de 7 de julio de 1980, que fijó los impuestos a cargo de JUSTINO ANTONIO SALDAÑA, por el año gravable de 1977; Resolución No. 0142 de 27 de octubre de 1980 emanada de la oficina de Recursos Tributarios, y Resolución No. R-00943-H del 15 de mayo de 1981, por la cual la Dirección General de Impuestos Nacionales, revocó la anterior y confirmó la liquidación de revisión.

"2o.) En consecuencia, declarar en firme la declaración privada presentada por el contribuyente por el año gravable de 1977 o, en subsidio, practicar una nueva liquidación con prescindencia del sistema especial de comparación patrimonial y de la aplicación de los costos presuntivos.

"DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

"Artículo 74 del Decreto 2053 de 1974

"La Administración aplicó indebidamente esta disposición, tanto al practicar la liquidación de revisión como al fallar la consulta. En efecto, el requerimiento No. 262 del 18 de marzo de 1980 anuncia claramente que la harina comprada a molinos "Trigalia" por mi poderdante, constituye mercancía disponible para la venta, a 31 de diciembre de 1977, según el artículo 108 del Decreto 2053 de 1974, disposición que también fue violada por errónea interpretación.

"El artículo 108 se limita a dar una definición de patrimonio bruto que se descompone en los siguientes términos: a) Conjunto de derechos apreciables en dinero. b) Poseído por el contribuyente dentro del país, y c) En el último día del año o período gravable.

"Como se ve, el artículo citado encuadra una realidad tangible que puede mostrar la situación económica de un contribuyente mediante la presencia real de los hechos requeridos por la disposición. Y sólo en presencia de esa realidad puede producir sus efectos jurídicos.

Sin embargo la Administración procedió a inventarse los elementos de la disposición, partiendo de un hecho que aunque cierto, no tiene consecuencia necesaria como la que le atribuye. Es cierto que el contribuyente compró harina pero es falso que además la tuviera en su propiedad, dentro del país a 31 de diciembre de 1977. Se halla probado en el expediente que el producto fue vendido inmediatamente.

"No existiendo estos presupuestos de hecho, mal podría el funcionario suponerlos para, invocando el artículo 108, decir que existía a 31 de diciembre de 1977 un patrimonio bruto. Pero lo hizo. Y una vez supuesto le fue fácil adicionarlo al patrimonio real declarado, establecer una supuesta diferencia con el patrimonio del año anterior y aplicar el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, liquidando el impuesto sobre la renta por el sistema especial contemplado allí, disposición legal que por lo mismo no era aplicable a este caso.

"ARTICULO 10 DEL CODIGO DE COMERCIO:

"Tanto la liquidación de Revisión como la resolución confirmatoria confirman al contribuyente como comerciante, calidad atribuida por el artículo 10 a las 'Personas que *profesionalmente* (subrayo) se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles'.

"Pero Justino Antonio Saldaña es chofer de profesión y como tal devengaba sus sueldos de la Compañía Colombiana de Tabaco, fuente permanente de sus ingresos. Y si profesionalmente no era un comerciante tampoco lo era por vía de presunción pues no cumple con ninguno de los supuestos del artículo 13 del mismo código. Los esporádicos actos mercantiles ejecutados por él no lo convierten en comerciante, tanto más cuando que el artículo 24 advierte que la enumeración del artículo 23 no es taxativa.

"No siendo comerciante no estaba obligado a llevar libros de contabilidad y en consecuencia, resultan violados también los artículos 4o. y 11 del Decreto 1495 de 1978, tanto más cuanto que sólo son aplicables a partir del año gravable de 1978 por expresa disposición del mismo decreto.

"ARTICULO 31 DEL DECRETO 2053 DE 1974:

"Para practicar la liquidación de revisión, la Administración tomó como base un hecho cierto, reconocido por el contribuyente: La compra de harina por valor de $ 1.197.585 a la sociedad Harinera del Sur. Una realiad incuestionable hasta ese momento.

"Sin embargo ese mismo hecho fue desconocido inexplicablemente al fallar el recurso de reconsideración, pues la Resolución No. 0142 del 27 de octubre de 1980 decidió aplicar un costo presuntivo en vez del real, pues nadie podía ignorar que el valor de compra de la harina es un costo que debe descontarse el valor de la venta a fin de obtener la utilidad líquida.

"En presencia de un costo comprobado tanto por la Administración como por el contribuyente, el artículo 31 que supone lo contrario, no era aplicable.

"ARTICULO 31 DE LA LEY 52 DE 1977

"Existe en este caso violación directa de esta disposición, desconocida en absoluto por la Administración pues en vez de 'la aplicación recta de las leyes presidida por un relevante espíritu de justicia' se nota un afán marcado de perjudicar al contribuyente.

"En efecto, para practicarle liquidación del impuesto a la renta por comparación patrimonial el fundamento inconmovible fue la compra de harina. En presencia de la prueba que demuestra la venta del producto y que por lo mismo, el contribuyente no la poseía a 31 de diciembre de 1977, en ningún lugar del país, la misma Administración resolvió desconocer la compra, que es un costo real, reconocer la realidad de las ventas para aplicar un costo presuntivo en perjuicio del contribuyente. Lo correcto era, al valor de las ventas, restar el de las compras y liquidar el impuesto sobre la utilidad líquida.

"Pero como la injusticia no podía parar allí, la Dirección General de Impuestos Nacionales, reconociendo su incapacidad para descifrar la maraña tejida por sus subalternos o para distinguir las diferencias de valor probatorio que existe entre una simple información dada por el contribuyente al contestar los requerimientos y los documentos auténticos allegados al recurso, resolvió revocar la Resolución de Recursos Tributarios y confirmar la liquidación de revisión".

El Tribunal de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

"Establecida en legal forma la relación jurídico-procesal, es del caso proveer sobre el mérito de la acción, previas las siguientes consideraciones:

"Estudiado cuidadosamente el informativo, a juicio de la Sala, el problema se reduce a establecer si resulta legalmente fundada la razón expuesta por la Administración para el efecto de determinar la renta del contribuyente por el sistema de comparación de patrimonios".

El artículo 108 del Decreto 2053 de 1974 estatuye:

"El patrimonio bruto está constituido por el total de los derechos apreciables en dinero, poseídos por el contribuyente dentro del país, en el último día del año o período gravable.

"Se desprende de la norma transcrita que el concepto de patrimonio tiene relación con tres aspectos fundamentales: el de posesión fiscal, el de lugar de ubicación de los derechos reales y personales y *el que el derecho se posea en el último día del año o período gravable* (subraya la Sala). Se refiere al patrimonio existente en 31 de diciembre o en el último día de períodos inferiores cuando se presentan declaraciones por fracción del año.

"Es evidente que la Administración Tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales (artículo 30 Ley 52 de 1977), pero la determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan plenamente demostrados en el respectivo expediente, la ley persigue que no se efectúen rechazos o desconocimientos sino únicamente cuando no haya duda alguna al respecto. Lo contrario sería atentar contra el principio de 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.

"La situación en el caso de estudio es la siguiente: No se discute que durante el año de 1977 el demandante compró harina a la empresa 'Molinos Trigalia' en cuantía de $ 1.197.585, pero, la certificación de la mencionada firma que corre a folio 37 del informativo hace hincapié sobre el sistema de ventas que 'en entregar a crédito el producto mientras el comprador lo vende y con el producto de la venta hace la respectiva cancelación'. Este sistema se repite en todo el año, de suerte que el comprador prácticamente viene a ser un simple intermediario que trabaja sin dinero propio; este sistema es muy usual en el Departamento. Además, de las declaraciones de renta presentadas por el actor se deduce que no mueve grandes capitales y no fue la compraventa de harina la única ni su principal actividad económica, lo cual constituye un claro indicio de que no hubo ocultamiento de rentas ni de patrimonio. Por otra parte la certificación de los Almacenes 'AMOREL', que es una empresa seria, y las diversas declaraciones extrajudiciales que cursan en el expediente permiten concluir que efectivamente el actor vendió harina en el año de 1977, hecho que la oficina liquidadora no quiso admitir para el efecto de mantener el sistema de comparación de patrimonios. Sin fundamento lógico ni jurídico la Administración se empecinó en sostener con base en el informe de Molinos 'Trigalia' que la harina comprada necesariamente la tuvo el actor en su patrimonio en 31 de diciembre de 1977. Al menos así como la Administración creyó en el informe de la empresa para constreñir al contribuyente debió tener en cuenta lo que la misma empresa pregona en su favor para mediante un análisis más equitativo adoptar la decisión final.

"En resumen, a juicio de la Sala, no se encuentra debidamente establecido que el señor Justino Antonio Saldaña hubiese poseído en el 31 de diciembre de 1977 existencias de harina comprada a 'Molinos Trigalia' para que se justifique la adición patrimonial con el precio de compra y la consiguiente determinación de renta capitalizada. Como se dijo al principio la Administración Tributaria tiene facultades de investigación pero no puede hacer más gravosa la situación del contribuyente sino cuando exista el pleno convencimiento de la omisión en que incurrió al cual se llega mediante los elementos de prueba idóneos y en ningún caso con base en simples suposiciones".

"Riñe con la legalidad, la equidad y no guarda coherencia la actitud de la Administración cuando afirma que si las compras se refieren a una mercancía que se vendió durante el año y el monto de las ventas se desconoce, no se puede modificar la actuación de la oficina liquidadora (folio 21), que anota la Sala, adicionó el patrimonio declarado por el contribuyente con base en la presunción de que la harina no se vendió y por lo tanto el contribuyente la tuvo en su patrimonio".

La Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal de primera instancia, ya que sus planteamientos se ajustan en un todo a los ordenamientos legales, y en consecuencia, confirma la sentencia consultada.

En mérito de los 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 CONSULTADA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Víctor Corredor Rodríguez, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIQUIDACION DE REVISION.— INTERRUPCION DEL TERMINO PARA PRACTICAR LA LIQUIDACION DE REVISION CON OCASION DE LA NOTIFICACION DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL.— Es una interrupción plena con alcance administrativo y no procesal.

Es lógico, es elemental, es necesario que vencido el término que tiene el contribuyente para la respuesta, vuelvan a contarse los términos cuyo transcurrir se había suspendido. REQUERIMIENTO ESPECIAL. Razón de ser de esta institución.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., septiembre veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Referencia: Expediente No. 0257.
Actor: **Vicente Pizarro Cifuentes.**

Consulta de la sentencia del Tribunal del Valle del Cauca sobre impuestos de renta por el año de 1977.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió en forma favorable a las súplicas de la demanda el juicio de revisión (hoy acción de restablecimiento del derecho de naturaleza tributaria) que inició el apoderado judicial del contribuyente Vicente Pizarro Cifuentes contra la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a su cargo por el año gravable de 1977. La sentencia del Tribunal viene en consulta ante esta Corporación.

El Tribunal accedió a la petición principal de la demanda y declaró la nulidad de la liquidación de revisión por extemporánea. El punto central de la argumentación del memorialista que acoge el Tribunal es que la suspensión de términos a que se refiere el artículo 73 de la Ley 52 de 1977 no impide que si durante ese término de suspensión se cumplen los dos años de que habla el artículo 41 de la misma ley "de ninguna manera puede evitar que el lapso de los dos años se cumpla fatalmente dentro del término, y que en este caso, la liquidación de revisión necesariamente tendría que quedar notificada el primer día hábil siguiente al vencimiento del término suspendido".

La Sala expresa su discrepancia franca con el criterio de interpretación que ha dado el Tribunal Administrativo del Valle al artículo 73 de la Ley 52 de 1977 y que conduce a una peligrosa e indeseable erosión de las bases fiscales. Por esta razón reitera su criterio, expresado ya en numerosos fallos, y lo amplía a fin de disuadir en lo posible a los Tribunales del país a seguir una interpretación más conveniente y acorde con la finalidad de la norma en lo que hace a la interpretación del referido artículo 73 del estatuto del contribuyente.

1. Ha dicho la Sala que la interrupción del término para practicar la liquidación de revisión que se produce con ocasión de la notificación del requerimiento especial es interrupción plena con un alcance administrativo y no procesal, pues se trata de un fenómeno de gestión en la determinación inicial del tributo. Esto quiere decir que si el término se interrumpe faltando catorce días para completar el período de los dos años de que habla el artículo 41 de la Ley 52 de 1977, al vencerse el período de suspensión vuelven a contarse los catorce días que faltaban para completar el período de los dos años.

Una interpretación diferente, como la excesivamente formalista que adopta el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la de que el plazo de los dos años se vence el día siguiente del término de suspensión, conduce al absurdo: o bien la Administración no podría estudiar la respuesta al requerimiento especial, tendría que ignorarlo haciéndolo inocuo, pues la liquidación debería enviarse en el plazo perentorio de un día o bien la Administración no podría practicar oportunamente la liquidación de revisión aun cuando las razones dadas por el contribuyente sean inaceptables causando así injusta aplicación de la ley tributaria y poniendo en franco peligro los recursos del tesoro nacional.

2. Como bien lo anota el Tribunal en cita que hace el tratadista colombiano Alejandro Ramírez Cardona en cuanto a que los métodos de interpretación deben estar orientados por los principios de la lógica material o teleológica antes que por los principios de la lógica formal o filosófica, vale decir que prefiere la interpretación finalística a la gramatical. Por ello es interesante para el intérprete, revisar la razón de ser de la institución, en este caso, la institución denominada el *requerimiento especial.*

Esta figura jurídica creada por la Ley 52 de 1977, nuevamente reiterada en la Ley 9a. de 1983 y en el Decreto Legislativo 3803 de 1982, tuvo por fuente la innecesaria pérdida de energía por parte de los contribuyentes de tener que iniciar recursos gubernativos contra liquidaciones oficiales precipitadas. Se preguntó entonces el legislador: ¿Por qué no interrogar al contribuyente antes de practicarle la liquidación oficial? Así podría lograrse a menudo que una breve respuesta previa o una prueba elemental clarificase dudas del liquidador, hiciera más nítida la situación del contribuyente, evitándose así la práctica de liquidación de revisión que no fuese justa o la innecesaria interpretación de un recurso. Con ello el legislador atendió la solicitud reiterada de los contribuyentes, agobiados por liquidaciones numerosas que se basaban en pequeñeces fáciles de resolver y aún de la misma Administración donde aumentaban cuantitativamente los recursos gubernativos que no hubieren surgido si se le hubiera interrogado al contribuyente antes de practicarle la liquidación de revisión.

Se creó entonces la figura del requerimiento especial. Al contribuyente hay que requerirlo antes de practicarle la liquidación de revisión. El, por su parte, tiene tres meses (antes adicionado en cinco días) para contestar. No pueden practicar la liquidación sin haberlo requerido y sin darle la oportunidad de responder ese requerimiento. Es pues lógico que la Administración puede estudiar su respuesta una vez ella se produzca.

3. Dentro del marco de este sentido teleológico debe interpretarse el artículo 73 de la Ley 52 de 1977. Los términos se suspenden: ¿para qué? Para que el contribuyente pueda responder el requerimiento especial y porque la Administración no puede practicarle la liquidación antes de darle al contribuyente el *pleno* uso del término de suspensión. Es lógico, es elemental, es necesario que vencido el término que tiene el contribuyente para la respuesta vuelvan a contarse los términos cuyo transcurrir se había suspendido. De lo contrario sería imposible para la Administración atender a lo que el contribuyente dijo en su respuesta y a las pruebas que acompañó con ella.

4. Si estas razones no son suficientes para que el Tribunal Administrativo del Valle cambie su criterio, valga entonces recurrir a la lógica formal o sea a la interpretación gramatical, la cual también está del lado de la doctrina tradicional del Consejo. "Suspender —dice el Diccionario de la Real Academia, es detener o diferir por algún tiempo una acción u obra". "Suspensión es la acción y efecto de suspender". Y aun en el derecho procesal cuando se habla de la suspensión del proceso se entiende que ocurre una demora del proceso mientras que se resuelve por ejemplo una prejudicialidad, vale decir, se suspende, se dilata, se detiene la actuación del juez por el término que dice la ley, para reanudarse en el punto en que se encontraban, superada la causa que ocasionó la suspensión.

Deberá por ello rectificarse este aspecto de la sentencia consultada en cuanto aceptó declarar la nulidad de la liquidación de revisión. Aplicando el criterio expuesto observa la Sala que harta razón tiene el fiscal del Tribunal cuando observa:

"Y por último en cuanto a la extemporaneidad de la notificación tampoco le asiste razón a la demanda. En efecto los cómputos que hace la Administración son claros. Dice ella:

" 'En efecto, según la fecha de presentación de la declaración de renta, el término de los dos años vencía el 12 de mayo de 1980.

" 'Como el Requerimiento Especial tiene fecha del 29 de abril de 1980, el término de los dos años se suspendió faltando diez días para su vencimiento los cuales se cuentan corridos a partir de la fecha del Requerimiento Especial.

" 'Según la fecha del Requerimiento Especial, los tres meses de éste se vencieron el 29 de julio de 1980. Al agregar a esta fecha los cinco días hábiles de la ley, el resultado es el de que este término se prorrogó hasta el 5 de agosto de 1980.

" 'Al agregarle el 5 de agosto de 1980 los catorce días corridos indicados antes, el término vino a vencer el 19 de agosto, o sea, que la nulidad que se alega es improcedente' ". (Ver folio 25 cuaderno principal)."

Queda por analizar los otros puntos de la demanda pues el Tribunal no los analizó al aceptar la declaratoria de nulidad de la liquidación de revisión.

a) *Irregularidad del Requerimiento Especial.* El demandante considera que el requerimiento que se le practicó fue irregular pues no incorporó "todos los puntos que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta". Alega además que debió ser ampliado tal como lo autoriza el artículo 45 de la Ley 52 de 1977.

No encuentra la Sala válidos los argumentos expresados por el actor sobre este aspecto. En efecto en los antecedentes administrativos se tiene el requerimiento especial que envió la Administración al contribuyente (folio 102 en negro o 124 en azul). Se observa cómo existe concordancia entre los puntos básicos del requerimiento y los del memorando explicativo que se anexó a la liquidación de revisión.

Para la Sala es correcta la siguiente apreciación del señor Fiscal ante el Tribunal Administrativo del Valle:

"Este despacho encuentra ajustado a derecho el Requerimiento No, 001345 (ver folio 124 cuaderno de antecedentes administrativos) y está de acuerdo con la Administración al no haber ampliado el requerimiento, pues si el inicial era lo suficientemente claro y el contribuyente no explicó la diferencia patrimonial en su totalidad, lo lógico era proceder a la liquidación, como en efecto se hizo".

b) *Comparación de Patrimonio:* Sobre este aspecto dice el demandante que el aumento patrimonial se justifica plenamente por valorizacione meramente nominales de varios inmuebles que tuvieron modificación en cuanto a su avalúo por $ 2.586.528 y por valorización de semovientes por $ 166.000. La Administración sólo aceptó valorizaciones nominales por $ 1.727.304 y no aceptó las valorizaciones de semovientes. También trae a colación una suma de $ 50.000 correspondientes a ganancia ocasional capitalizada.

Para la Sala tiene razón parcial el contribuyente:

Las valorizaciones de inmuebles están plenamente acreditadas así:

		Avaluo 1977	Avaluo 1976	Valorización y compras
"1	Predio 2-301-021 (casa de habitación) Calle 25 Nte No. 5-AN-55)	$ 1.528.000	$ 719.776	808.224
2	Predio 1-570-009 Carrera 15 No. 11-74-88	1.522.300	1.200.000	322.300
3	Predio 1-241-225 Calle 11 No. 4-42/66 oficina 805	74.000	74.000	
4	Predio 1-241-226 Calle 11 No. 4-42/66 oficina 806	67.500	67.500	
5	Predio 1-241-227 Calle 11 No. 4-42/66 oficina 807	60.000	60.000	
6	Predio 1-084-025 Carrera 14 No. 4-15	63.200	63.200	
7	Predio 2-301-021 Calle 25 Nte. No. 5-AN-47	2.150.000	830.596	1.319.504
8	Predio 7-112-029 Carrera 34D No. 5C-65 Cali	966.000	500.000	466.000
9	Predio 01-2-062 Carrera 38 Calle 25 Tuluá	410.000	720.000	(310.000)
10	Predio 01-1-165-002 Calle 27A No. 22-24/40 Tuluá	406.000	406.000	

11	Predio 6-027-004 (Compra) Calle 58 Carrera 3 y 4 Tuluá	171.000	120.000	51.000
	Bienes raíces rurales			
12	Predio 1-002-353 La Florida-Dagua	120.000	129.600	(9.600)
13	Predio 1-002-861 Finca Venecia-Dagua	150.000	162.000	(12.000)
14	Predio 1-002-936 Villa Elisa-Dagua	217.000	234.360	(17.360)
15	Predio 1-002-767 Loma Linda-Dagua	188.000	203.040	(15.040)
16	Predio 1-002-343 La Florida-Dagua	205.000	221.400	(16.400)
17	Predio 10-604 (Compra) Entrerríos-Jamundí	2.000.000	2.000.000	
18	Predio 2-002-310 (Vendido) La Cumbre			
	SUMAS	$ 10.298.000	7.711.472	2.586.528

Está también demostrado que hubo pequeños errores mecanográficos que ocasionaron la equivocada actuación administrativa y que también hubo movimientos de compra y venta (se acompañan copias de las escrituras) que también explican parte de las discrepancias. (Ver folios 93, 84, tinta azul cuaderno de antecedentes administrativos y folios 54 à 63 del cuaderno principal. Allí se acreditan los valores nominales de los varios predios en las declaraciones de renta de 1976 y e 1977 y las operaciones de venta y de compra de inmuebles).

La valorización nominal de los semovientes que alega el actor no fue sustentada ni demostrada en forma alguna por el contribuyente.

Por el contrario, los $ 50.000 de ganancia ocasional puede considerarse como elementos susceptibles de capitalización como bien lo argumenta el actor.

Al hacer así los ajustes por comparación patrimonial encuentra la Sala que la renta capitalizada es tan solo de $ 661.165 y la renta líquida obtenida por el sistema ordinario de $ 736.899. Es decir la liquidación del Tribunal es correcta. De esta manera habrá que confirmar la sentencia consultada aunque por razones COMPLETAMENTE DISTINTAS a las que tuvo el Tribunal.

Por lo expuesto el Consejo por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO VIII

JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

JURISDICCION COACTIVA.— TITULO EJECUTIVO.— RESOLUCIONES EJECUTIVAS.— SOBRE LIQUIDACION DEFINITIVA DE CONTRATOS CELEBRADOS POR LA NACION.— MANDAMIENTO DE PAGO.— ACTUALIZACION DEL VALOR DE LA DEUDA CON OCASION DE LA DEVALUACION MONETARIA.— La jurisprudencia respalda y ha ordenado aplicar el reajuste monetario cuando quiera que se ha solicitado y reconocido el derecho a la indemnización de perjuicios. Pero de ahí a aceptar que pueda complementarse un título ejecutivo con el reajuste monetario y conferirle a este mismo pretendido reajuste un carácter de inmediata ejecución hay mucha diferencia. TEORIA DE LA INDEXACION.—

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Víctor Corredor Rodríguez.**

Referencia: Expediente No. 10413.
Actor: **La Nación Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A. (Pavimentaciones Asfálticas Ltda. y Pavimentos Unidos Ltda.)**

Apelación auto de fecha octubre 11 de 1982 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales. JURISDICCION COACTIVA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A. contra las providencias calendadas el 12 de julio y 11 de octubre de 1982, mediante las cuales el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales dictó auto de mandamiento de pago por la cantidad de $ 84.416.347.50 a cargo de la citada compañía y a favor del Fondo Vial Nacional, cantidad esta que deberá pagarse actualizada año por año teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda de acuerdo a los indices suministrados por el Banco de la República.

SE CONSIDERA:

Breve recuento del proceso.— El Fondo Vial Nacional, representado por el señor ministro de Obras Públicas, celebró con las firmas Pavimentaciones Asfálticas Ltda. y Pavimentos Unidos Ltda., el contrato No. 332-70 que tuvo como objeto la construcción y

pavimentación de los sectores de carreteras Fundación San Roque— La Estación Bosconia— María Angola y Crucero, Chiriguaná— Rincón-Hondo— Codazzi. El valor total de este contrato suma la cantidad de $ 168.837.695.00.

Para garantizar el cumplimiento del contrato se inscribió la póliza de seguros No. 45688 de la Aseguradora COLSEGUROS S.A. y el certificado de aplicación No. 6754, documentos estos que garantizan la protección desde el primero (1o.) de diciembre de 1970 hasta el treinta (30) de junio de 1974.

Debido a incumplimiento por parte del contratista, el Fondo Vial Nacional decretó la caducidad del contrato por medio de las Resoluciones No. 1195 del 4 de febrero de 1964 y 3127 del 6 de mayo de 1975 que fueron aprobadas por las Resoluciones Ejecutivas Nos. 013 de febrero 14 de 1974 y 115 de mayo 7 de 1975. Estas resoluciones ordenaron la liquidación del contrato No. 342-70 cuya liquidación final y definitiva se hizo por medio de la Resolución 8161 del 27 de noviembre de 1975.

De conformidad con la cláusula 25A del Contrato No. 342-70, una vez aprobada la liquidación por el Ministerio de Obras Públicas si fuere el caso, el Fondo Vial podrá ejercer todas las acciones necesarias para resarcimiento de los daños causados por incumplimiento del contratista.

El Fondo Vial Nacional solicita al Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales que se dictara mandamiento de pago contra la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A., para que con "base en el título ejecutivo que presento pague al Fondo Vial Nacional, la suma de OCHENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS DIECISEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 84.416.347.50)".

También solicitó el ejecutante, que la referida suma se pague con el valor real que tenía el 9 de diciembre de 1975 —fecha en la que la obligación se hizo exigible— y para que tal efecto se tenga en cuenta la desvalorización de la moneda según los índices del Banco de la República.

El demandante igualmente solicitó que sobre las sumas así actualizadas, se liquiden los intereses a partir del día 6 de marzo de 1976, fecha en que expiró el plazo concedido a la Aseguradora por Resolución No. 8161 del 27 de noviembre de 1975.

El apelante presenta como razones legales para sustentar el recurso, las siguientes: a) Carencia de título ejecutivo que permita instaurar la acción y culminar el procedimiento; b) Ausencia del mandato legal que ordene la actualización del valor de la deuda a cargo del ejecutado y c) Con la actualización del valor de la deuda se quebrantan las disposiciones legales concernientes a las obligaciones y derechos de la Aseguradora.

El señor apoderado de la Compañía Aseguradora a través de sus juciosos alegatos ha insistido en que los documentos presentados por el ejecutante no pueden aceptarse como título ejecutivo por cuanto que ellos no están contemplado con tal carácter por nuestro Código de Procedimiento Civil y de manera especial por el artículo 488, en armonía con los artículos 561 y 562 del mismo Código, como tampoco le dan ese carácter el Decreto No. 078 de 1976 ni la Ley 19 de 1982.

Los documentos aparejados por el ejecutante y considerados como título ejecutivo en contra de la Compañía Aseguradora son: La Resolución No. 8161 del 27 de noviembre de 1975 dictada por el Ministerio de Obras Públicas la cual contiene la liquidación final y definitiva del Contrato No. 342-70 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la Sociedad "PAVIMENTOS ASFALTICOS LTDA." y "PAVIMENTOS UNIDOS

LTDA." y la sentencia del Honorable Consejo de Estado de fecha 15 de marzo de 1979, la cual resolvió en definitiva las peticiones que se formularon contra la citada Resolución 8161 de 1975.

Por su parte, el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales y el señor apoderado del Fondo Vial Nacional expresan múltiples razones para considerar el mérito ejecutivo de los títulos presentados y para sostener la legalidad del mandamiento de pago pronunciado en contra de la Compañía Aseguradora.

Para esta Corporación resulta valedera la posición sostenida por el ejecutante, por las siguientes razones:

Si bien es cierto que los artículos 488 y 562 de Código de Procedimiento Civil citados por la Ejecutada, no contemplan de manera específica, como título ejecutivo por jurisdicción coactiva las resoluciones ejecutivas sobre liquidación definitiva de contratos celebrados por la Nación y conforme a las cuales se deduce una obligación clara y expresa de pagar a la entidad oficial una determinada suma de dinero, no es menos cierto que las disposiciones legales que estructuran y dan fuerza coercitiva a la Tesorería General de la República son muy claras en el sentido de atribuir a esta Tesorería el ejercicio de la jurisdicción coactiva a favor de la Nación. Tal es el caso del Decreto 078 de 1976 que en su artículo 1o. y aparte c), preceptúan en su orden:

"La Tesorería General de la República tendrá como funciones las siguientes: ..... Ejercer la jurisdicción coactiva en favor de la Nación, conforme a las disposiciones legales vigentes, excepto la atribuida especialmente a la Dirección General de Impuestos Nacionales. (Artículo 1o.). "...

"*Cobrar, en general, toda deuda a favor del Estado.* Cuyo importe deba ingresar a las arcas Nacionales" (artículo 10 letra C) (se ha subrayado).

En frente de estas disposiciones que por una parte, confieren a la Tesorería General de la República —División de Ejecuciones Fiscales— la facultad de ejercer la jurisdicción coactiva y por otra la de cobrar toda clase de deudas a favor de la Nación, no se ve cómo podían sustraerse a esta especial jurisdicción coactiva y a este cobro las deudas que, como el caso presente, estan constituidas a favor del Fondo Vial Nacional (Nación) y cuyo valor ha de ingresar a las arcas nacionales.

La Resolución 8161 del 27 de noviembre de 1975, presentada como título ejecutivo, en su parte pertinente dice:

"Si dentro del término que se le señale, las sociedades 'Pavimentos Asfálticos Ltda.' y 'Pavimentos Unidos Ltda.', no hubieren efectuado el pago, la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A. deberá mediante póliza No. 45688, certificado No. 6754 del 14 de diciembre de 1960, depositar en la Caja del Fondo Vial Nacional, a órdenes de éste, la suma de $ 84.416.347.50 moneda legal colombiana, suma a la cual se contrae la obligación de la Compañía Aseguradora.

"PARAGRAFO.— La Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A. tendrá para efectuar su pago, un término de sesenta (60) días contados a partir del vencimiento del plazo de diez (10) días concedidos a las Compañías Contratistas, a que se refiere el artículo anterior" (artículo 3o. de la resolución).

Sobre este punto específico de la jurisdicción y competencia en materia de jurisdicción coactiva y en tratándose de resoluciones sobre liquidación definitiva de contratos

celebrados con la Nación, ya esta Corporación tuvo oportunidad de expresar su conformidad con esta tesis, en providencia de fecha 28 de julio de 1981, de la cual fue ponente el Consejero, doctor Enrique Low Murtra. En esta providencia se dice:

" '1. *Falta de jurisdicción:* A juicio de la Sala sí existe jurisdicción y competencia para adelantar el proceso de jurisdicción coactiva. En efecto, el Decreto 078 de 1976, expedido por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias, con posterioridad a la expedición del Código de Procedimiento Civil, otorga a la División de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería General de la República la jurisdicción coactiva para el cobro de todo tipo de deudas a favor de la Nación, con excepción de las que cobra la Dirección General de Impuestos Nacionales incluyendo por tanto, en las deudas que puede cobrar la Tesorería, las de naturaleza contractual. Dice así:

" 'Artículo 1o. La Tesorería General de la República tendrá como funciones las siguientes: '..... Ejercer la jurisdicción coactiva a favor de la Nación conforme a las disposiciones legales vigentes, excepto la atribuida especialmente a la Dirección General de Impuestos Nacionales...'.

"Y luego reitera:

"'1.2 DIVISION DE EJECUCIONES FISCALES.

" 'Artículo 10. Son funciones de la División de Ejecuciones Fiscales:

" 'a) Cobrar toda clase de créditos a favor de la Nación, provenientes de títulos ejecutivos dictados por la Contraloría General de la República, ministerios, departamentos administrativos, superintendencias e institutos descentralizados, y por los funcionarios nacionales competentes para imponer sanciones pecuniarias en armonía con las normas legales que rijan la jurisdicción coactiva nacional;

" 'b) Cobrar las fianzas o sanciones análogas a favor de la Nación;

" 'c) Cobrar en general toda deuda a favor del Estado, cuyo importe deba ingresar a las nacionales arcas, y

" 'd) Cobrar las indemnizaciones, multas o sanciones a que dé lugar el incumplimiento de contratos celebrados por la Nación con otras entidades de derecho público;

" 'Parágrafo 1o. Se exceptúan los cobros que deba efectuar la Dirección General de Impuestos Nacionales en su jurisdicción.

" 'Parágrafo 2o. La División de Ejecuciones Fiscales continuará cumpliendo las funciones que venía desempeñando el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales conforme a las disposiciones legales vigentes'.

"Es incuestionable que estas disposiciones establecen una jurisdicción especialísima, la coactiva, y que dentro de la competencia que tiene el Jefe de esta División de Ejecuciones Fiscales se establece la de 'cobrar toda clase de créditos a favor de la Nación... y la de 'cobrar toda deuda a favor del Estado...' ', exceptúando de esta competencia únicamente los cobros que deba efectuar la Dirección General de Impuestos Nacionales, vale decir los cobros relativos al pago de impuestos de renta, ventas, timbre y sucesorales, y sanciones y recargos de estos. Toda otra acreencia a favor de la Nación puede cobrarla por jurisdicción coactiva el Jefe de la División de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería General de la República'.

"Más aún, el parágrafo final del artículo 10 del Decreto 078 de 1976 delegó en el Jefe de la División de Ejecuciones Fiscales las funciones que antiguamente desempeñaba el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales con lo cual debe entenderse que este funcionario ejerce la jurisdicción coactiva en todo el territorio de la República como lo establece el Decreto 3219 de 1953 (artículo 2o.).

"Frente a norma tan clara, actualmente vigente, huelga cualquier controversia sobre el alcance del artículo 562 del Código de Procedimiento Civil en cobros del orden nacional. Hay jurisdicción y no prospera la excepción".

Por otra parte, es pertinente agregar que actualmente, de acuerdo con lo 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, el Acta Final de liquidación de los Contratos Administrativos constituye título ejecutivo. La norma en cuestión es del siguiente tenor:

"El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el Jefe de la entidad contratante, si él no hubiere intervenido, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el Contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo".

De acuerdo a lo dicho y anotado, aparece pues legalmente aceptable como título ejecutivo por la jurisdicción coactiva, la Resolución No. 8161 de 1975.

LA ACTUALIZACION DEL VALOR DE LA DEUDA.— Sobre este particular, se hace necesario observar, en primer lugar, que resulta claramente irregular y no se compadece con técnica jurídica y procedimental, el hecho de adicionar el mandamiento de pago con una nueva y distinta obligación como es el ordenar que el monto del valor de la deuda objeto de ejecución se ha actualizado conforme a la tabla o índice de devaluación de la moneda reportado por el Banco de la República. Y se dice que es irregular y antitécnico, pues una cosa es la obligación "clara, expresa y actualmente exigible" como lo requiere nuestro ordenamiento legal, y otra muy distinta es la de conferir en la providencia adicionalmente el mismo carácter de exigibilidad a una cantidad que está por establecerse y que debe ser cuantificada en otro proceso como más adelante se analizará.

La adición de que se habla y en la forma como fue ordenada, riñe con las normas legales que gobiernan la actividad aseguradora en nuestro país. Evidentemente, los seguros están regulados por las disposiciones del Código de Comercio, título V (Decreto 837 de 1971). Entre estas disposiciones se encuentran las relativas a derechos y obligaciones de la Aseguradora y, entre éstas, los artículos 1079 y 1080 referentes al pago del seguro, los cuales ha de tenerse en cuenta en concordancia con lo que prescribe la póliza que ha sido autorizada por la Contraloría General de la República.

El artículo 1079 dice:

"El asegurador no estará obligado a responder *sino hasta concurrencia de la suma asegurada*, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074" (se subraya).

Este inciso segundo de que se habla contempla el caso en que el seguro tenga que hacer gastos para evitar la extensión del siniestro, como ocurriría, por ejemplo, en caso de incendio, y por tanto, nada tiene que ver en el caso presente.

Por su parte la póliza de seguro No. 45688 visible a los folios 117 y siguientes, en la parte relativa al pago del siniestro, reza así:

"La Aseguradora pagará el valor del siniestro, *hasta el monto de la suma asegurada* mediante consignación en la Tesorería General de la Nación, así: .....".

El monto de la suma asegurada quedó establecido en el respectivo certificado de seguro No. 6754 con vigencia comprendida entre el 1o. de diciembre de 1970 hasta el 30 de junio de 1974, por la cantidad de *$ 84.416.347.50*, visible a folio 120 del expediente. (Se ha subrayado).

El contenido de la póliza de seguro y del certificado de aplicación a esta póliza están conformes con las prescripciones de los artículos del Código de Comercio que antes se han transcrito y con los principios generales de los seguros según los cuales la responsabilidad de la Aseguradora no puede ir más allá de pagar, en caso de siniestro, hasta el valor asegurado. Este es un principio de aplicación universal en materia de seguros y que guarda estricta correspondencia con otros como el de que el seguro siempre será un contrato de mera indemnización, que jamás podrá considerarse como un negocio y que nunca podrá ser fuente de enriquecimiento injusto (artículos 1088, 1089, 1090 del Código de Comercio).

Tan cierto y estricto es esto de la fijación del valor del seguro y del pago de la indemnización sujeta al límite del valor contratado, que en nuestro Código de Comercio cuyas disposiciones son las aplicables al contrato de seguros por tratarse de rama calificada como de naturaleza mercantil — existen otras tantas disposiciones que contemplan el caso del infra-seguro, del exceso del seguro y del co-aseguro (artículos 1090, 1095 y 1102) situaciones todas estas que relievan el límite de la responsabilidad y del asegurado con respecto al valor asegurado.

Las interesantes divagaciones en torno a la actualización del valor asegurado con ocasión de la devaluación monetaria, o sea la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y las enjundiosas tesis sobre la naturaleza y alcance de la denominada INDEXACION deben ser tenidas en cuenta no en esta oportunidad sino cuando se llevare a formular juicio especial de indemnización si así lo determina la parte interesada, pues no parece aceptable dirimir dentro de este proceso ejecutivo situaciones como la del reajuste del valor de la moneda cuyas precisas implicaciones dicen relación directa y principal a la noción del perjuicio que involucra el lucro cesante factor este en donde se ha admitido tanto por nuestra jurisprudencia como por nuestras normas legales (artículo 178 del Código Contencioso Administrativo). En manera alguna se pretende desconocer la importancia que tiene, especialmente en los actuales momentos, el reajuste del valor de nuestra moneda como factor de equilibrio entre los intereses de las partes en pugna y como importante instrumento "para preservar la equidad en frente del fenómeno económico de la creciente inflación" como lo advierte la Honorable Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— en la sentencia citada por el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales en su providencia del 11 de octubre de 1982. Lo que no comparte la Sala es el sistema o método que ha aceptado y seguido el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, como es el de darle aplicación al reajuste monetario en forma de complemento al mandamiento ejecutivo cuando en realidad de verdad esta figura, esta indexación, como se la está denominando, donde mejor encuentra su campo de aplicación, es dentro del proceso de indemnización que pueda adelantarse para conseguir un resarcimiento de perjuicios.

Repugna a la noción de Título Ejecutivo el querer conferir su fisonomía y sus inmediatos defectos a una presunta obligación cuya naturaleza ni se ha definido ni se ha cuantificado. En el caso presente, existe el título ejecutivo como es la resolución de liquidación definitiva del contrato por haberlo así reconocido la ley y la doctrina. Empero, no puede otorgarse la misma fuerza ejecutiva al presunto reajuste del valor

de la moneda que, si bien puede ser justo y equitativo cuando se concrete, por ahora carece de exigibilidad necesaria para producir los efectos inmediatos que la ejecución comparta.

Además, se hace necesario tener en cuenta, que en tratándose de seguros, como en el presente caso, los principios generales que lo informan y la práctica cotidiana indican que siempre es procedente reajustar el valor del seguro tomado, precisamente para conformar sus efectos a la desvalorización monetaria. Claro que este reajuste ha de producir también un reajuste en el valor de la primas pues no resultaría ni justo ni equitativo que el Asegurador respondiera por un valor mayor sin que hubiere por la otra parte, un mayor valor de la prima, aún cuando ésta nunca sea proporcional al riesgo cubierto y así se considera desde el punto de vista "monetarista" o del "valorista".

En su providencia del 11 de octubre de 1982, el Juzgado de Ejecuciones Fiscales reconoce que no existe norma legal que permita aparejar el título ejecutivo lo atinente al reajuste monetario. En uno de sus apartes, dice:

"Confesamos que no hay norma que taxativamente mande actualizar los créditos, al menos en el Código de Comercio...".

A través de las providencias dictadas por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales con motivo de los diferentes recursos interpuestos y a través de los alegatos presentados por los apoderados del Fondo Vial Nacional, se ha insistido mucho en que el valor del seguro contratado debe ser pagado, no por la cantidad que expresamente consta en el certificado de seguro, sino por lo que resulte de aplicar a tal cantidad el reajuste monetario haciendo hincapié en la teoría de connotados expositores y en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Ya se ha dicho que el Consejo respalda y ha ordenado aplicar el reajuste monetario cuando quiera que se ha solicitado y reconocido el derecho a la indemnización de perjuicios. Pero de ahí a aceptar que pueda complementarse un título ejecutivo con el reajuste monetario y conferirle a este mismo pretendido reajuste un carácter de inmediata ejecución hay mucha diferencia. El mencionado reajuste implica una serie de pasos a seguir, de operaciones contables a efectuar para establecer *"el quantum"* del reajuste, todo lo cual contraría a la naturaleza misma del título ejecutivo en el cual la obligación a satisfacer es "clara, expresa y actualmente exigible", como lo prevé el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.

Aquí se trata de exigir el pago de la garantía o seguro constituido por la Compañía Aseguradora COLSEGUROS por medio de la póliza No. 45688 y del certificado anexo a dicha póliza en el cual se estableció un límite de responsabilidad para la aseguradora o sea la cantidad de $ 84.416.347.50. Hay pues un contrato de seguro que se rige por las normas del Código de Comercio, título V. Dentro de estas normas existen varias que fijan los derechos y deberes tanto del asegurado como del asegurador. Son estas normas de imperioso cumplimiento y a ellas en el caso presente debemos atenernos para efectos de apreciar si el mandamiento de pago que fue recurrido ha sido dictado en consonancia con aquéllas.

Ya hemos visto que tanto en la póliza como en los artículos 1079, 1090, 1089 del Código de Comercio, se establece el índice de responsabilidad del asegurador y siempre se recaba en que esta responsabilidad no excederá del valor de la suma asegurada. La disposición del artículo 1089 contempla lo relativo al "valor real del interés asegurado en el momento del siniestro" como límite de indemnización y el inciso 2o. de este artículo dice sobre valor real del interés asegurado: "Se presume el valor real del interés asegurado *el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador"*. De modo que si el asegurado tiene en mente asegurar por el *valor real* del interés asegurado debe acordar esto, en forma expresa, con el asegurador.

Esta y otras disposiciones relativas al contrato de seguros ponen de manifiesto que la responsabilidad del asegurador está limitada a la cantidad prevista como límite de seguro en el respectivo certificado. Pero también en la póliza y en el artículo 1080 del Código de Comercio se contempla la obligación que tiene el asegurador de pagar el valor del siniestro en términos y plazos precisos: Veamos:

"PAGO DEL SINIESTRO: *La Aseguradora pagará el valor del siniestro, hasta el monto de la suma asegurada,* mediante consignación de la Tesorería General de la Nación, así: ...". (Se subraya).

Artículo 1080 del Código de Comercio, dice:

"El Asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, intereses moratorios a la tasa del dieciocho por ciento anual.

"El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, *en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador.*

El texto de este artículo sí pone en evidencia lo concerniente a la facultad que tiene el asegurado para escoger su pretensión en contra del asegurador y en tratándose de intereses, pues la obligación a cargo del asegurador de pagar el "importe" o valor del siniestro siempre subsiste.

Conforme a la disposición que se comenta, el asegurado bien puede optar por el pago del valor asegurado los intereses moratorios a la tasa del 18% anual, o pedir en lugar de estos intereses, la "indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador".

De manera pues que así aparece contemplada esta posibilidad de que el asegurado le exija al asegurador el pago de los perjuicios a los cuales se ha referido la parte demandante en varios de sus escritos, y, es precisamente en esta oportunidad donde puede operar la figura de la indexación con toda su amplitud y en todo su valor.

De ahí que la Sala considera que con el procedimiento seguido por el señor Juez de Ejecuciones Fiscales en la parte relativa al complemento del mandamiento ejecutivo, se han quebrantado las disposiciones del Código de Comercio que fijan, limitan la responsabilidad del asegurador.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o.— CONFIRMARSE el auto de mandamiento de pago de fecha 12 de julio de 1982, proferido por el señor Juez Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, por la cantidad de OCHENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS DIECISEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE. ($ 84.416.347.50) a cargo de la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A. y a favor del Fondo Vial Nacional.

2o.— REVOCASE el numeral 2o. de la parte resolutiva del auto de octubrre 11 de 1982 proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, que dice:

"Adicionarse el auto de mandamiento de pago del 12 de julio de 1982, librado contra la Aseguradora COLSEGUROS S.A. en el sentido de que la suma de $ 84.416.347.50 deberá pagarse actualizada año por año, según tabla de período de poder adquisitivo del peso colombiano que en el momento de la liquidación y que para tales efectos suministrará la Secretaría del Banco de la República.

3o. Continúe la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen para los fines a que haya lugar. Cúmplase.

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

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado, Secretario.

TITULO IX

RECURSOS DE SUPLICA

DEMANDA.— PERSONERIA JURIDICA.— SENADO.— Cuando se demanda a quien no está reconocido para legitimarse en el proceso, no hay pronunciamiento de fondo. INTERPRETACION DE LA DEMANDA.— EL juzgador no tiene un poder ilimitado sobre el particular. Debe sujetar su conducta al trámite y condiciones impuestas dentro del proceso, para saber y precisar en últimas, si todo se amolda a los principios y criterios establecidos en el estatuto adjetivo. El poder creador que se radica en el juez logra su fuente en los preceptos sustanciales, en la búsqueda de una adecuación, mas no en los procedimentales.

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 José Alejandro Bonivento Fernández.
Referencia: Expediente No. 11070.
Actor: **Ana Delva Hernández de Puerta.**

Por haber sido negado el proyecto de sentencia presentado por el Consejero Carlos Betancur Jaramillo, se procede a elaborar la nueva ponencia, que recoja el criterio mayoritario de la Sala, así:

I ANTECEDENTES

La demandante, quien actúa en su propio nombre, interpuso recurso extraordinario de súplica contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta

Corporación, de fecha 18 de noviembre de 1983, por medio de la cual revocó la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de julio del mismo año, y dispuso, en su lugar, declararse inhibida para decidir el fondo del asunto.

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al aceptar las súplicas de la demanda, declaró la nulidad de la Resolución 256 de 24 de noviembre de 1980, "expedida por la Dirección Administrativa del Honorable Senado de la República, mediante la cual se declaró insubsistente a la actora Ana Delva Hernández de Puerta" y ordenó que dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, el Honorable Senado de la República de Colombia procederá a pagarle los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás prestaciones sociales que hubiera dejado de devengar la actora desde cuando fue desvinculada del servicio hasta el día 19 de julio de 1982, cuando terminó el respectivo período".

Para acoger las pretensiones de la actora, el Tribunal consideró:

"Según el concepto fiscal es de claridad meridiana que la reclamación del derecho se ejerció en forma extemporánea partiendo de la base de que la acción se encontraba caducada cuando fue presentada la demanda porque entre la fecha de la Resolución enjuiciada, 24 de noviembre de 1980, y la presentación del libelo demandatorio, 26 de marzo de 1981, transcurrieron más de cuatro meses; pero estudiando cuidadosamente el acto demandado observa la Sala que la insubsistencia de la actora tuvo efectos fiscales a partir del 1o. de diciembre de 1980, por lo cual ha de concluirse que cuando se presentó la demanda la acción respectiva se encontraba vigente.

"Entrando al fondo del proceso se tiene que con el acervo probatorio aparece demostrado que la demandante fue nombrada asistente de categoría 1 por la Resolución No. 005 de 17 de septiembre de 1979 y que desempeñó el cargo hasta que fue declarada insubsistente por el acto acusado, a partir del 1o. de diciembre de 1980.

"El artículo 3o. de la Ley 52 de 1979, establece que "los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobadas". Y el artículo 4o. de la misma ley ordena: "Cada congresista en ejercicio podrá disponer de dos asistentes los cuales estarán a su servicio directo, y serán empleados de libre nombramiento y remoción del Director Administrativo de cada Cámara a solicitud escrita del respectivo Senador o Representante".

"De los textos legales transcritos se infiere que la actora era empleada de libre nombramiento y remoción dentro del respectivo período, es decir, que el nominador podía ejercer la facultad discrecional en ese lapso.

"También se deduce que el Director Administrativo solamente puede desvincular a un Asistente a petición escrita del respectivo Senador o Representante.

"A este efecto, como la actora había sido nombrada Asistente de la Senadora Migdonia Barón, ésta se dirigió al Director Administrativo en comunicación fechada el 5 de noviembre de 1980 cuya copia auténtica obra a folio 30 del expediente y que reza: 'De conformidad con nuestra conversación personal en la Presidencia de la Corporación en el día de hoy, ratifícole mi decisión de que se declare insubsistente el nombramiento de mi asistente Ana Delva Hernández de Puerta...'.

"Sin embargo, a folio 21 del expediente obra una certificación expedida por el Secretario General del Senado, Crispín Villazón de Armas, dirigida a la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal, en la cual expresa:

'De acuerdo a su solicitud de la referencia, en relación con la doctora Migdonia Barón, le comunicamos que revisadas las tarjetas Kárdex, aparece que entró a ejercer sus funciones el 20 de julio de 1979 y salió el 31 de diciembre del mismo año'.

"De manera que cuando doña Migdonia dio la orden de declarar insubsistente a la demandante, el 5 de noviembre de 1980, había dejado de ejercer sus funciones de Senadora y por lo tanto carecía del poder legal para que su manifestación de voluntad fuera válida lo que constituye una verdadera usurpación de funciones, pues quien tenía la competencia para pedir la insubsistencia de la Asistente Senatorial era quien ejercía las funciones de Senador en ese momento, Además, la ley expresa que son los 'Congresistas en ejercicio' quienes pueden disponer de dos asistentes.

"Es incuestionable que el acto que declaró la insubsistencia de la señora Ana Delva Hernández de Puerta en el cargo de Asistente Senatorial nació viciado a la vida jurídica y debe ser anulado, ya que la presunción de legalidad que lo cobijaba ha sido desvirtuada con las pruebas allegadas al proceso, por lo cual la demandante tiene derecho a que se le paguen los salarios y demás sumas que dejó de devengar desde que fue desvinculada hasta la terminación del período el 19 de julio de 1982, sin que haya lugar al reintegro por encontrarse vencido el período dentro del cual fue nombrada".

III SENTENCIA DE LA SECCION SEGUNDA

Llegó el proceso a la Sección Segunda, en cumplimiento de la consulta de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y agotado el trámite de rigor, procedió a dictar sentencia declarándose inhibida para un pronunciamiento de fondo.

Sostuvo la Sección Segunda, en apoyo de su decisión:

"Observa la Sala que se demandó al Senado de la República, representado legalmente por su Presidente, y se pidió que fuera condenado. En el Capítulo de NOTIFICACIONES también se designa al Senado de la República como 'parte demandada', representada legalmente por su Presidente el Senador doctor JOSE IGNACIO DIAZ GRANADOS o quien haga sus veces en el momento de la notificación. En ninguna parte de la demanda se señala como demandada la Nación.

"El Senado de la República, que no es sino una de las dos Corporaciones que integran el Congreso, carece de personería jurídica y por consiguiente, no puede demandar ni ser demandado, aunque sí puede figurar como impugnador en un proceso contencioso administrativo. La personería la tiene la Nación y, por lo tanto, contra ella debió dirigirse la demanda.

"El acto acusado puede ser dictado por un organismi público carente de personería jurídica y la sentencia puéde ser cumplida total o parcialmente por aquél; pero lo hace a nombre de la Nación, que es la persona jurídica contra quien debe proferirse la sentencia condenatoria, si es el caso.

"En estas condiciones, la demanda es inepta y, en concecuencia, se impone un pronunciamiento inhibitorio, previa revocación de la sentencia consultada".

IV EL RECURSO DE SUPLICA

La parte demandante, dentro de la oportunidad procesal, interpuso el recurso extraordinario de súplica bajo la vigencia de las Leyes 167 de 1941 y 11 de 1975.

Sostiene, la recurrente, que la providencia suplicada desconoció varias sentencias, una de la propia Sección Segunda, otra de la antigua Sala de Negocios Generales y por último, cuatro de la Sala plena de lo Contencioso Administrtivo de esta Corporación, y que en su orden son: Sala de Negocios Generales, agosto dieciséis de mil novecientos sesenta y uno. Tomo LXIII, números 392 y 396 página 527. Sentencia de abril 26 de 1976. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Anales 1976. Tomo XC. página 449. Sentencia de septiembre 11 de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Anales 1979. Tomo VII. Sentencia de julio de 1959. Tomo VII. Sentencia de julio 16 de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Anales 1960. Tomo 61 bis, página 123 folios 399 y siguientes del copiador número 72. Sentencia de agosto 2 de 1982. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

V CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En verdad, serios reparos merece el escrito de súplica, no sólo por la formulación de los supuestos quebrantos de sentencias de Secciones del Consejo de Estado, que como es sabido no son materias del recurso extraordinario de súplica, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, sino en los términos mismos de enunciación de los quebrantos, puesto que, fundamentalmente, se limita a citar las sentencias que estimó desconocidas, sin precisar los alcances de la violación y la contradicción ofrecida. Tan sólo la sentencia de agosto 16 de 1961, mereció una transcripción y unos comentarios especiales. Con las restantes se limitó a citarlas y a plantear un aspecto general o común sobre la interpretación de la demanda, sin mayores precisiones.

2. Hechas estas observaciones, procede la Sala a estudiar las sentencias que según el demandante resultaron infringidas, con la reiteración que las que se mencionan de la Sección Segunda, no merecerán comentarios ni estudios, por no ser procedentes, como se dijo anteriormente.

3. Para la recurrente, la providencia proferida por la antigua Sala de Negocios Generales de fecha 16 de agosto de 1961, resultó quebrantada con el fallo de la Sección Segunda, en cuanto aquella sentaba el criterio doctrinario que: "No puede ser demandada una entidad pública por actos dictados o causados por otra para que so pretexto de la demanda, estos últimos sean anulados. Lo demandable ante la jurisdicción especial *son exclusivamente los actos* de la administración, no las personas o entidades públicas que los han dictado, salvo cuando de hechos administrativos se trata, es decir, cuando el acto se relieva a la vida exterior mediante la consumación de un hecho material no precedido de disposiciones escritas".

Y valga la anotación: esta parte de la cita hecha por la impugnadora no corresponde al texto de la providencia que se dice contrariada sino a los puntos que en Relatoría se señalaron al publicar la sentencia, con el fin de destacar el contenido de la misma. Es decir, en ningún momento consignó textualmente la Sala de Negocios Generales, lo que la actora transcribe como tal.

4. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que la Sala entre a analizar el contenido conceptual y doctrinario de la providencia de 16 de agosto de 1961, para hacer, luego, la confrontación de rigor, sobre el supuesto particular del cargo formulado.

La Sala de Negocios Generales, al entrar a decidir de la apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en demanda diri-

gida contra el Municipio de Medellín, estimó que ha debido ser incoada contra el Departamento de Antioquia por ser el ente que produjo el acto, y como consecuencia de esa apreciación, decretó la nulidad de lo actuado dentro del proceso en atención a que "No puede ser demandada una entidad pública por actos dictados o causados por otra, para que so pretexto de aquella demanda estos últimos sean anulados. Son estos los susceptibles de acción ante lo contencioso y cuando, como en el caso presente, son de carácter complejo, el decreto de nulidad que sobre ellos recaiga, abarca los intermedios que, dictados por la misma entidad o por otra distinta, contribuyeron a su formación. El acto del Municipio de Medellín a que se refiere la demanda fue un simple acto de trámite dentro de la operación administrativa adelantada por la Gobernación para el reconocimiento de la pensión solicitada por el actor, y como tal, no era susceptible de demanda autónoma, no sólo por razones de doctrina conocidas y aceptadas, sino porque aun en el supuesto de ser anulados con dicha nulidad no hubiera desaparecido de la vida jurídica el acto final de reconocimiento que acogió y dio vida jurídica al acto de trámite. No sobra advertir que, según las reglas legales colombianas, lo que se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso son exclusivamente los actos de la administración y no las personas o entidades públicas que los han dictado. Excepcionalmente éstas pueden demandarse cuando de hechos se trata, es decir, cuando el acto se relieva a la vida exterior mediante la consumación de un hecho material no precedido de disposiciones escritas. Por este aspecto el libelo, en cuanto demanda "al Municipio de Medellín", es legalmente incorrecto.

"4o. Sin embargo, atendiendo al fondo de la demanda y no a sus simples palabras, es evidente que ella estaba dirigida contra los actos del Gobernador de Antioquia por los cuales se hizo un reconocimiento pensional, pues así aparece en el folio 11 cuando dice: "Por lo anteriormente expuesto, demando al Municipio de Medellín para que... se decrete la nulidad de las resoluciones proferidas por la Gobernación del Departamento de Antioquia, mediante las cuales se concede la pensión de jubilación a que tengo derecho". Así debió entenderlo el Tribunal y así debió tramitarse el juicio, como una acción de plena jurisdicción contra actos de carácter departamental, pero su deplorable equivocación lo orientó por otro camino: Acoger y admitir la demanda contra una entidad que no podía legalmente ser demandada por los actos acusados, y tramitarla íntegramente sin la comparecencia de la única parte que legítimamente podía actuar como opositora, o sea el Departamento de Antioquia representado por su Gobernador".

Para la Sala no existe contradicción alguna entre la providencia de la Sala de Negocios Generales con la suplicada, por cuanto aquella se limita a destacar que, cuando se acusa un acto, la acción que se promueve debe dirigirse contra el ente que la profirió, y en la que se ha recurrido se ha dicho que, por haberse demandado a quien no está reconocido para legitimarse en el proceso, no permite un pronunciamiento de fondo. Entonces, no se puede hablar de contradicción o quebranto jurisprudencial, puesto que la providencia que se cita no contiene los supuestos doctrinales que permitan una oposición o confrontación con la recurrida. Y es que no es dable, en súplica, dilucidar aspectos distintos a la contradicción que puede resultar.

5. Tampoco se observa contradicción alguna frente al propósito de la recurrente de hacer relevante la facultad de interpretación que tiene el juez de una demanda, y a las que se refieren las sentencias, que solamente citó la impugnadora. Absurdo desconocer la facultad que tienen los jueces para interpretar la demanda. No sólo por mandato de normas positivas, artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, que obliga a entender la ley procesal para el logro de la efectividad de los derechos reconocidos por los preceptos sustanciales, sino porque la justicia se fundamenta en el principio universal de dar a cada cual lo que le pertenece. Sin embargo, no es ilimitado al campo de aplicación de estos principios, puesto que, precisamente, las reglas de procedimiento se consagran para que los particulares o todo aquél que movilice el aparato jurisdiccional

del Estado, ajuste su conducta a lo criterios normativos, para evitar, de ese modo, el caos que se daría ante la falta de precisas y expresas reglas de procedimiento.

6. En el caso *sub-lite*, en ningún momento la sentenica acusada quebrantó estos principios. Por el contrario, basta con observar que al considerar que se dirigió la demanda contra un ente que, como tal, no podía comparecer al proceso, no hizo otra cosa que destacar la indebida dirección de la acción por causa de la demanda misma. Es decir, interpretó la demanda según la voluntad expresada por el propio interesado. El juzgador por tanto, no tiene un poder ilimitado sobre el particular. Debe sujetar su conducta al trámite y condiciones impuestas dentro del proceso, para saber y precisar, en últimas, si todo se amolda a los principios y criterios establecidos en el estatuto adjetivo. El poder creador que se radica en el juez logra su fuente en los preceptos sustanciales, en la búsqueda de una adecuación, más no en las procedimentales. No podía, en suerte, la Sección Segunda contradecir la sentencia que cita como infringida la recurrente, so pretexto de corregir la improcedente formulación de la entidad demandada, —Senado de la República— que, como se dijo, no tiene Personería Jurídica.

7. Idéntica apreciación se puede formular en relación con las otras sentencias —de julio 16 de 1959, de abril 26 de 1976, septiembre 11 de 1979 y agosto 2 de 1982—, que cita la recurrente sin mencionar la contradicción que, a su juicio, se originó con la sentencia suplicada. Tan sólo anotó su inconformidad, con el título genérico de "interpretación de la demanda"; y eso no es posible en tratándose de un recurso de súplica, que exige por lo menos, sin exceso de rigor que se destaquen los aspectos contradictorios de los fallos, puesto que de otra manera impondría el deber de entrar a revisar todos sus textos, sin la fijación previa del quebranto endilgado, con el peligro de suponer o descifrar el pensamiento del suplicante. Por eso, la Sala encuentra la dificultad de estudiar las sentencias de julio 16 de 1959, abril 26 de 1976, septiembre 11 de 1979, y agosto 2 de 1982, por cuanto la recurrente se limitó a decir, de manera genérica, que éstas permiten la facultad de interpretación, y este reparo no es suficiente para constituir un cargo que sirva para precisar la contradicción con la sentencia suplicada. Entonces, se prescindirá de las confrontaciones de rigor.

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

FALLA:

PRIMERO.— No prospera el recurso de súplica interpuesto.

SEGUNDO.— Vuelva el proceso a la Sección Segunda.

Cópiese y notifíquese.

Mario Enrique Pérez Velasco, Presidente, **José Alejandro Bonivento Fernández, Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo**, Salva el voto, Jorge Valencia Arango, **Eduardo Suescún Monroy**, no asistió, **Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Fernando Garzón León Gómez**, Conjuez, salva voto, **Gustavo Humberto Rodríguez**, salva voto, **Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Enrique Low Murtra**, salva voto, **Jacobo Pérez Escobar, Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado**, no asistió.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

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

DEMANDA.— INTERPRETACION.— Facultad del Juez para interpretarla. PARTE DEMANDADA.— SENADO.— PERSONERIA JURIDICA.— Lo que se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso son exclusivamente los actos de la Administración y no las personas o entidades públicas que los han dictado. (Sentencia de agosto 16 de 1961). Esta jurisprudencia armoniza con la interpretación que se le dio al artículo 126 de la Ley 167 de 1941, mientras estuvo vigente y que mostraba cómo el proceso Contencioso Administrativo carecía del rigor, en cuanto a las partes demandadas, que tenía y tiene el estatuto procesal civil.

SALVAMENTO DE VOTO de los Consejeros doctores Enrique Low Murtra y Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia: Expediente No. 11070. Súplica.
Actor: **Ana Delva Hernández de Puerta.**

Con todo respeto nos separamos de la decisión mayoritaria. Son razones de nuestra discrepancia, las siguientes tomadas de la ponencia que no fue aprobada:

En la demanda inicial la doctora Ana Delva Hernández de Puerta solicitó:

"PRIMERA.— Que es nula la Resolución No. 256 de 24 de noviembre de 1980 expedida por la Dirección Administrativa del Honorable Senado de la República de Colombia, por la cual a partir del 1o. de diciembre de este último año se me declaró insubsistente del cargo de Asistente de la Senadora Migdonia Barón, con asignación mensual de $ 16.510.00.

"SEGUNDA.— Que como consecuencia del ordenamiento contenido en la súplica anterior, se disponga por la Honorable Sala que dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo el Honorable Senado de la República de Colombia está en la obligación de reintegrarme al cargo que venía desempeñando cuando fue expedida la Resolución No. 256 de 24 de noviembre de 1980, o, a otro de similar o superior categoría, responsabilidad y remuneración.

"TERCERA.— Que se condene al Honorable Senado de la República de Colombia, a pagar a la demandante doctora ANA DELVA HERNANDEZ DE PUERTA, los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, y demás prestaciones sociales correspondiente al cargo que venía desempeñando, desde el 1o. de diciembre de 1980, fecha desde la cual surtió efectos fiscales y administrativos la insubsistencia, hasta la fecha en que sea reintegrada en legal forma a mi cargo, o a otro de similar o superior categoría, responsabilidad y remuneración.

"CUARTA.— Que se declare por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que el tiempo que he durado separada del servicio no interrumpe el derecho a que se me compute aquél para todas las prestaciones sociales a que soy acreedora conforme a la ley.

"QUINTA.— Que se condene al Honorable Senado de la República de Colombia, al reconocimiento y pago del costo de los servicios médicos que la suscrita haya precisado a utilizar y que compruebe debidamente y en forma legal durante el tiempo de mi separación empleada".

El Tribunal Administrativo accedió a las súplicas de la demanda en los siguientes términos:

"1o.— Declárase no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la señora Fiscal Cuarto de la Corporación.

"2o.— Declárase nula la Resolución No. 256 de 24 de noviembre de 1980, expedida por la Dirección Administrativa del Honorable Senado de la República, mediante la cual se declaró insubsistente a la actora Ana Delva Hernández de Puerta.

"3o.— Dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo el Honorable Senado de la República procederá a pagarle los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás prestaciones sociales que hubiere dejado de devengar la actora desde cuando fue desvinculada del servicio hasta el día 19 de julio de 1982, cuando terminó el respectivo período.

"4o.— Se declara, igualmente, que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad por el período indicado en el ordinal anterior.

"5o.— De las sumas que se paguen a la actora se descontarán las que haya recibido del erario público por el mismo concepto.

"6o.— Deniéganse las demás peticiones de la demanda".

Consultada la decisión, la Sección Segunda la revocó mediante fallo de 18 de noviembre del año pasado con fundamento en las razones que se transcriben a continuación:

"Observa la Sala que se demandó al Senado de la República, representado legalmente por su Presidente, y se pidió que fuera condenado. En el capítulo de NOTIFICACIONES también se designa al Senado de la República como 'parte demandada', 'representada legalmente por su Presidente el Senador doctor JOSE IGNACIO DIAZ GRANADOS o quien haga sus veces en el momento de la notificación'. En ninguna parte de la demanda se señala como demandada la Nación.

"El Senado de la República, que no es sino una de las dos Corporaciones que integran el Congreso, carece de personería jurídica y por consiguiente, no puede demandar ni ser demandado, aunque sí puede figurar como impugnador en un proceso contencioso administrativo. La personería jurídica la tiene la Nación y, por tanto, contra ella debió dirigirse la demanda.

"El acto acusado puede ser dictado por un organismo público carente de personería jurídica y la sentencia puede ser cumplida total o parcialmente por aquél; pero lo hace a nombre de la Nación, que es la persona jurídica contra quien debe proferirse la sentencia condenatoria, si es el caso.

"En estas condiciones, la demanda es inepta y, en consecuencia, se impone un pronunciamiento inhibitorio, previa revocación de la sentencia consultada".

La parte actora descontenta con esta solución formuló recurso de súplica, en su oportunidad, y alegó, para el efecto, que la sentencia violaba la jurisprudencia de la Corporación contenida en los siguientes fallos: el de agosto 16 de 1961 de la Sala de Negocios Generales (Ponente: doctor Guillermo González Charry); el de abril 26 de 1976 (Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo); el de septiembre 11 de 1979 (Ponente: Doctor Jorge Dangond Flores) el de julio 16 de 1959 (Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta); y el de agosto 2 de 1982 (Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo).

Para los suscritos hecha la confrotanción entre la sentencia suplicada y la jurisprudencia contenida en los fallos mencionados en el párrafo anterior, resulta que aquélla desconoció efectivamente la pauta jurisprudencial que ellas compendian.

Mientras la jurisprudencia destaca y relieva los poderes de interpretación del juez administrativo, el fallo de la Sección , con notorio literalismo sigue unas formas sacramentales con desmedro de los derechos en juego.

La Sección Segunda interpretó así textualmente la demanda y basó su argumentación en el hecho de no haberse hablado en ésta de la Nación como parte demandada y en haberse dirigido contra el Senado de la República, órgano carente de personería jurídica.

Pero si hubiera aplicado los criterios interpretativos preconizados por la jurisprudencia desde varios lustros atrás habría llegado a una conclusión diferente, sin mucho esfuerzo y sin desconocer la jurisprudencia.

Estos criterios pertenecen al acervo jurisprudencial del Consejo. Así, de la sentencia de 26 de abril de 1976 se destaca el siguiente aparte que resulta desconocido por el fallo en cuestión, referido a la conducta que debe asumir el fallador ante la falta de precisión en la formulación de los requisitos de la demanda: "Pero esto no obsta para que el juzgador, como la Sala ha afirmado reiteradamente, pueda interpretar la demanda con base en su contexto, teniendo en cuenta más que sus términos literales, su significación intrínseca".

Y en la sentencia de septiembre 11 de 1979, la Sala Plena expresó sobre el poder interpretativo de los jueces y su ejercicio:

"La sentencia es una norma individual producida dentro del marco de la reglamentación general. Es la actualización de un determinado significado, la valorización de ciertas conductas contenidas o expresadas, mediante conceptos, en la norma abstracta. Por eso, la conveniente comprensión del derecho dinámico impone la aceptación del poder creador del juez y por ello, como ha escrito con razón el doctor Darío Echandía, lo que al intérprete le corresponde hacer es desentrañar o desarrollar el sentido de las ideas comprendidas en el texto y construir con ellas un sistema posiblemente no imaginado antes y, así, sacar consecuencias aplicables a nuevos casos".

Pero fuera de esos poderes de interpretación que no fueron ejercidos, ya que la Sección se limitó a lo literal, la sentencia al exigir que formalmente se tenía que señalar a la Nación como única parte demandada en la presente controversia, desconoció la jurisprudencia contenida en el fallo de agosto 16 de 1961, dictada por la Sala de Negocios Generales de la Corporación, con ponencia del doctor Guillermo González Charry y que en lo pertinente afirma: "No sobra advertir que, según las reglas legales colombianas, lo que se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso son exclusivamente los actos de la Administración y no las personas o entidades públicas que los han dictado. Excepcionalmente éstas pueden demandarse cuando de hechos se trata, es decir, cuando el acto se relieva a la vida exterior mediante la consumación de un hecho material no precedido de disposiciones escritas. Por este aspecto el libelo, en cuanto demanda "al municipio de Medellín, es legalmente incorrecto".

La jurisprudencia que se deja transcrita armoniza con la interpretación que se le dio al artículo 126 de la Ley 167 de 1941 mientras estuvo vigente y que mostraba cómo el proceso contencioso administrativo carecía del rigor, en cuanto a las partes demandadas, que tenía y tiene el estatuto procesal civil. Obsérvese cómo en esta norma no se notificaba sino al Agente del Ministrio Público, con quien se entendía se trataba la relación jurídico procesal. Al funcionario que había expedido el acto se le comunicaba simplemente.

Aunque este último extremo cambió posteriormente, ello se debió a las variaciones constitucionales y legales producidas con posterioridad, en relación con la representación de las entidades.

Cambio que consistió en la notificación del auto admisorio de la demanda al funcionario u organismo que expidió el acto, así éste no fuera el que por mandato legal o constitucional llevara la vocería, hacia el exterior, del ente público.

Pero ésta no fue una reforma caprichosa. El funcionario que profirió la decisión debe estar dotado de competencia para hacerlo, porque, dada la complejidad de la administración a sus distintos niveles y el sinnúmero de asuntos, no puede descentralizarse este poder de decisión en el representante único del ente. De allí que esa competencia en esa forma distribuida produce actos de un mismo orden y como si hubieran sido expedidos por el mismo representante. Basta observar lo que sucede a nivel nacional, donde expiden actos administrativos que desarrollan los cometidos de la nación, los ministros, jefes de departamentos administrativos, el Consejo de Estado, los tribunales, la Corte Suprema, la Contraloría, la Procuraduría, el Senado, la Cámara, etc., etc. Y cabe preguntar: ¿no ejercieron esos organismos o funcionarios al expedirlos la competencia de la Nación? Y si la ejercieron y aun resolvieron los recursos interpuestos contra los mismos, ¿no podían ser citados a juicio para que defendieran su legalidad? La respuesta es obvia: En el caso concreto el Senado al expedir el acto lo hizo como Nación y al ser citado el juicio lo hizo en el mismo carácter y para responder por lo que como Nación había hecho.

Lo anterior muestra cómo la demanda estuvo ajustada a la ley y cómo el proceso se siguió precisamente con las personas que debían intervenir. Por un lado, con la participación del Ministerio Público, quien es el representante constitucional de la Nación (artículo 143 de la Carta) y por el otro, con el jefe del organismo nacional que expidió el acto. Aquí se produce una especie de repetición, en aras de la más adecuada defensa de los intereses nacionales. Por otro lado, si el Senado podía ser parte impugnadora, como lo afirma la sentencia suplicada, por qué no podía ser parte principal. No puede olvidarse que la *ligitimatio ad processum* obra para todas las partes sean principales o secundarias.

¿Podrá alguien dudar que cuando se demanda la nulidad de un acto del Senado de la Reública, se está impugnando un acto del orden nacional? ¿Existirá otro orden que facilite el equívoco y que imponga la exigencia del señalamiento concreto, so pena de una inepta demanda? ¿Habrá dudas sobre la índole de acto administrativo que posee el de destitución del funcionario? Por lo demás, la misma demandante al desarrollar en su libelo el acápite "competencia y cuantía" afirma que la competencia es del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según el Decreto 528 de 1964 y porque se controvierte un acto administrativo del orden nacional. Más claridad es imposible.

Por lo expuesto consideramos que como se produjo la violación jurisprudencial debió estudiarse el fallo de instancia.

Atentamente,

Enrique Low Murtra, Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D.E., julio 16 de 1984.

RECURSO DE SUPLICA.— TECNICA DEL RECURSO.— Artículo 2o. Ley 11 de 1975. Requisito de ley. Por jurisprudencia no podía establecerse más requisitos.

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D.E., veintiséis (26) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

SALVAMENTO DE VOTO: Conjuez Fernando A. Garzón León Gómez.

Referencia: Expediente No. 11070.
Actor: **Ana Delva Hernández de Puerta.**

Adhiero al salvamento de voto de los Honorables Consejeros CARLOS BETANCUR JARAMILLO Y ENRIQUE LOW MURTRA, el cual adiciono así:

I TESIS MAYORITARIA TRIUNFANTE

En la sesión donde se aprobó la ponencia del Honorable Consejero JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ, pudo advertirse el pensamiento mayoritario de la Sala, sintetizado a mi entender en dos afirmaciones:

a) Que si no se estuviera resolviendo un recurso de súplica, el caso habría que decidirlo en favor de la actora ANA DELVA HERNANDEZ DE PUERTA, por ser claro para la Sala, con excepción de los Magistrados integrantes de la Sección Segunda, que dicha persona, a pesar de haber demandado al Senado de la República, dirigió su libelo contra la Nación, además de que en el proceso la demandante acreditó tener los derechos por ella pretendidos.

b) Que la súplica fracasa por falta de técnicas de la actora al formular el recurso.

Se anota, entonces, que la prosperidad del recurso se hizo depender, exclusivamente, del alcance dado por la Sala al concepto técnica.

II NORMA LEGAL QUE AUTORIZA EL RECURSO DE SUPLICA

El artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, vigente para la fecha en que la actora interpuso el recurso de súplica, contra la sentencia de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, decía textualmente:

"Artículo 2o.: Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso 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.

"En el escrito en que se proponga el recurso *se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada.* El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo". (Subrayado mío).

Al leer la norma anterior, salta a la vista que el *único requisito que aquella le exigía al escrito por el que se propusiera el recurso era que indicara cuál es la providencia contentiva de la jurisprudencia* posiblemente quebrantada.

Comparando la norma legal en cita con los planteamientos de la sentencia acogida por la mayoría de la Sala, es fácil advertir que el fallo es mucho más exigente que la ley,

puesto que la decisión no niega que la actora citó las sentencias contentivas de la jurisprudencia violentada, y se apoya simplemente en que dicha persona dejó de hacer una confrontación exhaustiva de la sentencia acusada con las varias providencia a que se refiere la jurisprudencia citada por la interesada.

En resumen, *para la mayoría de la Sala,* el escrito por el cual la actora interpuso su recurso de súplica *tenía que reunir,* además de los requisitos previstos en el artículo 2o. de la Ley 11 de 1976, una *confrontación especial de la sentencia acusada con la jurisprudencia contenida en los varios fallos citados,* confrontación que en el sentir mayoritario tenía que hacerse tema por tema, punto por punto, y no en forma genérica como lo hizo la recurrente.

TECNICA DEJADA DE CUMPLIR POR LA ACTORA SEGUN LA DECISION MAYORITARIA

Siendo evidente que el artículo 2o. de la Ley 11 de 1976 era lo suficientemente claro como para no tener que acudir a su interpretación según los principios contemplados en los artículos 27 a 32 del Código Civil, resulta obvio que los preceptos técnicos dejados de observar por la actora son de exclusiva creación jurisprudencial.

POSIBLE JURISPRUDENCIA EQUIVOCADA

Los artículos 55 de la Constitución Nacional, 26 y 27 del Código Civil disponen en su orden:

"Artículo 55.— Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva, y la Jurisdiccional.

"El Congreso, el Gobierno y los Jueces *tienen funciones separadas,* pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". (Subrayado mío).

"Artículo 26.— Los jueces y los funcionario públicos, *en la aplicación de las leyes* a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretarán por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos o intereses particulares.

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina". (Subrayado mío).

"Artículo 27.— Cuando el sentido de la ley sea claro, *no se desatenderá su tenor literal* a pretexto de consultar su espíritu....." (subrayo).

Coordinando las tres (3) normas legales transcritas, es fácil concluir dos (2) cosas:

a) Que toda tesis jurisprudencial o doctrinal tiene que apoyarse necesariamente en una disposición legal, no pudiendo adicionar la respectiva disposición legal con requisitos o puntos no contemplados en ella, bajo riesgo de que el funcionario autor de la misma invada terrenos reservados al Congreso.

b) Que solamente es posible acudir al sistema de la interpretación cuando el sentido de la Ley no sea claro, ya que en caso contrario es imperativo respetar el tenor literal de la norma.

Habiendo quedado establecida la diamantina claridad del artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, que simplemente le exigía a los recurrentes en súplica citar o indicar las

sentencias contentivas de la posible jurisprudencia quebrantada, el Honorable Consejo de Estado carecía de facultades constitucionales para exigir, por jurisprudencia, que los escritos de súplica debieran contener, además del único requisito a que aludía la norma en referencia, las condiciones o especiales requisitos tenidos en cuenta por la mayoría para despachar desfavorablemente las peticiones de la actora.

En resumen, con el mayor respeto hacia los Honorables Magistrados que crearon la jurisprudencia exigente de mayores requisitos técnicos, estimo que tal decisión fue equivocada, como contraria a los artículos 55 de la Constitución Nacional, 26 y 27 del Código Civil.

V EL CONCEPTO "TECNICA"

De acuerdo con el artículo 29 del Código Civil, la palabra técnica se define, conforme al Diccionario de Derecho Usual de G. Cabanellas, Ediciones Santillana, Buenos Aires, Quinta Edición, página 137, así:

"Tanto el conjunto o serie de procedimientos, recursos y medios de acción de un arte como la pericia, destreza o habilidad para valerse de tales factores o elementos".

Se tiene, por tanto, que la técnica es un medio establecido para el servicio del hombre, a efecto de ayudarlo en la realización de un fin determinado, y no un condicionador del mismo, que como tal si no lo tiene en cuenta le impide lograr el fin buscado.

En materia jurídica se encuentra contemplada en la leyes procedimentales y su finalidad particularmente explicada en el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil cuando advierte que *"el objeto de los procedimiento es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial"*.

Sobre las bases anteriores, cabe sostener que en materia jurídica la técnica se encuentra establecida para ayudar, hasta el máximo, a que el derecho sustancial se realice, y que solamente por excepción, en casos taxativamente señalados por el legislador, impide que los jueces actúen en busca de la comentada finalidad.

Tratándose del recurso de súplica, a que se refería el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, *el único caso de excepción que impedía buscar la realización* del derecho sustantivo era el de que en el escrito dejaran de citarse las providencias contentivas de la posible jurisprudencia quebrantada, conforme el sentido, texto y tenor de dicha norma, que eran suficientemente claros.

Entonces, aparte de que la falta de los requisitos exigidos por la mayoría al recurso de la referencia, que condenaron el caso al fracaso y que a mi entender no son legales, con la decisión acogida se desconocieron igualmente el concepto y finalidad de la técnica, previstos en el ya citado artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, para llegar a la conclusión de que la técnica tiene por objeto obstaculizar la realización del derecho sustancial, y no ayudar a la realización del mismo.

Anótese, finalmente, que la técnica empleada por la actora en su escrito de súplica, a mi modo de ver ajustada plenamente a las exigencias del artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, así no hubiera sido correcta sí estaba llamada a cumplir su cometido, porque fue suficiente para que la totalidad de los integrantes de la Sala pudiéramos conocer en qué fallos se encuentra la jurisprudencia quebrantada por la sentencia acusada, lo que nos permitió a todos concluir, con excepción de los Magistrdos integrantes de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que evidentemente la violación existe, de cuya conclusión no se aparta ni la mayoría que resolvió el problema, excepción hecha de los citados

miembros de la Sección Segunda, porque dicha mayoría como lo anoté en su oportunidad, sostiene que si se tratara de un alegato de instancia habría que darle la razón a la actora, lo cual indica que para todos es manifiesto que la sentencia acusada desconoció reiterada jurisprudencia, que obligaba al Honorable Consejo a interpretar la demanda dirigida contra el SENADO, en el sentido de que evidentemente la parte demandada era LA NACION, jurisprudencia contenida en los varios fallos citados por la recurrente y recordados por la ponencia, hoy convertida en sentencia, para criticar a la actora.

VI CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, con el mayor respeto, estimo que la ponencia que debió acogerse por la Sala era la del Honorable Consejero CARLOS BETANCUR JARAMILLO, que resultó derrotada, y no la escogida por la mayoría, a efecto de que en lugar de resolver que el recurso de súplica no prosperó, tal recurso se hubiera declarado procedente para mantener, con base en dicha procedencia, la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechada julio 5 de 1983.

Fernando A. Garzón León Gómez, Conjuez.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ.

Referencia: Expediente No. 11070.
Actor: **Ana Delva Hernández de Puerta.**

Con el respeto debido a la opinión mayoritaria expresada en la decisión tomada en Sala Plena, debo manifestar mi desintimiento con ella. Para el efecto, hago mías las apreciaciones y razonamientos contenidos en el salvamento de los doctores Enrique Low Murtra y Carlos Betancur Jaramillo, a los cuales, por ser minuciosos y precisos no cabe agregar ningún otro.

Gustavo Humberto Rodríguez.

Bogotá, D.E., 24 de julio de 1984.

DOCENTES.— TRASLADO.— No ejercicio del cargo por no Asignación de carga Académica. HECHO DE LA ADMINISTRACION.— DEMANDA.— ACCION INDEMNIZATORIA POR HECHOS DE LA ADMINISTRACION.— CADUCIDAD.—

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., julio treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**
Referencia: Expediente No. 11079.
Actor: **Pedro Emilio Rodríguez Jiménez.**

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el actor contra la sentencia de la Sección Segunda de esta Sala, mediante la cual en única instancia, se declaró caducada la acción.

1. Antecedentes

El ciudadano Pedro Emilio Rodríguez Jiménez, por conducto de apoderado, presentó demanda ante la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el objeto de obtener las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.— Que la Nación, Ministerio de Educación Nacional es administrativamente responsable de los perjuicios materiales ocasionados al señor Pedro Emilio Rodríguez Jiménez, como consecuencia del hecho administrativo consistente en no haberle permitido a través del Rector del Colegio Nacional "Agustín Codazzi" de la ciudad de Codazzi, Departamento del Cesar, ejercer sus funciones docentes como profesor de enseñanza secundaria, escalafonado en la tercera categoría, cargo al cual fue trasladado por el citado Ministerio y del cual tomó posesión ante la Alcaldía del Municipio de Codazzi con los sueldos y primas correspondientes a un profesor de enseñanza secundaria escalafonado en la tercera categoría, desde el 4 de noviembre de 1976 hasta la fecha.

"SEGUNDA.— Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho quebrantado se condene a la NACION — Ministerio de Educación Nacional a reconocer y pagar al señor PEDRO EMILIO RODRIGUEZ JIMENEZ, mayor de edad, vecino de Corozal, los perjuicios de orden material — lucro cesante y daño emergente — que se le han ocasionado con motivo de los hechos expuestos en la petición primera de este libelo, perjuicios constituidos por los sueldos, primas y prestaciones sociales que corresponden a un profesor de enseñanza secundaria escalafonado en la tercera categoría, desde el cuatro (4) de noviembre de 1976, los rendimientos económicos de dichas sumas conforme al interés comercial corriente y la pérdida del poder adquisitivo de esas sumas o desvalorización de la moneda conforme a los datos oficiales, y los que serán fijados numéricamente por peritos legalmente designados de la lista de auxiliares o colaboradores de la justicia para el Honorable Consejo de Estado.

"TERCERA.— A la sentencia se dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Como disposiciones constitucionales y legales que sirven de fundamento a su acción, señala el actor las siguientes: Artículos 2o., 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional; artículo 9o. de la Ley 43 de 1945, concordante con su Decreto Reglamentario No. 30 de 1946; artículos 68 y 66 inciso 2o. de la Ley 167 de 1941.

Al explicar el concepto de la violación, el demandante hace los siguientes cargos: a) El artículo 9o. de la Ley 43 de 1945 preceptúa de manera perentoria que ningún profesor escalafonado, en desempeño de sus funciones docentes oficiales podrá ser destituido de su cargo sin antes haber sido excluido del escalafón, disposición que guarda armonía con las normas consagradas en el Decreto Reglamentario No. 30 de 1948. Y siendo esto así, tampoco puede ser privado de su empleo y del derecho a percibir la remuneración asignada por la ley, por consiguiente, no se le ha seguido proceso para excluirlo del Escalafón de Enseñanza Secundaria. De manera que si, como en el caso *sub-júdice*, a un docente que ha venido prestando sus servicios a la Nación en forma regular y además se encuentra inscrito en dicho escalafón, se le traslada a otro cargo dentro de la docencia secundaria oficial, se le da posesión de dicho cargo, pero no se le deja ejercer ese destino público y con ello se le priva del derecho a percibir la remune-

ración que la ley ha señalado para él, por razón de que en ese restablecimiento docente la planta de profesores está completa, es decir, que no hay posibilidad de darle carga académica, la Administración Pública compromete su responsabilidad extracontractual por el desconocimiento de un derecho consagrado en la legislación administrativa y los consiguientes perjuicios ocasionados al titular de ese derecho. b) El fundamento de la responsabilidad, en este evento, como ya lo ha expresado el Honorable Consejo de Estado, es la falla o culpa del servicio consistente en el hecho de que éste no funcionó irregularmente o funcionó tardíamente, concepción jurisprudencial y doctrinaria que en derecho colombiano tiene soporte en el artículo 16 de la Carta Política y en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941. c) En el caso presente se trata de un funcionamiento irregular del servicio público, que por ocasionar un perjuicio a un servidor público debe ser resarcido o indemnizado por la Nación —Administración Pública, ya que es apenas elemental que el Ministerio de Educación antes de trasladar al actor de un cargo a otro distinto del mismo ramo docente, debió haber previsto que existía disponibilidad de la planta de personal del establecimiento adonde se trasladaba al profesor, es decir, que existía la posibilidad de darle su carga académica reglamentaria y no obrar como lo hizo. d) Con pruebas documentales provenientes de la misma Administración, se demuestran los hechos de la presente acción.

II. La sentencia suplicada

La Sección Segunda, en su fallo de 1o. de diciembre de 1983 resolvió declarar "caducada la acción en este proceso".

Son tesis de la sentencia enjuiciada ante esta Sala Plena las siguientes:

"En el caso de estudio se solicita el restablecimiento del derecho violado que se hace consistir en el *reintegro del actor* al cargo de profesor de enseñanza secundaria del Colegio Nacional "Agustín Codazzi" con sede en la ciudad del mismo nombre, en el Departamento del Cesar, previo el pago de los sueldos, primas y demás prestaciones sociales que se hubieren causado durante la época en que permanezca cesante.

"Está demostrado que el demandante venía desempeñando el cargo ya indicado, en la Escuela Normal Superior de Varones de Corozal, Departamento de Sucre y que a finales del año de 1976 fue trasladado en las mismas condiciones, al Colegio Nacional Agustín Codazzi en el Cesar, cargo del cual tomó posesión el 22 de noviembre del año ya citado, pero no pudo ejercerlo debido a que, según lo indica la constancia de folio 8 del expediente, la rectoría del referido plantel no le pudo asignar carga académica, dada la circunstancia de que los cupos de los profesores ya estaban agotados. Este hecho tuvo lugar el día 8 de los mismos mes y año y cuando ya habían vencido, los cuatro meses a que se refiere el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al caso de estudio, el Delegado del Ministerio de Educación Nacional en el Fondo Educativo Regional en el Cesar expidió una nota fechada el 16 de mayo de 1977 dirigida a la Pagadora del Colegio Agustín Codazzi en la cual le dice que debe hacerse presente para atender lo relativo al pago de sueldos del profesor Pedro Emilio Rodríguez Jiménez ahora demandante. Con todo, dicha documental fue expedida dos meses después de vencido el término que el actor tenía para instaurar la presente acción y por lo tanto no queda solución diferente a la de concluir que en el caso *sub-júdice* la acción se halla caducada. En efecto, de conformidad con lo prescrito en el artículo 83 del Código Civil, antes citado, la acción encaminada a obtener una reparación por lesión en derechos particulares, prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción. (En el caso de autos se trata de un hecho). Y como esta circunstancia ocurrió el día 8 de noviembre de 1976 y la posesión del cargo que le había sido asignado al demandante lo fue el 22 de los citados mes y año, cualesquiera a la fecha que se tome como punto de partida para efectos de la

caducidad, el resultado es el mismo, esto es, que tanto para la fecha en la cual se produjo la nota emanada del Ministerio de Educación, a la cual se hizo mención, como para la fecha de presentación de la demanda 15 de octubre de 1979, la acción se encontraba caducada y por esta razón no podrá entrarse a estudiar el fondo de la controversia.

"A virtud de las consideraciones que preceden 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 caducada la acción en este proceso".

III. EL RECURSO DE SUPLICA.

El actor, por conducto de apoderado, interpuso recurso de súplica contra el fallo de la Sección Segunda.

I. Como fundamento del recurso expresa en primer lugar lo siguiente: "Riñe con la verdad la manifestación que se hace en la sentencia suplicada, cuando se afirma que en la demanda se solicita el restablecimiento del derecho violado"... "que se hace consistir en el reintegro del actor al cargo de profesor de enseñanza secundaria del Colegio Nacional 'Agustín Codazzi'... En efecto, basta con leer detenidamente las súplicas de la demanda"... "para encontrar que en ninguna de ellas se solicita la nulidad de acto administrativo alguno, como consecuencia de ella, el posible reintegro del actor al cargo docente que ocupaba, sino que, por el contrario, lo que se solicita es una declaratoria de responsabilidad extracontractual de la Nación por un hecho administrativo: el de no poder darle al actor cargo académico en el Colegio Normal al cual fue trasladado..."

II.— A continuación concluye de la siguiente manera:

"En efecto, no obstante de que en la providencia recurrida se parte del supuesto de que lo que hubo, en la conducta de no darle carga académica al actor en el Colegio al cual fue trasladado a consecuencia de estar completo el cupo de profesores, fue un hecho administrativo, como se reconoce y expresa en la parte pertinente de la providencia que me he (sic) permitido resaltar o subrayar, se le aplica en materia de caducidad de la acción, el inciso 3o. del artículo 83 de la Ley 167 de 1981 (actual Código Contencioso Administrativo), derogado o subrogado parcialmente por el artículo 28 del Decreto-Ley 528 de 1964, como lo ha dicho reiteradamente el Honorable Consejo de Estado, y no la citada norma contenida en el artículo 28 de ese Decreto 528 que establece un término de caducidad de tres años, contados a partir del hecho u operación administrativa que causa el daño, para el ejercicio de la acción indemnizatoria por hechos u operaciones administrativa, ahora denominada de reparación directa y cumplimiento por el Decreto 001 de 1984".

III. Dicho fallo, en su criterio, acoge doctrina contraria a las siguientes jurisprudencias:

"1).— *La sentencia de marzo de 1982* de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponencia del Honorable Consejero Eduardo Suescún, expediente No. 10808, actor Eliseo López Hidalgo y otra, recurso de súplica, que obra en los Anales del Consejo de Estado, primer semestre de 1982, pendiente "de publicación en este momento, aun cuando ya próximo a aparecer, pero que igualmente está publicada en los Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado de mayo de este año, aun cuando parcialmente, en la cual claramente se expresa lo que dice la norma jurídica: las indemnizaciones por hechos, operaciones administrativas, omisiones y vías de hecho deben promoverse dentro de los tres años siguientes a la ejecución o realización del hecho u operación administrativa que causa el daño".

2).— El auto de agosto 21 de 1972 de *la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo*, ponencia del Honorable Consejero Mora Osejo, publicada en los Anales del Consejo, Año XLVII, Tomo LXXXIII, Nos. 435-436, páginas 374 a 380, en la cual esa Honorable Corporación hizo un exhaustivo estudio sobre las acciones contenciosas, su régimen sus diferencias, etc., y en donde claramente se expresa que la acción de plena jurisdicción —la indemnizatoria es o era una modalidad de ella *"debe proponerse o incoarse por el interesado dentro de los correspondientes términos legales, que varían según la pretensión de que se trata* (artículo 83 del Código Contencioso Administrativo: 38 de la Ley 135 de 1961, 28 del Decreto-Ley No. 528 de 1964 y 7o. de la Ley 1a. de 1968...)". El subrayado es mío.

"A estas sentencias podrían agregarse, las siguientes providencias que igualmente recogen la concepción jurisprudencial de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

"a).— La providencia de 13 de diciembre de 1968. *Sección Tercera*, Sala de Decisión, publicada en los Anales del Consejo Tomo LXXV, Nos. 419-420, páginas 361 a 367, en donde claramente se afirma que 'a partir de la vigencia del Decreto 528 de 1964, que dió competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones indemnizatorias contra la administración, atribuidas antes a la jurisdicción ordinaria, condicionó su conocimiento a que aquellas se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho o (sic) operación correspondiente' (artículo 28).

"b).— Las providencias de agosto 8 y agosto 11 de 1969 de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Honorable Consejo de Estado, ponencias del Honorable consejero Ricardo Bonilla Gutiérrez, expedientes Nos. 1071 y 1062, actores Ricardo Yuri y Jaime Céspedes, Números de sistematización de la Relatoría del Consejo de Estado 0323 y 0324, en donde claramente se afirma que el artículo 28 del Decreto-Ley 528 de 1964, sobre caducidad de la acción indemnizatoria por hechos u operaciones administrativas, vino a sustituir la regla de la caducidad contenida en el tercer inciso del artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

"c).— Finalmente la sentencia de 2 de febrero de 1979 de la Sección Segunda de la Sala Contenciosa del Honorable Consejo de Estado, ponencia de la Honorable Consejera Aydée Anzola Linares, citada en la demanda y que tampoco se tuvo en cuenta, en la cual se decidió un caso exactamente igual al acá controvertido: una profesora designada para desempeñar un cargo docente en un Colegio del Ministerio de Educación, posesionada del cargo, a la cual no se le permitió desempeñar sus funciones (Extractos del Consejo de Estado de febrero de 1979, actor Irma Judit del Carmen Bernal)".

IV. Consideraciones de la Sala

a).— Es jurisprudencia reiterada de esta Corporación que las únicas providencias que pueden ser contrariadas en virtud del recurso extraordinario de súplica, son las sentencias dictadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (ver sentencia de 25 de marzo de 1981 de esta Sala. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Anales del Consejo de Estado, año LVI, Tomo C, números 469, 470, páginas 526-529). Y que están excluidas igualmente del ámbito de dicho recurso, los autos (ver sentencia de 18 de agosto de 1981) actor: Alberto Godoy Martínez, expediente No. 10226, Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún, y sentencia de 26 de abril de 1984 Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango, Anales del Consejo de Estado. Año LIV, números 477-478, páginas 1004 a 1013).

b).— De un detenido análisis del escrito de súplica se observa que la de las varias jurisprudencias citadas en él como transgredidas por la sentencia suplicada, sólo tiene el carácter de sentencia y proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la

de 2 de marzo de 1982, expediente No. 10808, actor Eliseo López Hidalgo, con ponencia del Consejero, doctor Eduardo Suescún Monroy. Así que, a ésta se contraerá el consejo jurisprudencial para verificar el quebranto o no de ella.

c).— El cargo que se endilga a la sentencia suplicada consiste en que no tuvo en cuenta la doctrina de la susodicha sentencia de marzo 2 de 1982, según la cual: "... las indemnizaciones por hechos, operaciones administrativas, omisiones y vías de hecho deben promoverse dentro de los tres (3) años siguientes a la ejecución o realización del hecho u operación administrativa que causa el daño".

En resumen, se decidió allí favorablemente la demanda presentada contra la Nación por el señor Eliseo López Hidalgo y su esposa señora Ana Sofía García de López por los perjuicios materiales y morales que sufrieron, a causa del deceso de su hijo, el soldado Eliseo de Jesús López García, en la explosión ocurrida en Cali el 7 de agosto de 1956.

La tesis que contiene esta sentencia es al respecto la siguiente:

"Aunque en este juicio no se propuso la excepción de prescripción ni ha sido objetada la vigencia de la acción resulta importante aclarar que el presente juicio se rige por el antiguo sistema de la prescripción ordinaria civil y no por el nuevo de la caducidad administrativa establecido por las acciones indemnizatorias por el Decreto 528 de 1964. En efecto así lo indica el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 y así lo ha resuelto el Consejo en forma reiterada, dado que los hechos ocurrieron en 1956, cuando el régimen aplicable era el de la prescripción civil.

"..... ....."

Se observa:

Del cuidadoso y detenido parangón que efectúa la Sala entre las sentencias enfrentadas concluye que la suplicada transgrede la de la Sala Plena, por las siguientes razones:

a).— La sentencia suplicada sostiene que las acciones indemnizatorias por hechos de la administración caducan en cuatro meses, esto es, que están regidas por el artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

Así se desprende del siguiente párrafo:

"Está demostrado que el demandante venía ejerciendo el cargo ya indicado, en la Escuela Superior de Varones de Corozal, Departamento de Sucre y que a finales del año de 1976 fue trasladado en las mismas condiciones, al Colegio Nacional Agustín Codazzi en el Cesar, cargo del cual tomó posesión el 22 de noviembre del año ya citado, *pero no pudo ejercerlo debido a que, según lo indica la constancia de folio 8 del expediente, la rectoría de dicho plantel no le pudo asignar carga académica*, dada la circunstancia de que los cargos de profesores ya estaban agotados. Este hecho tuvo lugar el día 8 de los mismos mes y año y cuando ya habían vencido los cuatro meses a que se refiere el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

"En efecto, de conformidad con lo prescrito en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo antes citado, la acción encaminada a obtener una reparación de derechos particulares, prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses de realizado *el hecho* u operación administrativa que cause la acción (en el caso de autos se trata de un hecho)" (Subraya la Sala).

Obsérvese como corroboración de lo dicho, que justamente el fallo de la Sección Segunda al referirse a dicho artículo 83 omitió expresamente la parte que habla de "acto" (administrativo) para concentrar su atención y énfasis en los vocablos "realización del hecho u operación administrativa", esto es, el aspecto que dicho artículo fue reformado por el Decreto 528.

b).— Lo anterior se encuentra en contradicción con lo sostenido por esta Sala en la sentencia de 2 de marzo de 1982 en que precisamente se dijo que las acciones indemnizatorias están reguladas por el Decreto 528 de 1964, que en su artículo 28 establece un término de caducidad de tres (3) años.

c).— Esta contrariedad jurisprudencial es suficiente para que prospere el cargo, toda vez que el Consejo, además, en reiteradas ocasiones ha sostenido que la caducidad en tratándose de acciones indemnizatorias por hechos de la Administración es de tres años, de conformidad con el referido Decreto 528.

d).— La circunstancia de que el fallo objeto de la presente súplica haya hablado equivocadamente de reintegro del actor, cuando en realidad de verdad lo demandado era la indemnización de un hecho, como así lo reconoce, no tiene relevancia ninguna para este recurso toda vez que, cabalmente, la decisión de la sentencia recurrida al declarar la caducidad se fundó en la consideración de que ésta era de cuatro (4) meses, pese a que, como se dijo, la jurisprudencia de esta Corporación, ha insistido en la aplicación del artículo 25 del citado Decreto 528 que señala el período de tres (3) años.

e).— Como el recurso prospera, habrá de anularse la sentencia acusada y proferir la instancia que haya de reemplazar a aquella.

V. La nueva sentencia

Para proferir sentencia de instancia, la Sala hace las siguientes consideraciones:

a).— El señor Fiscal Cuarto ante esta Corporación conceptúa del siguiente modo:

"Sostiene el libelo inicial que la Nación debe indemnizar los perjuicios presuntamente sufridos por el demandante, incluyendo intereses y desvalorización de la moneda, por no habérsele permitido el ejercicio de un cargo docente en el municipio de Codazzi, departamento del Cesar, a partir del 4 de noviembre de 1976.

"Según la prueba que obra a folio 81, el accionante ha estado desempeñando un cargo como profesor en el Colegio Antonio Santos en el municipio de Sincé, departamento de Sucre, desde el 16 de mayo de 1975 hasta la fecha del certificado 18 de octubre de 1982.

"Para que prosperaran las pretensiones era necesario demostrar, en las condiciones que se dejan reseñadas, que el accionante físicamente sí hubiera podido desempeñar sus funciones docentes en ambos municipios, único caso en que se le hubiera perjudicado al impedírsele el ejercicio del cargo en Codazzi.

"En el expediente no existen las pruebas que acrediten tal posibilidad, máxime cuando los supuestos de hecho del libelo inicial no se encuentra la circunstancia del desempeño del cargo en el municipio de Sincé.

"Consecuentemente, deben negarse las pretensiones del libelo inicial".

Se encuentra demostrado la siguiente:

1. El carácter de funcionario público del actor, inscrito en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, tercera categoría. (Folio 2).

2. Que venía prestando sus servicios como docente al Ministerio de Educación Nacional desde el año de 1963 (folios 3, 4, 5, 6, 50, 54, 55 y 59).

3. Que fue trasladado de la Escuela Nacional de Corozal (Sucre) al Colegio Nacional "Agustín Codazzi" en Codazzi (Cesar), según Resolución No. 9486 de 4 de noviembre de 1976 del Ministerio de Educación Nacional (folio 6).

4. Que tomó posesión del nuevo cargo ante el Alcalde del Municipio de Codazzi el 22 de noviembre de 1976 (folio 7).

5. Que se presentó ante el rector del Colegio Nacional Agustín Codazzi a desempeñar su cargo, pero no pudo hacerlo debido a la imposibilidad de que se le asignara carga académica (folios 8, 9, 69 y 73).

6. Que como consecuencia de lo anterior, se le causaron perjuicios, que la Administración Pública debe resarcirle, dado que por el deficiente funcionamiento del servicio público en la forma anotada no pudo el demandante entrar a ejercer su destino.

c).— Para fines de establecer el período durante el cual se reconocerá indemnización a favor del demandante, se observa: En cuanto hace a la fecha inicial, se tomará el 8 de noviembre de 1976 en que, según constancia obrante a folio 8, el rector del Colegio Nacional Agustín Codazzi le manifiesta al actor que no le es posible asignarle carga académica, esto es, el hecho que genera la presente responsabilidad extracontractual.

Respecto del extremo final hay los siguientes hechos nuevos no presentados en la demanda y dados a conocer dentro del proceso por el Ministerio de Educación Nacional:

1. Pedro Emilio Rodríguez mediante comunicación de 20 de enero de 1977 (folios 26 y 44) dirigida al delegado del Ministerio de Educación de Sucre presentó renuncia del cargo, así:

"Dejo constancia de mi presentación como profesor trasladado en noviembre de 1976 a la Normal Nacional de la ciudad de Corozal (Sucre) al Agustín Codazzi (Cesar) al que por motivos de la no cancelación de mis sueldos desde noviembre de 1976 no me he podido presentar.

"También para informar mi decisión de quedarme a trabajar en el Departamento de Sucre renunciando *al cargo de profesor de tiempo completo* que desempeño en el Instituto Nacional Agustín Codazzi" (Se subraya).

2. Más esta renuncia sólo le fue aceptada por Resolución No. 6390 de 5 de julio de 1977 del Ministerio de Educación Nacional (folios 27 y 41), retroactivamente al 20 de enero de dicho año, y, se le informó sobre ella en comunicación dirigida cabalmente al Colegio de Codazzi (folio 30). Pues bien, será entonces esta última fecha que se tendrá como de terminación del lapso indemnizatorio, porque desde tal momento quedó el demandante desinvestido de sus funciones docentes, esto es separado oficialmente de la Administración Pública, sin que se tenga eficacia jurídica, por tal razón, la anotación que en la mentada resolución se hace de darle carácter retroactivo al 20 de enero de 1977 a dicha renuncia.

d).— Está establecido en autos lo siguiente:

1. Para la fecha del traslado al Colegio de Codazzi, el actor trabajaba en el Colegio de Corozal (folios 5, 6 y 44).

2. Que durante el período a que se condene por perjuicios en este fallo (8 de noviembre de 1976 a 5 de julio de 1977) también ejerció el demandante labores docentes en el municipio de Sincé (Sucre). En efecto: Obra en autos certificado del Jefe de Estadística y Personal del Fondo Educativo Regional de Sucre del Ministerio de Educación Nacional, en que se hace constar que a Pedro Emilio Rodríguez se le cancelaron sueldos como profesor en el Colegio Antonia Santos en el municipio de Sucre desde el 16 de mayo de 1975 hasta la fecha, esto es, el 9 de octubre de 1982, fecha de expedición de dicho certificado (folio 81). Este fue solicitado por el Consejero Ponente a instancia de la Fiscalía Cuarta de esta Corporación, esto es, que también surgió como hecho nuevo no incluido en el escrito de demanda.

3. Pues bien, del monto de la indemnización se descontarán las sumas percibidas de los Colegios de Sincé y Corozal en el Departamento del Cesar y por el mismo período de 8 de noviembre de 1976 a 5 de julio de 1977 y ello porque si bien el actor no pudo desempeñarse de tiempo completo en el Colegio de Codazzi, sí lo hizo mientras tanto en los dos planteles oficiales primeramente citados, pues, en estas condiciones el perjuicio se encuentra aminorado, ya que por otra parte el mismo Estado simultáneamente remuneraba al actor.

El descuento de lo devengado en el Colegio de Corozal se hará si el actor continuó laborando allí, pues no existe certeza en autos en ningún sentido.

e).— La presente acción indemnizatoria de perjuicios se presentó dentro del período de los tres años del artículo 28 del Decreto 528 de 1964. En efecto, el hecho administrativo ocurrió el 8 de noviembre de 1976 y el escrito de demanda se introdujo ante esta Corporación el 5 de octubre de 1979 (folio 19).

Petición de perjuicios

El actor tras pedir la declaración de la responsabilidad de la Nación Ministerio de Educación Nacional por los perjuicios materiales que se le causaron, concreta éstos en la petición segunda del libelo, así:

"Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho quebrantado, se condene a la Nación —Ministerio de Educación Nacional— a reconocer y pagar al señor Pedro Emilio Rodríguez Jiménez, mayor de edad, vecino de Corozal, los perjuicios de orden material, lucro cesante y daño emergente, que se le han ocasionado con motivo de los hechos expuestos en la petición primera de este libelo, perjuicios constituidos por los sueldos, primas y prestaciones sociales que corresponden a un profesor de enseñanza secundaria escalafonado en la tercera categoría, desde el cuatro (4) de noviembre de 1976, los rendimientos económicos de dichas sumas conforme al interés comercial corriente y la pérdida del poder adquisitivo de esas sumas o desvalorización de la moneda conforme a los datos oficiales, y los que serán fijados numéricamente por peritos legalmente designados de la lista de auxiliares o colaboradores de la justicia para el Honorable Consejo de Estado".

Sobre la indemnización solicitada, se observa que como no aparece demostrada la cuantía, la condena se hará en forma genérica a términos del artículo 172 del Decreto No. 01 de 1984 sobre las bases que a continuación se señalan:

1. El daño emergente y el lucro cesante comprenderán el período del 8 de noviembre de 1976 al 5 de julio de 1977, por las razones anteriormente señaladas.

2. Para lo anterior, se tendrán en cuenta los sueldos, primas y prestaciones que correspondan al cargo para el cual fue traslado al Colegio Nacional Agustín Codazzi del Departamento del Cesar.

3. Del monto se descontarán las sumas que el demandante hubiere percibido a título de su desempeño como profesor de los Colegios de Sincé y Corozal en el Departamento de Sucre, (en cuanto a este último plantel si continuó trajando en Corozal) hasta concurrencia de dicho monto y por el período a que se refiere el numeral anterior.

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:

1o. Se anula la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa de esta Corporación el 1o. de diciembre de 1983, por lo cual declaró caducada la acción y, en su lugar se dispone:

2o. La Nación —Ministerio de Educación Nacional es responsable de los hechos que impidieron a Pedro Emilio Rodríguez Jiménez el desempeño del cargo de profesor en el Colegio Nacional Agustín Codazzi de Codazzi (Departamento del Cesar) para el cual fue designado por Resolución No. 9486 de 4 de noviembre de 1976 y posesionado el 22 de los mismos mes y año, y por cuya causa no recibió los sueldos y prestaciones sociales correspondientes, por el período del 8 de noviembre de 1976 a 5 de julio de 1977.

3o. Se condena, en consecuencia, a la Nación —Ministerio de Educación Nacional, a pagar al señor Pedro Emilio Rodríguez Jiménez, los perjuicios materiales que se determinen mediante el incidente a que se refiere el artículo 172 del Decreto No. 01 de 1984, en armonía con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, conforme a las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia.

4o. En firme este fallo, devuélvase el expediente a la Sección de origen.

Sesión del día 10 de julio de 1984.

Cópiese y notifíquese.

Mario Enrique Pérez V., Presidente, **Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker**, ausente, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Samuel Buitrago Hurtado, Enrique Low Murtra**, ausente, **Carmelo Martínez Conn**, ausente, **Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya**, ausente, **Jacobo Pérez Escobar, Gustavo Humberto Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango**, ausente, **Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

TITULO X

RECURSOS DE ANULACION

LAUDO ARBITRAL— Competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer sobre el (artículo 128 numeral 12 del nuevo Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984). CLAUSULA COMPROMISORIA. (Artículo 66 del Decreto 150 de 1976. El artículo 665 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el numeral 3o. del 664 es la regla general, aplicable en aquellos casos en que no exista disposición legal en contrario. El artículo 66 del Decreto 150 de 1976 no puede entenderse como modificatorio del.....

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.— Bogotá, D.E., agosto 9 de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Referencia: Expediente No. 3546. Laudo Arbitral.
Actor: **Fondo Vial Nacional —Atuesta—. Guarín y Pombo Limitada.**

Conoce la Sala del recurso de anulación propuesto contra el laudo arbitral dictado el 4 de noviembre de 1981, mediante el cual se dirimió la controversia suscitada entre la Sociedad Atuesta Guarín y Pombo y el Fondo Vial Nacional.

Dichas partes suscribieron el contrato 448-75 de concesión para la conservación de la carretera Girardot-Ibagué.

En dicho convenio se pactó la cláusula compromisoria (Décima novena).

Surgido el desacuerdo, las partes con sujeción a la misma, hicieron la designación de los árbitros y el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia designó al tercero.

Cumplido el trámite indicado en el Código de Procedimietno Civil para el proceso arbitral (artículo 663 y siguientes), el Tribunal dictó el fallo en la fecha indicada atrás, en los siguientes términos:

A.— Cuestiones y peticiones de ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA.

1o. Niégase la resolución del contrato 448/77 celebrado entre el FONDO VIAL NACIONAL Y ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA., lo mismo que las declaraciones consecuenciales de la resolución.

2o. Declárase que ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA. ha cumplido el Contrato 448/77.

3o. No se exonera a ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA. de continuar el cumplimiento del Contrato 448/77.

4o. Acéptase la prescindencia de la segunda cuestión sometida por ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA. a la decisión de este Tribunal.

5o. Declárase que con la aplicación de la fórmula matemática pactada en el Contrato 448/77 para el reajuste de tarifas se rompe el equilibrio financiero del mismo contrato.

6o. Para restablecer el equilibrio financiero del Contrato 448/77 hasta el 31 de mayo de 1981 condénase al FONDO VIAL NACIONAL a pagar a ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA. treinta (30) días después de ejecutoriado este laudo, la cantidad de sesenta y dos millones cuatrocientos veintitrés mil novecientos veintiséis ($ 62.423.926.00).

7o. Niégase la adición de costas económicas y financieras a la anterior cantidad.

8o. Declárase que no existe equipo afectado o anexo directamente a la obra.

B. Cuestiones y peticiones del FONDO VIAL NACIONAL.

1a. Es válida la cláusula vigésima segunda del Contrato 448/77 celebrado entre el FONDO VIAL NACIONAL y ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA.

2a. Las precisiones de los valores de obras ejecutadas y recaudadas por peaje, mes por mes, cuestión de índole probatoria fue establecida por los peritos al contestar la séptima pregunta del cuestionario que sometió el FONDO VIAL NACIONAL y con este parte del experticio se resuelve la cuestión planteada.

3a. Se declara que el FONDO VIAL NACIONAL no ha incumplido el Contrato 448/77 celebrado con ATUESTA GUARIN Y POMBO.

4a. Se declara que ATUESTA GUARIN Y POMBO ha cumplido el Contrato 448/77.

5a. No se exonera a ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA. del cumplimiento del Contrato 448/77, pero se declara que no está obligada a pagar ninguna indemnización de perjuicios al FONDO.

6a. Se niega la petición Tercera del FONDO.

7a. Se niega la imposición de la multa prevista en la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato 448/77.

8a. Se declara que no hay equipo ni muebles anexos a o afectados directamente a la obra.

9a. Este laudo se notificará a las partes en audiencia y se comunicará por escrito a la Aseguradora Seguros Colombia S.A..

10a. Por haber prosperado parcialmente las pretensiones de cada una de las partes, el Tribunal se abstiene de hacer condena en costas (Código de Procedimiento Civil artículo 392.5).

Luego de interponer el recurso de anulación para ante el Tribunal Superior de Bogotá, el Fondo Vial propuso a esta Corporación la colisión positiva de competencia por tratarse de una controversia surgida de un contrato administrativo de concesión de obra pública.

La Sociedad Atuesta Guarín y Pombo Ltda. se opuso a dicha colisión, por estimar que el conocimiento de ese recurso estaba adscrito expresamente al Tribunal Superior: por no constituir un acto administración el laudo arbitral sino una sentencia; porque las causales de impugnación de ese laudo eran esencialmente *in procedendo;* porque ni la cláusula general de competencia ni la enumeración legislativa permitían adscribirle ese conocimiento a la jurisdicción administrativa.

Aunque el suscrito ponente estuvo en desacuerdo con la posición asumida por el Fondo, la Sala Plena, por mayoría, con ponencia del señor Consejero Buitrago Hurtado, mediante proveído de 3 de junio de 1983 provocó la colisión propuesta a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Mediante la providencia de marzo 5 del presente año, dicho Tribunal remitió el asunto a esta Corporación por cuanto consideró que con la expedición del Decreto 01, que empezó a regir el 1o. del citado mes, ese organismo había perdido la competencia.

La remisión aludida se hizo cuando ya el trámite del recurso se había cumplido en su integridad ante el tantas veces mencionado Tribunal Superior.

Para resolver, se considera:

Luego de las incidencias que se dejan narradas, pasa la Sala a decidir el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 4 de noviembre de 1981 proferido con base en el contrato de obra pública 448/77 y que dirimió las controversias surgidas entre las partes durante la ejecución del mismo.

Sea lo primero advertir que el nuevo Código Contencioso Administrativo que empezó a regir el 1o. de marzo del presente año, zanjó toda posible discusión sobre la competencia de esta jurisdicción para el conocimiento del aludido recurso. Así, el artículo 128 en su numeral 12 dispuso que la Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 12) De los de nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos administrativos, o de derecho privado de la Administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, en los términos y por las causales previstas en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil.

Está por fuera de duda y de discusión la índole de contrato administrativo de concesión de obra pública que celebró el Fondo Vial Nacional con la Sociedad Atuesta Guarín y Pombo Ltda. distinguido con el No. 448/77 para la conservación de la carretera Girardot-Ibagué, dentro de los términos del Decreto 150 de 1976.

El Tribunal Superior de Cundinamarca cumplió el trámite del recurso interpuso por el Fondo Vial Nacional con sujeción a lo ordenado en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil. Así, dio traslado al recurrente para su sustentación por el término de cinco días; y puso a disposición de la otra parte (Atuesta Guarín y Pombo Ltda.) el escrito por un término igual. Vencido el traslado, es oportuno entrar a decidir:

El Fondo Vial en su escrito de sustentación del recurso, luego de narrar los antecedentes del asunto, invoca dos causales de nulidad del laudo proferido por los árbitros, así:

1. "No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en la forma legal, y

2. "No haberse hecho la notificación personal de que trata el numeral 6 del artículo 670, o la que ordena el inciso tercero del numeral 2 del artículo 671, salvo que se haya producido su saneamiento conforme al artículo 156".

Sustentó el recurrente las causales transcritas y que corresponden a las contempladas en los numerales 2 y 3 del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera:

Causal segunda:

No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en la forma legal.

La forma prevista en el Contrato 448/77, para integrar el Tribunal de Arbitramento que debía resolver, en caso necesario, las diferencias que sobre temas precisos contiene la Cláusula Compromisoria, parece completamente ilegal:

a) En efecto, según la Cláusula Decimonovena, el Tribunal estaría compuesto por tres árbitros designados, uno por cada una de las partes y el tercero por el Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quien también escogería el de la parte que se negare a hacerlo dentro del plazo convenido.

b) El Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 14 de noviembre de 1979, estimó que semejante forma de integrar un Tribunal frente a la filosofía y las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil, no era correcta.

c) Al examinar las cuestiones planteadas en la sentencia del Tribunal Sala Civil, dijo esa Corporación: "La nueva legislación en esta materia tuvo una finalidad bien precisa: evitar que cada parte designara aisladamente a sus árbitros, *y por lo tanto evitar que los árbitros se sintieran ligados a una parte ante que otra, con grave peligro para imparcialidad".*

d) En auto del 18 de diciembre de 1981 el Honorable Tribunal Superior de Bogotá (Sala Civil de Decisión, Magistrado Ponente: doctor Guillermo Rojas Vargas) en el arbitramento de Roberto Uribe y el Instituto de Crédito Territorial, al resolver el recurso de nulidad interpuesto por el primeramente nombrado, declaró infundado tal recurso en el cual se alegaba la causal 2a. del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil. En dicha providencia el Honorable Tribunal tuvo en cuenta especialmente el artículo 65 del Decreto 150 de 1976 y lo consideró una norma especial y posterior al Código de Procedimiento Civil y por tal razón denegó la causal de nulidad invocada, sin entrar a considerar el aspecto constitucional que es, definitivamente trascendental.

e) El artículo 66 del Decreto 150 de 1976 no puede modificar el procedimiento civil pues la ley 28 de 1974, no dio facultades para reformarlo, de manera que, si se le diera tal alcance, cabría la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la cual invocó. Tal es el sentido de la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de 1o. de diciembre de 1977, que declaró inexequibles, parcialmente, los artículos 52 y el inciso final del artículo 192 del mismo Decreto 150 de 1976, *por cuanto implicaban modificaciones al Código de Procedimiento Civil, para lo cual no estaba autorizado el Presidente de la República.*

En consecuencia y de conformidad con lo expuesto anteriormente, el Tribunal de Arbitramento que se constituyó en el artículo o Cláusula Décimanovena del Contrato 448/77 lo fue ilegalmente, sobre lo cual se ha insistido a todo lo largo del proceso.

Causal tercera:

"No haberse hecho la notificación personal de que trata el numeral 6 del artículo 678, o la que ordena el inciso tercero del numeral 2 del artículo 167, salvo que se haya producido su saneamiento conforme al artículo 156."

El artículo 19 del Código Contencioso Administrativo dice lo siguiente:

"El Ministerio Público debe intervenir en todas las actuaciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Ejercerá, además, las otras funciones que señale la ley en relación con estas corporaciones.

"Todas las providencias en los juicios administrativos que se sigan ante estas entidades deberán ser notificadas al respectivo Agente del Ministerio Público, quien puede usar con respecto a ellas de los recursos legales.

"Que el artículo 66 del Decreto 150 de 1975, haya permitido la sustitución del Juez, mediante el arbitramento, esto no significa sino únicamente sustitución de juez, pero tal norma no afecta las disposiciones procedimentales entre ellas, las que se trata en el artículo anterior, transcrito.

"Y, en este caso, es evidente que no se ha llevado a cabo la notificación personal al señor Agente del Ministerio Público.

"De acuerdo con todo lo anterior, muy atentamente solcito a ese Honorable Consejo de Estado, se sirva atender favorablemente las solicitudes contenidas en este escrito".

Por su lado la Sociedad impugnadora del recurso alega al respecto:

"Las únicas dos causales, de procedimiento, como tienen que ser, en que se funda el recurrente, que son: a.— Que el Tribunal de Arbitramento no se constituyó en forma legal; b.— Que no hubo intervención en el proceso arbitral del Fiscal del Consejo de Estado, no tienen fundamento jurídico alguno. Así lo ha decido el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en abundante jurisprudencia, que han compartido valga la expresión, "todos" los Tribunales de Arbitramento que se han constituido pra dirimir cuestiones relacionadas con diferencias ocurridas en la ejecución de contratos administrativos. Estos Tribunales de Arbitramento, han estado integrados por muy distinguidos abogados, de una innegable prestancia profesional, como son los doctores, Aurelio Camacho Rueda (q.e.p.d.), Hernando Morales Molina, Carlos Holguín Holguín, Alvaro Tafur Galvis, Rafael Hernando Gamboa Serrano, Francisco Zuleta Holguín, Alfonso Suárez de Castro, Jorge Vélez García, Mario Latorre Rueda, Otto Morales Benítez y Gilberto Arango Londoño. En el acto de instalarse los Tribunales de Arbitramento respectivo, los árbitros decidieron sobre su competencia y sobre la legalidad de sus nombramientos, y estuvieron de acuerdo en que el artículo 66 del Decreto 150 de 1976, durante todo el tiempo en que estuvo vigente, atribuía facultades para que las partes nombraran los árbitros, como lo hubieran convenido en el respectivo contrato; y en lo que respecta a la exótica intervención del Fiscal del Consejo de Estado, se negó por improcedente e injustificada, en todas las causas, y el mismo apoderado del Fondo Vial que ahora actúa en el recurso, aceptó la negativa.

"Ruego al Honorable Consejero Ponente que tenga en cuenta las razones que expuse al descorrer el traslado en el alegato No. 048-82 que presentó en tiempo en el Tribunal Superior de este Distrito, donde se estaba surtiendo el trámite, el 26 de febrero de 1982, que se halla en el expediente, y que me permito acompañar fotocopia, en la cual aparecen el sello y la fecha de presentación. Aclaro que en éste alegato hay aspectos que ya no resultan prácticos, como son los relativos a la controversia de cuál era la jurisdicción competente para conocer del recurso de anulación, comentarios en los cuales considero honroso para mí haber siempre coincidido con las tesis jurisprudenciales expuestas por el Honorable Consejero a quien me dirijo, que consideré las únicas jurídicas, pero que definitivamente, no fueron acogidas por la mayoría de la Sala Plena, del Honorable Consejo de Estado. Este punto tiene sólo una referencia teórica, pues, como ya dije, la materia fue decidida por la ley y el debate jurisprudencial y académico terminó.

"Como cuestión importante es del caso que mencione el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, no es de los que se llaman recursos verticales o sea que lo

que va a decidir el Honorable Consejo de Estado no puede implicar, en ningún caso, una segunda instancia, porque ello sería vulnerar y desconocer la autoridad de la cosa juzgada, que es uno de los pilares básicos de nuestro derecho. Por ello, la cuestión de mérito o de fondo, es intocable y ya está fallada, con fuerza ejecutoria. El recurso extraordinario de anulación, solo tiene por objeto establecer si el laudo fue expedido violando formalidades de procedimiento. Es decir, si existen 'vicios *in procendo*', pero no resucitar una controversia sobre la parte de fondo o *'in judicando'*, como lo trata de insinuar el Fondo Vial. Ello constituye un aspecto fundamental".

Para la Sala ninguna de las causales alegadas está llamada a prosperar. Para el efecto, anota:

Primero. Dispone la cláusula décima novena del contrato en cuestión.

"Las diferencias que se susciten entre el FONDO VIAL NACIONAL y el Concesionario con motivo de la ejecución o de la liquidación del presente contrato y que no hayan podido ser solucionadas directamente por las partes en el término de un mes, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres árbitros conforme al siguiente detalle: Cada una de las partes designará un árbitro dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de la etapa de arreglo directo, y, el tercero, lo será por el Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quien también escogerá al árbitro de la parte que se negare a hacerlo dentro del plazo convenido.

"Los árbitros serán ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos. El fallo que se profiera será en derecho, pero no podrá versar sobre la aplicación de las cláusulas de terminación o reducción del contrato por voluntad del FONDO VIAL NACIONAL (vigésima primera) ni sobre sus efectos".

La cláusula que se deja transcrita está en un todo de acuerdo con el artículo 66 del Decreto 150 de 1978 (vigente a la fecha de la celebración del contrato) que dispone que en la cláusula "deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros".

Esta disposición de alcance especial y aplicable para los contratos que estaban regulados por el mencionado Decreto 150, entre los que se cuenta precisamente el aquí cuestionado, es la que gobierna el punto aquí debatido. El artículo 665 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el numeral 3 del 664 es la regla general, aplicable en aquellos casos en que no exista disposición legal en contrario.

Además de la especialidad que ostentaba el artículo 66 del Decreto 150 de 1976, su posterioridad en relación con el Código de Procedimiento Civil, es también obvia.

Ese artículo 66 no puede entenderse como modificatorio del mencionado Código (C. P. C.) sino como una norma especial para los contratos de la administración sujetos, en principio, a reglas especiales diferentes a los del derecho privado. Si la intención del legislador de 1976 hubiera sido la de variar las normas indicadas en el Decreto 1400 de 1970 en materia de cláusula compromisoria, podría pensarse en un exceso en las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 28 de 1974. Pero nada permite arribar a esa conclusión, máxime cuando el estatuto procesal civil al regular el proceso arbitral se refiere ordinariamente a los contratos sujetos al derecho privado.

Para corroborar lo dicho basta observar el campo de aplicación señalado en el artículo 1o. del Decreto 150, norma que a la letra dice:

"De las entidades a las cuales se aplica el presente decreto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (ministerio y departamentos administrativos) y los establecimientos públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

"A las empresas industriales y comerciales del Estado, y a las sociedades de economía mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstitos y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades".

Segundo.— La segunda causal alegada, según el recurrente está contemplada en el numeral 3 del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil norma que dispone:

"No haberse hecho la notificación personal de que trata el numeral 6 del artículo 670 o la que ordena el inciso tercero del numeral 2 del artículo 671, salvo que se haya producido su saneamiento conforme al artículo 156, numeral 8 del Código de Comercio".

Para el mismo recurrente, el laudo es nulo porque se omitió la notificación al Ministerio Público, tal como lo ordena el artículo 19 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941).

Para la Sala, tampoco asiste la razón al Fondo. El artículo 19 de la Ley 167 de 1941, del hoy derogado Código Administrativo por el Decreto 01 de 1984 tenía un alcance indiscutible como específico, como que exigía la intervención del Ministerio Público en todas las actuaciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. La especificidad y especialidad de la norma no permite analógicamente su aplicación en esfera diferente a la de la jurisdicción administrativa.

De allí que esa intervención tanto durante el trámite del proceso arbitral como dentro del seguido en el recurso de anulación, caso *sub-júdice*, al no estar requeridas por la ley en aquel entonces no configura la causal de anulación alegada. (Las subrayas son de relatoría).

Cosa diferente pasaría hoy con la vigencia del nuevo Código Administrativo, puesto que el recurso de anulación de los laudos susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción administrativa (artículo 128 numeral 12) tendrá que tramitarse asimismo con intervención del Fiscal del Consejo, ya que para el efecto deberá notificársele personalmente todas las providencias que en su desarrollo se dicten. (Artículo 127 *ibídem*).

Obsérvese que el recurrente alega esa no intervención durante la etapa de expedición del laudo, la que estaba al conocimiento de la justicia arbitral y en la que intervino activamente el Fondo Vial Nacional, entidad contratante, representada por el señor Ministro de Obras, quien por virtud de la Ley 64 de 1967 es la persona que ejerce su representación legal.

Se anota, finalmente, que las razones dadas por el Fondo no son convicentes y menos con apoyo en la única norma que alega como fundamento, la que se refiere con exclusividad a los procesos seguidos ante la jurisdicción administrativa.

La Sala prohija los siguientes argumentos expuestos por el señor apoderado de la Sociedad impugnadora, con relación a la causal aquí expuesta:

"1.— Nada tiene que ver con la causal que se invoca el mandato del artículo 19 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), que cita el recurrente. Basta leer esta disposición, que dice:

'El Ministerio Público debe intervenir en todas las actuaciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Ejercerá, además, las otras funciones que señale la ley en relación con estas Corporaciones.

'Todas las providencias en los juicios administrativos que se sigan ante estas entidades deberán ser notificadas al respectivo Agente del Ministerio Público, quien puede usar con respecto a ellas de los recursos legales'.

"De la simple lectura de la norma transcrita es forzoso concluir que las actuaciones del Ministerio Público que allí se mencionan, se concretan única y exclusivamente, a las actuaciones contenciosas 'que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos'. La actuación recurrida es un laudo arbitral, que se dictó por un tribunal de arbitramento, siguiendo con toda exactitud los trámites respectivos, tribunal de arbitramento que hizo las veces de juez, por voluntad de las partes en desarrollo de las normas legales que permiten su constitución. El artículo 19 transcrito no se refiere a los tribunales de arbitramento, cuyas actuaciones estan reguladas en forma exclusiva por las normas del Código de Procedimiento Civil. Sin tales normas, nadie podría utilizar el sistema de derogar la jurisdicción ordinaria para dirimir una controversia. El tribunal de arbitramento es una forma de impartir justicia que no se puede decir que sea ni ordinaria, ni contencioso administrativa. Ella resulta de un proceso con características propias, que la ley denomina específicamente "proceso arbitral" (Sección Quinta, Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil). El trámite y las formalidades procesales no son los de los juicios que se siguen ante lo contencioso administrativo. En ninguna parte la ley requiere la intervención del Ministerio Público, y es sabido que en cuestiones de procedimiento las formalidades son precisas y restrictivas. No se pueden inventar ni aplicar por analogía, y si, repito, la ley, sin hacer distinción entre contrato administrativo y contrato civil o comercial *no menciona la intervención del Ministerio Público en los tribunales de arbitramento, ella no tiene cabida.* Sobre el particular cabe citar el siguiente comentario del profesor Tulio Enrique Tascón (q.e.p.d.) en su libro de Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, página 51, quien fue el más autorizado coautor del Código Contencioso Administrativo.

".... la obligación de notificar las providencias del Agente del Ministerio Público, se refiere únicamente a las que se dicten en los juicios contencioso-administrativos, pero no a aquellas que se dicten fuera de los juicios, verbigracia sobre declaración de que los contratos revisados se ajusten o no a las autorizaciones legales, sobre dictámenes para abrir créditos adicionales al Presupuesto, sobre consultas en asuntos de administración, etcetera, a menos que a una disposición especial lo exija...."

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:

No se anula el laudo arbitral proferido el 4 de noviembre de 1981 y que dirimió la controversia entre "ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA. y el FONDO VIAL NACIONAL", relacionado con el Contrato No. 448/77.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 9 de agosto de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.— PODER.—

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**
Referencia: Expediente No. 11924.
Actor: **José Darío Abreu Jáuregui.**
Recurso de Anulación.

Se ha interpuesto recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 23 de marzo de 1954, dentro del proceso promovido, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, por el señor JOSE DARIO ABREU JAUREGUI para impetrar la nulidad de la Resolución No. 6032 de agosto 27 de 1979 y del oficio No. 6458 de 30 de agosto de 1979, emanados del Ministerio de Educación Nacional, y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

Se observa que el fallo se notificó por edicto que se fijó entre el 31 de marzo y el 5 de abril de 1984, con ejecutoria a partir del 9 del mismo mes. (Folio 157). El recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del actor no fue concedido por el Tribunal, por tratarse de un proceso de única instancia (folios 163-166), sin que la parte actora hubiera interpuesto el de queja. En estas condiciones, el término para interponer el recurso de anulación comenzó a correr desde el día 9 de abril de 1984, y vencido mucho antes del 19 de julio, fecha en que se interpuso (folio 45).

No sería valedero argüir que la interposición del recurso de apelación, tuvo el efecto de interrumpir tal demanda, pues en el *sub-lite* este recurso es improcedente y podía alegar el recurrente ignorancia al respecto. Las disposiciones legales relativas a los factores determinantes de la competencia de los Tribunales para conocer en única y en primera instancia, son suficientemente claras para que pudieran inducir a una indecisión justificable.

Finalmente, se observa también que el recurso ha sido interpuesto sin haberse acreditado la personería del apoderado para este efecto. Según ha tenido oportunidad de expresarlo esta Sala, el poder conferido inicialmente para un proceso es válido para todas sus instancias, mientras el proceso subsista, y para la ejecución de la sentencia, tal como lo señala el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, por definición del artículo 134 del Decreto 01 de 1984, el recurso extraordinario de anulación procede contra "sentencias ejecutoriadas", lo que obviamente implica la terminación del proceso para el cual fue otorgado el poder original.

En mérito de lo expuesto, se inadmite, por extemporáneo, el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte actora en el proceso en referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TITULO XI

CONFLICTOS DE COMPETENCIA

COMPETENCIA EN RAZON DEL TERRITORIO.— "La competencia por razón del territorio en todo caso se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestar los servicios (artículo 131, último inciso Decreto 01 de 1984).

CONFLICTO DE COMPETENCIA.— Concepto. ¿Cuándo se suscitó? Decisión de los conflictos de competencia (Decreto 01 de 1984. Artículo 215). El conflicto no puede tener origen espontáneo u oficioso, sino interesado o pedido por alguna de las partes. El conflicto de competencia debe suscitarse en el momento de la admisión de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D.E., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado.**
Referencia: Expediente No. 11095.
Actor: **José Guillermo Duarte Niño.**
Conflicto de Competencias.

Por conducto de apoderado judicial el señor José Guillermo Duarte Niño en demanda presentada el 11 de octubre de 1983 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y ordenanzas:

"1o.— Que se ha producido silencio administrativo, por parte de la Policía Nacional al no responder la petición suscrita por apoderado judicial y mediante la cual se solicitó asignación de retiro para el agente de esa institución José Guillermo Duarte Niño, el 16 de junio de 1981 y que consecuencialmente se ha agotado la vía gubernativa.

"2o.— Que se ordene a la Policía Nacional previo el lleno de los requisitos legales, a reconocer y pagar desde el momento mismo en que se cause el derecho, una pensión de invalidez equivalente al ciento por ciento de los haberes devengados en el momento de la separación, al señor José Guillermo Duarte Niño, quien en el momento de sufrir la invalidez desempeñaba el cargo de Agente de la Policía Nacional adscrito al Departamento de Policía del Norte de Santander.

"3o.— Que se ordene igualmente a la Policía Nacional a abrir (sic) el correspondiente expediente y a reconocer y pagar los demás haberes a los que por la ley tiene derecho el actor".

Mediante providencia del 12 de noviembre de 1983 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso la tramitación legal de la misma. Posteriormente, el 1o. de junio de 1984 el mismo Tribunal en providencia suscrita por todos los miembros de la Sección Primera, dispuso remitir por competencia el proceso del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Para sustentar su decisión el Tribunal hizo las siguientes consideraciones que la Sala resume así:

a).— De conformidad con el inciso 3o. del literal b) del ordinal 6o. del artículo 131 e inciso 4o. del ordinal 6o. del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, para

el solo efecto de adscribir la competencia de los procesos contenciosos a los Tribunales Administrativos en asuntos laborales no provenientes de relación contractual, en única o primera instancia, por el factor territorial, se exige como condición determinante "el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales".

b).— Son varios los factores que sirven para determinar la competencia, siendo de recibo en el Contencioso Administrativo el objetivo, el subjetivo, el territorial y el de conexión. Entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos se adscribe el conocimiento de los procesos conjugando los factores enunciados; ejemplo de ello son los artículos 128 a 134 del Estatuto Contencioso Administrativo.

c).— En el caso de estudio se pide el restablecimiento de supuestos derechos que se considera fueron conculcados por la Administración al no responder la petición suscrita de asignación de retiro para el actor presentada en junio 16 de 1981 ante la Dirección General de la Policía Nacional. Consecuencialmente, se trata de una controversia laboral de carácter Nacional que por el factor objetivo de la cuantía corresponde a los Tribunales Administrativos su conocimiento, (ordinal 6o. del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo u ordinal 6o. del artículo 152 *ibídem.*)

d).— Siendo competentes los Tribunales para desatar la litis en la instancia que se determine, sólo faltaría precisar en cabeza de cual de ellos radica, lo que no ofrece duda por cuanto para asuntos laborales el Código trae la condición para decidirla, cual es "el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales."

e).— Como en el caso presente aparece en autos que el actor fue dado de alta por el Departamento de Policía de Norte de Santander, la competencia para definir el proceso radica en el Tribunal Administrativo de ese Departamento.

f).— A la anterior conclusión se llega teniendo en cuenta el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que ordena que "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalece sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir.....", y por tener el carácter procedimental las de competencia, que es a lo que la norma se refiere, deben aplicarse de inmediato por el carácter de orden público de que participan.

g).— No puede invocarse la regla contenida en el inciso primero del artículo 266 de la nueva codificación contenciosa por cuanto allí se habla de recursos interpuestos, términos iniciados, notificaciones y citaciones en la vigencia del anterior estatuto para que se rijan por la ley anterior, es decir, aspecto estrictamente procesal, para facilitar el tránsito de un procedimiento a otro, pero no como aquí que corresponde es agotar una actuación bajo la vigencia de un nuevo ordenamiento.

h).— Tampoco es de recibo la regla del inciso segundo del mismo artículo 266 porque a más de transitorio, simplemente fija en principio la competencia del Consejo de Estado para ciertos procesos que siendo de única instancia por efecto de la ley anterior y se tramiten allí, por la actual, corresponden en única instancia a los Tribunales y continuarán en el primero, cuando se hubiere dictado auto de citación para sentencia; en caso contrario, pasarán a los Tribunales en el estado en que se encuentren.

El Tribunal de Norte de Santander no compartió el criterio del Tribunal de Cundinamarca y por ello en providencia del 30 de agosto de 1984 rechazó la competencia para conocer del asunto. El fundamento primordial de su resolución se expresa del siguiente modo:

"..... estima esta Corporación, que el Decreto 01 de 1984 preceptúa en su artículo 215, que los conflictos de competencia deberán suscitarse a petición de parte, positiva o

negativamente. En tal virtud, aunque dichos conflictos deben decidirse por el Honorable Consejo de Estado, conforme lo dispone el Libro II, Título XI, Capítulo II, del Código de Procedimiento Civil, la norma arriba citada condiciona este procedimiento a que una de las partes haya provocado, mediante petición, el incidente respectivo. Asunto que no se exige en el proceso civil, en donde su artículo 140 tiene como característica, entre otras, la de que, los conflictos de competencia se pueden suscitar de oficio o a petición de parte.

"Como en el presente caso, el conflicto en comento no ha sido suscitado a petición de parte, este Tribunal piensa que es incompetente para conocer el negocio de la referencia y, por ende, ordenará enviarlo al Honorable Consejo de Estado para que decida sobre el incidente, al tenor del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

Es indiscutible que la competencia es un elemento esencial para la iniciación y prosecución de los proceso, pudiéndose en veces verse obstaculizado por el enfrentamiento entre dos órganos jurisdiccionales en torno al conocimiento del asunto de que se trate; es decir, cuando cada uno afirma o niega que le corresponde el conocimiento del mismo, fenómeno que, sin embargo, en el caso presente, es un aparente conflicto de competencia que ha venido dificultando el adelantamiento del presente juicio, puesto que mal puede adelantarse sin el lleno de un presupuesto procesal cual es la determinación de la entidad ante la cual debe seguirse.

Y se dice que es un aparente conflicto de competencia, porque la ley en forma previa y precisa determina cómo se configura, cómo opera y cómo se plantean los conflictos de competencia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En efecto, el artículo 215 del Decreto-Ley 01 de 1984 expresa que, "Los conflictos de competencia entre los Tribunales Administrativos serán decididos por el Consejo de Estado, conforme se dispone en el Libro II, Título XI, Capítulo II, del Código de Procedimiento Civil. Estos conflictos deberán suscitarse a petición de parte, positiva o negativamente". Indica lo anterior que el conflicto no puede tener un origen espontáneo u oficioso, sino interesado o pedido por alguna de las partes. De tal manera que si el conflicto es provocado oficiosamente, como ha ocurrido en el caso presente por iniciativa del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aparte de violar el mandato legal quien así ha obrado, no puede producir lógicamente efectos en derecho, no quedando en verdad obligado ni ligado por ello el organismo provocado.

El interesado legítimo en que conozca el proceso un funcionario o Corporación determinada y no otro u otra, dispone de la facultad de acudir a uno de ellos con el propósito de que sus pretensiones sean estudiadas y definidas. Es pues un derecho condicionado en esa forma por la ley. Y se habla de interesado legítimo, por la razón claramente entendible de que los derechos procesales son de quien tiene esa calidad y no de otro.

En el caso presente, ciertamente que no se está frente a un conflicto de competencia sino de un problema de tránsito de legislación, de aplicación de una ley nueva (Decreto Ley 01 de 1984). El conflicto de competencia debe suscitarse en el momento de la admisión de la demanda y por ello, es inexplicable que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al cabo de los ocho meses de presentación de la misma y siete de admisión, resuelva remitir el proceso al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, siendo así que pudo hacerlo cuando estudió sobre la admisión del libelo.

El Decreto-Ley 528 de 1964 en su artículo 32, numeral 2o., atribuía competencia a los Tribunales Administrativos para conocer en primera instancia de las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provinieran de un contrato de trabajo, en los cuales se controvirtieran actos del orden nacional y cuya cuantía fuera inferior a cincuenta mil pesos.

El Decreto 1819 de 1964 en su artículo 8o. estableció que en los juicios que se siguieran contra la Nación, y de los cuales debieran conocer los Tribunales Administrativos, sería competente el del domicilio del demandante, y en los que siguiera aquella, el de la vecindad del demandado.

En ese orden de ideas, la demanda propuesta por el señor Guillermo Duarte Niño por conducto de apoderado el 11 de octubre de 1983, y a través de la cual busca obtener el restablecimiento de un supuesto derecho conculcado por la Administración al no responder la petición de pensión de invalidez formulada el 16 de junio de 1981, con miras a que se le reconociera tal derecho en su condición de ex-agente de la Policía Nacional en el Departamento de Norte de Santander, debió ser presentada ante el Tribunal Administrativo de ese departamento, pues dijo en ella estar residiendo en la Avenida 8N No. 8N-103 Barrio Guaimaral de la ciudad de Cúcuta.

Ahora bien: por el Decreto No. 01 de 2 de enero del año en curso, decreto que entró a regir el 1o. de marzo, se dispuso en su artículo 131 que los Tribunales Administrativos conocerían de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

"..... 6o.— De los de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de TRESCIENTOS MIL PESOS ($ 300.000.00)".

El mismo artículo en sus incisos 2o., 3o., 4o. y 5o. indica la forma de establecerse la cuantía para efectos de la competencia. Y en el último dice que, "La competencia por razón del territorio en todo caso se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestar los servicios".

Por consiguiente, como aun frente a las normas del Decreto-Ley 01 de 1984, la competencia para conocer del asunto de la referencia radica en el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, las presentes diligencias serán remitidas a aquella Corporación para los fines legales consiguientes.

Cópiese y notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 27 de noviembre de 1984.

Mario Enrique Pérez Velasco, Aydée Anzola Linares, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Betancur Jaramillo, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Miguel Betancourt Rey, Víctor Corredor Rodríguez, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Julio César Uribe Acosta, Gustavo Humberto Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy, Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

CONFLICTO DE COMPETENCIA.— ¿Cuándo se presenta?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D.E., diez (10) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 11098.
Actor: **José Martín Moreno León.**

Por auto dictado por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander el 12 de julio de 1984, ha venido este juicio para que se decida un conflicto de competencia entre dicho Tribunal y el de Cundinamarca.

Se observa, sin embargo, que en este caso no se ha suscitado ningún conflicto de competencia por cuanto para su trámite falta la solicitud de parte que exige el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo y falta igualmente la fundamentación relativa a la presunta incompetencia del Tribunal del Norte de Santander.

El conflicto de competencia sólo se presenta cuando por razones expresamente determinadas en la ley y relativas a la competencia, ninguno de los dos tribunales avoca el conocimiento del asunto o, por el contrario, en el evento del conflicto positivo, ambos lo reclaman y, ante esa situació procesal, cualquiera de las partes plantea el conflicto. Esto no ocurrió aquí. El Tribunal de Cundinamarca, al encontrar que el competente era el de Norte de Santander, lo remitió a éste para la prosecución del juicio, conforme a la ley procesal.

En consecuencia, se resuelve:

Disponer la devolución del expediente al Tribunal Administrativo del Norte de Santander, por cuanto no hay ningún conflicto de competencia por tramitar.

Notifíquese,

Eduardo Suescún Monroy.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

TITULO XII

CUESTIONES PROCESALES

JURISDICCION COMPETENTE PARA CONOCER DE ACTOS DE CONSTITUCION Y REFORMA DE UNA SOCIEDAD.— Son por definición, privados, civiles y comerciales, y las controversias que originen, por lo mismo, deben surtirse ante los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, no ante la contencioso administrativo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., seis (6) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 4651.
Actor: **José A. Pedraza Picón.**

Afirmando obrar en ejercicio de la acción de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano y abogado José A. Pedraza Picón ha solicitado ante el Consejo de Estado que se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que son nulos los actos administrativos de constitución de la Compañía Colombiana de Astilleros, Limitada, sociedad de economía mixta nacional, representada por su presidente, doctor Miguel Rodríguez Fadul, que aparecen protocolizados en la escritura pública número 157 del 26 de febrero de 1959 de la Notaría Tercera de Cartagena, y el registro de fecha 22 de marzo de 1969 de la Cámara de Comercio, a folios 190/195 del libro 59, título 68 como sociedad limitada, con domicilio en Cartagena, como sociedad de economía mixta del orden nacional e integrada en su origen por el Instituto de Fomento Industrial y la Empresa de Astilleros y Servicios Navales de Colombia y posteriormente con el Fondo de Promoción de Exportaciones.

"SEGUNDA. Que son nulos también los actos administrativos reformatorios de su constitución de la Compañía Colombiana de Astilleros, Ltda. con domicilio en Cartagena, representada por el doctor Miguel Rodríguez Fadul como presidente, con protocolo 157 del 26 de marzo de 1969 de la Notaría Tercera de Cartagena, con registro en la Cámara de Comercio con fecha 22 de marzo de 1969 a los folios 190/195 del libro 59 del título 68, y que están protocolizados subsiguientemente en las escrituras que identifico así: .....

"TERCERA. Que son nulos el Decreto número 1676 de 1980 de la Presidencia de la República que autoriza la participación del Fondo de Promoción de Exportaciones en la Compañía Colombiana de Astilleros Limitada y las Resoluciones numeros 036 del 2 de agosto de 1983, 00006 del 11 de marzo de 1983, 0006 del 22 de febrero de 1984 expedidas por la Seccional de Cartagena de la Superintendencia de Sociedades aprobando constitución y reformas estatutarias de la Compañía Colombiana de Astilleros Ltda. (CONASTIL)."

Del petitum de la demanda se desprende que lo que ella persigue es la nulidad de los actos de constitución de una sociedad de economía mixta, lo mismo que la de los actos reformatorios del contrato social de aquella.

Definido el alcance de las pretensiones de la demanda, el consejero ponente encuentra que ella no es de competencia de esta Corporación, por las siguientes razones:

1a.) En el régimen jurídico colombiano, los actos administrativos tienen como característica esencial la de ser de caráter unilateral. Se expiden en función administrativa, es decir, en ejercicio de los poderes de los funcionarios u órganos administrativos, o cuando sin pertenecer a la Administración obran con excepciones atribuciones administrativas que les permiten expedir *decisiones unilaterales y obligatorias para los particulares.* Esto significa que los actos administrativos se expiden *en relación de subordinación y no de coordinación* con los particulares. Los primeros son actos administrativos y los segundos *convenios, convenciones o contratos.*

2a.) Lo expuesto en el punto anterior se encuentra contemplado de modo sucinto, pero esencial, en los artículos 193 y 120 ordinal 13, de la Constitución, *aquél en cuanto hace alusión a los actos administrativos y éste a los contratos administrativos.*

3a.) La escritura pública es un instrumento público cuyo contenido es diverso. Su característica esencial consiste en que el Notario, quien para estos efectos obra como

funcionario, da fe de su otorgamiento y su fecha. Pero como lo sola solemnidad sin el contenido no es relevante, es necesario tener en cuenta que la escritura tiene *por contenido* diversas clases de actos, prevalecientemente de carácter privado. Sólo que, sin dejar de ser privados, por haberse *elevado a escritura pública*, ésta prueba plenamente sobre su otorgamiento y fecha. Además, en algunos casos, prescritos por la ley, como en la compra-venta de inmuebles, es un requisito indispensable de solemnidad del acto.

4a.) Los actos de constitución de sociedades, así fueren de economía mixta, cual es el caso de autos *no son administrativos sino contractuales.* Por consiguiente, se rigen por las reglas pertinentes de los contratos civiles, comerciales o administrativos, según fuere el caso. *Los actos de constitución de sociedades y los reformatorios de los mismos son, por definición, privados, civiles o comerciales, y las controversias que originen, por lo mismo, deben surtirse ante los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria,* no ante lo contencioso administrativo.

5a.) Lo anterior quiere decir que la demanda instaurada por el ciudadano y abogado José A. Pedraza Picón, que tiene por objeto que se declare la nulidad de los actos de constitución de una sociedad y de reforma de la misma, no deba ser admitida porque el Consejo de Estado no es competente para conocer de ella.

En mérito de lo expuesto, se dispone:

Por falta de competencia, inadmítase la demanda y se ordena devolverla al actor, con sus anexos, a efecto de que, si así lo estima, la presente ante la jurisdicción competente.

Notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez, Consejero de Estado.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

MULTAS.— CUANTIA.— Fijación de la cuantía como factor de competencia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., julio diez (10) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Referencia: Expediente No. 3836.

La sociedad demandante ha interpuesto en oportunidad legal el recurso de reposición y subsidiariamente el de súplica contra el auto de 22 de mayo de 1984, mediante el cual se dispuso enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su competencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 266 del Decreto-Ley 01 de 1984, decisión citada a petición del señor Fiscal Primero de la Corporación.

La sociedad demandante fundamenta el recurso con los siguientes argumentos:

"a) La demanda que fue instaurada en nombre de la Compañía Agropecuaria e Industrial Pajonales Ltda., fue presentada de acuerdo a los requisitos para este tipo de acción, por la Ley 167 de 1941, motivo por el cual el proceso se desarrolló de acuerdo con el procedimiento ordinario que regulaba es ordenamiento.

"b) Como se sabe, en la demanda o demandas, presentadas con anterioridad al Decreto 01 de 1984, que entró en vigencia el 1o. de marzo de 1984 no era necesario precisar, explicar ni determinar la cuantía, limitándose al demandante a estimarla, sin que eso implique que la apreciación que se hiciera fuera irresponsable o caprichosa.

"c) En el presente proceso, se esetimó la cuantía de los perjuicios en un valor superior a $ 1.000.000.00. Desde ningún punto de vista se explica la afirmación hecha por el señor Magistrado Ponente en el sentido de estimar exagerada dicha suma. Lo anterior implicó una apreciación inoportuna, toda vez que esa observación debería ser hecha en la sentencia, y no ahora, y porque los perjuicios no han sido cuantificados, y la suma será determinada en el incidente posterior a la sentencia que se dicte en abstracto.

"d) Ahora bien, el monto de la multa es uno, y el valor de los perjuicios ocasionados como consecuencia de su expedición son otros. Puede que la cuantía que en un momento dado tenga una multa sea ínfima en relación con los perjuicios que se ocasionaron con la expedición del acto administrativo respectivo. No debe olvidarse que la cuantía no es factor preponderante, si se toma únicamente en relación con el monto de la multa. Porque bien puede ocurrir que la sanción imponga el pago de una suma ínfima y sin embargo, los perjuicios que se ocasionan se han (sic) de una cuantía muy alta.

"e) Como se ha dicho la demanda fue presentada con el lleno de los requisitos del antiguo Código Contencioso Administrativo, y es por esto que la apreciación de los perjuicios hecha en ella debe tenerse como factor preponderante para determinar la cuantía y por ende la competencia de la Corporación que debe conocer del proceso. Lo contrario implica endilgarle efectos retroactivos a la ley procesal que es de aplicación inmediata, perjuicio de las acciones propuestas mucho antes del 1o. de marzo de 1984.

"Por tanto en el presente proceso debe aplicarse el inciso 2o. del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que 'los procesos existentes que era (sic) de única instancia ante el Consejo de Estado y que según este Código deban tener dos, seguirán siendo conocidos y fallados por dicha Corporación'.

"f) No es el momento procesal para juzgar si la apreciación contenida en la demanda sobre el monto de los perjuicios es exagerada o ajustada. Por tanto dicha apreciación sólo tendrá que ser discutida al momento de dictarse sentencia. Lo anterior implica que el Consejo de Estado es el competente para seguir conociendo del proceso de la referencia, desde luego teniendo en cuenta que el monto de la multa no es lo único que se persigue para que sea reintegrado, sino también el monto de los perjuicios, claramente solicitados dentro de las peticiones de la demanda, y que si no pueden ser cuantificados durante el proceso, lo serán en incidente posterior a que se contrae el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Por lo anteriormente expuesto, ruego del Honorable Magistrado Ponente, revocar el auto objeto del recurso, para en su lugar proceder a dictar la sentencia respectiva que ponga término al proceso.

"No sobra agregar que con el criterio expuesto en el auto atacado, se están limitando las cuantías a que hipotéticamente podría condenar el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Lo anterior es improcedente, toda vez que en la providencia se le está

dando el carácter de proceso de única instancia cuando en verdad es un proceso que de acuerdo con el nuevo Código debería tener dos. Lo anterior implica que debe continuarse con el trámite normal del proceso".

Para resolver se considera:

No comparte la Sala Unitaria el criterio expuesto por el apoderado judicial de la sociedad recurrente por las siguientes razones:

1. Si bien se admitió la demanda por estimar que por su cuantía era de única instancia en el Consejo de Estado, ello se debió a que en esa oportunidad no se hizo un estudio adecuado, como ha sucedido en otros casos, del factor cuantía, habiéndose guiado el Magistrado Ponente por las afirmaciones que sobre la misma se hizo en la demanda. Pero como ahora el señor Agente del Ministerio Público ha solicitado que se estudie si el señalamiento que se hizo de la cuantía corresponde al criterio que la Corporación ha fijado reiteradamente para determinarla cuando se trata de la imposición de una multa que es impugnada por la vía contencioso administrativa, se procedió a un nuevo examen de la cuestión en la forma que aparece en la providencia cuya reposición se solicita, del cual se desprende que dicha cuantía había sido señalada por la sociedad demandante en forma caprichosa para efectos de determinar el juez competente (artículo 20, numeral 1, Código de Procedimiento Civil). Había que tener en cuenta no sólo el monto de la multa, que se traduce en una suma de dinero, sino también los frutos civiles que se hubieran producido desde cuando se pagó hasta cuando se presentó la demanda, que tenía que ser dentro del término de los cuatro meses desde la fecha de la notificación, para que no se produjera el fenómeno de la caducidad (artículo 83 Ley 167 de 1941).

Para no citar sino unas cuantas providencias en relación con la fijación de la cuantía en los casos en que se solicita la nulidad, con el consiguiente restablecimiento del derecho, de un acto que impone una multa, véanse las siguientes:

El auto de 28 de octubre de 1971 proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el cual se dice, entre otras, cosas, lo siguiente: "La controversia sobre la responsabilidad de la administración nacional de que da cuenta este juicio, la concreta el actor en la devolución de la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00), vale decir de la multa que le fuera impuesta a la sociedad demandante por la Dirección Departamental de Transporte y Tránsito de Boyacá, lo cual sitúa la acción de plena jurisdicción incoada dentro de lo previsto en el literal c), numeral 1o. del artículo 32 del Decreto 582 de 1964".

En providencia de 22 de junio de 1978, la Sección Cuarta expresó lo siguiente: "Cabe advertir que tanto la providencia de la Sala Plena (la anteriormente citada) como el fallo de la Sección Cuarta (de 29 de septiembre de 1977, expediente 4079) se refieren a decisiones tomadas por entidades del orden nacional, por medio de las cuales se sancionaba con multas de mínima cuantía a personas jurídicas de derecho privado.

"Sin perder de vista la importancia jurídica que estuviere envuelta en cada una de estas decisiones *el hecho de que los actos acusados fijaran un valor determinado como razón de ser de los mismos, su cuantía determinaba la competencia a la luz de lo previsto en los artículos pertinentes del Decreto 528 de 1964*" (Subraya la Sala Unitaria).

Es bueno tener siempre presente que la fijación de la cuantía de las pretensiones hechas en las demandas no pueden ser arbitrarias, porque de esta manera se llegaría al resultado de que el demandante pueda escoger a su voluntad el juez competente, contrariando de este modo normas de orden público. Esta es la razón por la cual el

inciso 2o. del numeral 9 del artículo 131 del Decreto-Ley 01 de 1984 dispone que "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", norma esta que se aplicaba también antes de la expedición del Decreto-Ley 01 de 1984 por remisión del artículo 282 de la Ley 167 de 1941 (subraya la Sala Unitaria).

Advertido un error, como fue el de haberse admitido la demanda sin que el Consejo de Estado tuviese competencia porque la cuantía de la multa es inferior a $ 300.000, lo pertinente es corregirlo a fin de adecuar el procedimiento a la ley, y al hacer esto resulta que conforme al inciso 2o. del artículo 266 del Decreto-Ley 01 de 1984 el expediente debe ser enviado al Tribunal Aministrativo de Cundinamarca, precisamente en razón de la cuantía.

2. Sostiene la sociedad recurrente que el monto de la multa es uno y el valor de los perjuicios ocasionados como consecuencia de su expedición son otros. Ello es cierto, como también es cierto que la fijación de la cuantía de las pretensiones de una demanda puede ser o no igual al valor de los perjuicios que se deduzcan en el proceso. Para comprobar esto basta leer el numeral 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite al profesor López Blanco expresar lo siguiente:

"Para determinar la cuantía de un negocio, bastará conocer el valor de la pretensión junto con los frutos, intereses, multas o perjuicios causados hasta el momento de la presentación de la demanda, pues los que se causen posteriormente, así conviertan una cuantía de mínima a menor o de ésta a mayor, en nada se tiene en cuenta, porque de acuerdo con el numeral 1o. del artículo 20 del Código únicamente se considerarán los valores causados hasta el momento de la presentación de la demanda" (citado en "Código de Procedimiento Civil Colombiano", Tomo 1, página 31).

Las consideraciones anteriores son suficientes para no acceder a la solicitud de reposición y atender la petición que se hace de enviar el expediente al Magistrado que corresponda para los efectos del recurso subsidiario de súplica.

En mérito de lo expuesto se resuelve:

1o. Deniégase el recurso de reposición interpuesto por la sociedad demandante.

2o. Por la Secretaría de la Sección, pásese el expediente al Magistrado que sigue en turno para que resuelva sobre el recurso subsidiario de súplica.

Notifíquese y cúmplase.

Jacobo Pérez Escobar.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

NULIDAD PROCESAL.— VIOLACION DEL DERECHO DE DEFENSA.— Artículo 113 Ley 167 de 1941. Ordinal 3o. Se refiere este ordinal a quienes son parte en el proceso y no a quienes deberían serlo, como sí lo hace el numeral 9o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil artículo 207 Decreto 01 de 1984. Auto Admisorio de la Demanda. Notificación. NULIDAD PROCESAL. (Reiteración Auto de abril 30 de 1984).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., trece (13) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Actor: **Edgar Londoño Mejía.**
Referencia: Expediente No. 9124. Autoridades Nacionales.

Mediante auto de fecha 1o. de diciembre de 1983, se ordenó poner en conocimiento del doctor ALFONSO OSPINA MAHECHA la causal de nulidad consistente en la violación del derecho de debida defensa, pues no se le notificó el auto admisorio de la demanda y en ninguna forma se le dio oportunidad de vincularse al proceso, a pesar de que el demandante pretende que se le reintegre al cargo que aquél desempeña.

Como se observa a folio 52 del expediente, el doctor Ospina manifestó en el acto de notificación de dicha providencia que no allana la nulidad.

En un negocio similar dijo la Sala Unitaria:

"Para efectos de determinar si efectivamente se presentó la causal de nulidad invocada por la señora Fiscal, conviene tener en cuenta que si bien es cierto que el Decreto 01 de 1984 tiene efecto general inmediato, la omisión que señala la distinguida Agente del Ministerio Público ocurrió mucho antes de su vigencia. Por lo tanto no tiene aplicación, el artículo 165 de dicho decreto en cuanto remite a las causales de nulidad prevista en los artículo 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil. *En este aspecto* hay que aplicar las normas anteriores a la vigencia del citado decreto.

"Pero no considera la Sala Unitaria que sea aplicable al efecto el ordinal 3o. del artículo 113 de la Ley 167 de 1941, por cuanto esta norma señala como causal de nulidad la 'falta de notificación, en forma legal, de cualquiera de las partes'; es decir, se refiere a quienes son partes en el proceso y no a quienes deberían serlo, como sí lo hace el numeral 9o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

"Como bien lo dice el tratadista Hernando Devis Echandía, en su 'Compendio de Derecho Procesal', 'todos los autores distinguen, con mayor o menor claridad, las relaciones extraprocesales y las procesales, para a su vez separar la noción de parte aplicada a cada una. Cuando se trata de relaciones procesales el concepto de parte se refiere a *quienes intervienen en el proceso*, sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y del litigio que sobre ese derecho se haya presentado' (se subraya).

"En este caso, la Federación Nacional de Cafeteros tenía vocación o derecho a ser parte; pero no tenía tal calidad, pues no se le había vinculado al proceso.

"Entonces la norma que resultó infringida es el artículo 26 de la Constitución Nacional, del cual emana una nulidad de carácter genérico que afecta todo proceso, procedimiento o actuación de autoridad pública en que se haya violado el derecho de defensa de un derecho de carácter particular, sin que exista un texto legal que desarrolle la norma constitucional y que sea aplicable al caso. En el que se examina no es

aplicable el numeral 9o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil por cuanto el artículo 113 de la Ley 167 señalaba *taxativamente las causales de nulidad* de los procesos contencioso administrativo y, por consiguiente, no existía un vacío que pudiera llenarse en la forma prevista en el artículo 282 de la misma ley.

"Distinta es la situación que se presenta hoy en razón de la expedición del Decreto 01 de 1984, el cual, como ya se dijo, en cuanto a *causales* de nulidad no es aplicable al caso *sub-júdice*. El artículo 207 de este decreto ordena que el auto admisorio de la demanda 'se notifique personalmente..... a los particulares que, según la demanda o los actos acusados, puedan tener interés directo en los resultados del proceso' y prevé, de no ser posible esa diligencia, el emplazamiento de ellos. Como ya se vio, el artículo 165 del mismo decreto remite a las causales de nulidad señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, una de ellas, la del numeral 9o. del precepto primeramente citado, se da 'cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de las demás personas que deban ser citadas como parte, aunque sean indeterminadas.....'.

"De conformidad con los anteriores razonamientos y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil —aplicable de acuerdo con el artículo 165 del Decreto 01 de 1984— procede declarar la nulidad de lo acusado, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive". (Auto del 30 de abril de 1984; expediente No. 7458).

Habrá entonces de declararse la nulidad de lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

Desaparecido el auto admisorio de la demanda, deja de haber proceso y, por consiguiente, aquélla queda íntegramente sujeta a las disposiciones del Decreto extraordinario 01 de 1984, especialmente en lo que atañe a la competencia. En otros términos, no tiene aplicación el artículo 266 del decreto antes mencionado, sino el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sobre efecto general inmediato de las normas procesales.

Conforme a los artículos 131 y 132 del Decreto 01 de 1984, los Tribunales Administrativos conocen en única o en primera instancia, de los proceso de restablecimiento del derecho, de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, cualquiera que sea su cuantía. Esto sirve únicamente para determinar si el negocio es de única instancia o tiene segunda ante el Consejo de Estado.

Además, según las mismas disposiciones, es competente el Tribunal Administrativo en cuya jurisdicción territorial se encuentra el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios, que en este caso es Ibagué.

En mérito de lo expuesto, se dispone:

1o. Declárase la nulidad de todo lo actuado, a partir del autor admisorio de la demanda, inclusive.

2o. Una vez en firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal Administrativo del Tolima, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.— Por regla general, las Superintendencias carecen de personería jurídica propia. Caso diferente es el de la Superintendencia de Notariado y Registro, que tiene características propias expresamente reconocidas en el Decreto 2695 de 1977 en términos similares a los del Decreto 1659 de 1978.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veinticinco (25) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**
Actora: **Rosmira Muñoz de Sánchez.**
Referencia: Expediente No. 10280. Apelación interlocutorios.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte actora contra la providencia de junio 20 de 1983 por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia rechazó *in limine* la demanda instaurada a nombre de Rosmira Muñoz de Sánchez contra la Nación.

Constituye fundamento del proveído impugnado la consideración de que la demandante ha dirigido la acción contra la Nación, en tanto que debió haberlo hecho contra la Superintendencia de Notariado y Registro que, conforme a los términos del Decreto 1559 de 1978, es unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Justicia y con personería jurídica y patrimonio autónomo. (Folio 36).

Al sustentar los recursos de reposición y apelación, alegó el recurrente, en síntesis, que el Decreto 1050 de 1968 en su artículo 1o. distingue las Superintendencias de las unidades administrativas especiales, diferencia que mantiene en su artículo 4o.; que la Corte ha considerado que las Superintendencias no son organismos distintos de los Ministerios y, por lo tanto, comprometen la responsabilidad de éstos, y que en varios estatutos legales "se ha tomado a las Superintendencias como organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público", por lo que el Decreto 1559 de 1978 no podía cambiar la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro sin exceder las facultades precisas conferidas por el artículo 2o. de la Ley 5a. de 1977, ya que no pueden confundirse las unidades administrativas especiales con las Superintendencias. (Folios 37-38).

Para resolver, se considera:

Por regla general, tal como lo ha reconocido esta Corporación, las Superintendencias carecen de personería jurídica propia y constituyen simplemente parte o derivación de la Rama Ejecutiva del Poder Público mediante su adscripción a un organismo de naturaleza superior en la jerarquía administrativa.

Caso diferente es el de la Superintendencia de Notariado y Registro, que tiene características propias expresamente reconocidas en el Decreto 1659 de 1978, en cuyo artículo primero se definen así:

"La Superintendencia de Notariado y Registro, teniendo en cuenta la naturaleza de sus funciones y el origen de sus recursos, continuará funcionando como una unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Justicia, con personería jurídica y patrimonio autónomo.

Siendo ello así, como evidentemente lo es, debe darse aplicación a esta normación, que es de carácter específico y particular, con prelación sobre las disposiciones, de naturaleza genérica, que se contienen en el Decreto 1050 de 1968, en se apoya el recurrente.

Dadas estas condiciones, debe advertirse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo —aplicable al caso, en los términos del artículo 266 del Decreto 01 de 1984—, la demanda adolece de un vicio procesal al no haber designado adecuadamente a la parte demandada.

En tales condiciones, anduvo acertado el *a-quo* al rechazar *in limine* la demanda en razón de la falla anotada, por lo que habrá de confirmarse la providencia recurrida. No es el caso de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto 01 de 1984, por impedirlo la disposición del inciso primero del artículo 266 del mismo estatuto.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 20 de junio de 1983.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de junio de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

AUXILIARES DE LA JUSTICIA.—

1. En la actualidad no hay norma legal alguna que señale la tarifa de los Auxiliares de la Justicia, por lo que es autónomo el Juez para señalarlos en cada caso.

2. Legislación anterior. Fijación. ¿Cómo determinarlos?

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., julio veinticinco (25) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Actor: **Oscar Domínguez Gómez.**
Referencia: Expediente No. 2609.

En memorial que antecede (cuaderno 2A) el señor apoderado de la parte Actora solicita que se señalen los honorarios definitivos de los Peritos, los adicionales al experto auxiliar doctor Jorge Enrique Uribe y los que correspondan al auxiliar doctor Cristian Mosquera Casas.

a) Inicialmente se señalaron los honorarios de los peritos principales en la suma de $ 30.000,00 para cada uno, máximo que permite literalmente la norma contenida en el artículo 31 del Decreto Reglamentario 2265 de 1969.

b) El citado decreto reglamenta el artículo 30 de la Ley 16 de 1968 y 2o. del Decreto Extraordinario 2204 de 1968, que regulaban el amparo de pobreza, las Actas de la Sala de Decisión en las Corporaciones Judiciales y el aviso público de los negocios que se van a estudiar en la respectiva sesión de la Sala de Decisión, el nombramiento de peritos, las listas de los mismos y su formación tanto para peritos como para los demás auxiliares de la justicia y la autorización del Gobierno para fijar la tarifa de los honorarios respectivos.

c) En desarrollo de las facultades constitucionales de reglamentación, el referido Decreto 2265 de 1969, se ocupaba de la designación de los auxiliares de la Justica, la elaboración de las respectivas listas, las inhabilidades para ser auxiliar de la Justicia, el procedimiento para excluirlos de la respectiva lista de auxiliares, sus impedimentos, la manera de reemplazarlos, las sanciones por la omisión en el cumplimiento de sus deberes y la tarifa de sus honorarios.

d) El nuevo Código de Procedimiento Civil (Decretos-Leyes 1400 y 2019 de 1970, agosto 6 y octubre 26) reglamenta en sus artículos 8o., 9o., 10 y 11. todas las materias a que se referían los artículos 30 de la Ley 16 de 1968 y 2o. del Decreto Extraordinario 2204 de 1969 y por lo tanto, los reglamentados por el Decreto 2265 de 1969, por lo que ha de considerarse derogados conforme a los artículos 1o. 2o. y 3o. de la Ley 153 de 1887.

e) El nuevo Código de Procedimiento Civil en su artículo 9o. numeral 1o., dispuso que en decreto reglamentario se dispondría lo concerniente a los honorarios de los Auxiliares de la Justicia y tal decreto no ha sido dictado hasta el presente.

f) El artículo 29 de la Ley 16 de 1968, derogado como ya se dijo, disponía que cada tres años el Consejo Superior de la Administración de Justicia, con la ayuda de los Organismos Técnicos que estime convenientes los índices del costo de vida, recomendaría al Gobierno los reajustes necesarios en las cuantías de los negocios judiciales, en los sueldos de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y en los honorarios de los Conjueces y en las tarifas de los Peritos y demás Auxiliares de la Justicia, sin que sobre esto último, haya existido norma distinta a la comentada del Decreto Reglamentario 2265 de 1969.

g) Todo lo anterior permite la conclusión de que no hay, en la actualidad, norma legal alguna que señale la tarifa de los honorarios de los Auxiliares de la Justicia, por lo que es autónomo el Juez para señalarlos en cada caso.

h) El referido Decreto 2265, en su artículo 31, señalaba como honorarios máximos para los peritos la suma de $ 30.000,00.

Según certificado de 4 de mayo de 1984 del Director del Banco Nacional de Datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE— el índice de variación de precios al consumidor de ingresos medios entre febrero de 1970 y abril de 1984, es de 1.346.04 lo que permite concluir que los $ 30.000,00 de 1969 equivalen hoy a suma superior a $ 400.000.00. que sería la vigente si se hubiera dado cumplimiento al artículo 29 de la Ley 16 de 1969 o al artículo 9o. del Código de Procedimiento Civil.

i) Dentro de la prudencia que debe acompañar al Juzgador, resulta, entonces, correcto, afirmar que los Jueces en cada caso, pueden señalar los honorarios de los peritos avaluadores en suma no superior a $ 400.000,00 para cada perito.

j) Obvio, igualmente, que dentro de tal cifra deben quedar comprendidos los honorarios de los expertos que se vean obligados a consultar los peritos principales.

k) En el *caso sub-júdice*, se fijó a cada perito la suma de $ 30.000,00 (folio 382 cuaderno No. 2) por el dictamen inicial; por solicitud de los médicos del Instituto de Medicina Legal, intervino en auxilio de los mismos, el experto estadígrafo (auto mayo 28 de 1982, folio 432, cuaderno No.2) o actuario doctor Jorge Enrique Uribe M., a quien se le fijaron honorarios de $ 15.000,00 (auto noviembre de 1982, folio 439 cuaderno No. 2).

Posteriormente, por ampliación decretada del dictamen rendido por los peritos doctores Miguel Abadía Rueda y Tarcisio Roldán, se produjo el experticio adicional con la ayuda de los expertos doctores Jorge Enrique Uribe M. y Cristian Mosquera Casas, sin que se les haya señalado honorario alguno.

Conforme a las consideraciones anteriores se señalan los siguientes honorarios definitivos:

1o. —Como honorarios adicionales a cada uno de los peritos doctores Miguel Abadía Rueda y Tarcisio Roldán, la suma de CIENTO SETENTA MIL PESOS ($ 170.000,00) moneda legal;

2o. —Como honorarios adicionales al experto actuario doctor Jorge Enrique Uribe M. la suma de OCHENTA Y CINCO MIL PESOS ($ 85.000,00) moneda legal;

3o. —Como honorarios totales al experto actuario doctor Cristian Mosquera Casas, Casas, la suma de CIEN MIL PESOS ($ 100.000,00) moneda legal;

4o. —Los honorarios anteriores, serán cubiertos por la parte actora;

5o. —Infórmese por la Secretaría si se encuentra vencido el término probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PROCESOS DE REPARACION DIRECTA Y DE RESTABLECIMIENTO.— CUANTIA DE TERMINACION.— (Artículo 131 del Código de Contencioso Administrativo artículo 20 numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil.

1.— Cuando en el proceso administrativo se presenta una acumulación de pretensiones en la demanda o se da una acumulación de procesos, la situación queda gobernada por el estatuto procesal civil (artículo 20 numeral 1o. Código de Procedimiento Civil), tanto en el aspecto de la cuantía como en las demás. Los accesorios no causados o, mejor las pretensiones sobre accesorios no causados al momento de la presentación de la demanda, no pueden incluirse en el estimativo de la cuantía para efectos de competencia.

2. En las acciones de reparación directa y de restablecimiento el Código Contencioso 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.

3. 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.

4. En caso de varios demandantes, la cuantía de la condena deberá hacerse separadamente, como si fueran procesos distintos.

5. En los asuntos de reparación directa o de restablecimiento, los perjuicios deben 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.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., julio once (11) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Actora: **Beatriz Rodríguez de Soto.**
Referencia: Expediente No. 4141 Indemnizaciones.

Para resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 9 de marzo del presente año, mediante el cual, por competencia, se ordenó enviar el proceso de la referencia al Tribunal Administrativo del Tolima 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 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 en 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 1 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, según la demanda, lo que no haría el asunto de única instancia ante el Tribunal, ya que la cuantía para efectos de competencia deberá determinarse por el valor de los perjuicios causados, estimados en el libelo en forma razonada, conforme al artículo 20 literal 1o. del Código de Procedimiento Civil.

b) El valor de las pretensiones al tiempo de la demanda es el contenido económico de lo que pide el actor o el precio del pleito. En el numeral 1 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.

c) El equivalente en pesos colombianos de la demanda como perjuicios morales valía para cada uno de los damnificados más de $ 1.100.000.oo.

d) Fuera de lo dicho, se está pidiendo también la indemnización de perjuicios materiales, tanto para la señora Beatriz Rodríguez de Soto como para sus hijos.

e) Y todo lo pretendido por los diferentes conceptos debe sumarse para determinar el valor de la pretensión.

Para resolver, se considera:

Estima la parte demandante la cuantía de la siguiente manera: "como se lee en este escrito pretendo que a todos y a cada uno de los demandantes se les pague el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de 1.000 gramos de oro fino como indemnización del daño moral causado. Mil gramos de oro fino están valiendo hoy por hoy, cerca de $ 1.100.00. Lo que es suficiente para que por razón de la cuantía conozca y decida este proceso el Consejo de Estado, Sección Tercera en única instancia.

La situación así planteada, hizo que el asunto, iniciado antes de la vigencia del nuevo Código Administrativo (el auto admisorio se dictó el 22 de agosto de 1983), fuera del conocimiento de esta Corporación en única instancia (artículo 30 ordinal 1o. literal b) del Decreto 528 de 1964), con apoyo en los factores subjetivo y objetivo.

Expedido el nuevo Código y ante la norma que regula el tránsito de legislación, el ponente consideró que el asunto debía continuar su trámite ante el Tribunal Administrativo del Tolima, por razones de cuantía. Aplicó para el efecto el numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y no el numeral 1 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 1 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

Dichas normas disponen, en lo pertinente:

Artículo 131. del Código de Procedimiento Civil. "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 1 del Código de Procedimiento Civil (inciso 3o.)".

Artículo 2o Numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil. Determinación de la cuantía.

La cuantía se determinará así:

"1. 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 causen con posterioridad a la presentación de aquélla".

Para la Sala la cita que hace el inciso transcrito en primer término del numeral 1 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civilno puede significar que el legislador extraordinario quiso someter la estimación de la cuantía a este único extremo con "exclusión" de los 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 proceso 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 1 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil se refiere a las pretensiones de un mismo sujeto, una principal y otra u 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 2.

En otros términos, el numeral 1o. lo único que define es cuándo 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 1 como el 2 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 las demandas 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 esto no es aceptable, lo que sucede es este campo está gobernado, salvo las excepciones contempladas dentro del proceso laboral, 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 1 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 1 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 incluirse 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 1) 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 pueden 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 presentación 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., 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 deben 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:

Al momento de la demanda la pretensión mayor para efectos de los:

a) Perjuicios morales para la cónyuge sobreviviente: 1.000 gramos oro.

b) Perjuicios materiales al momento de la presentación de la demanda; o sea lo que dejó de percibir la damnificada desde el 1o. de agosto de 1981 al 4 de agosto de 1983 (fecha de presentación del libelo).

c) Valor del ingreso mensual al momento de la muerte del señor Bertulfo Soto Botero estimado en $ 9.000.00, con descuento del 25% de propia subsistencia y con el 50% del resto para la cónyuge sobreviviente. Con estos presupuestos, en los cuales no juega, en principio, la vida probable (la que sí tendrá que tenerse en cuenta para la decisión final) el valor de la pretensión mayor si es inferior a $ 2.000.000.00, sumándole los perjuicios materiales y morales que a la sazón valían $ 1.100.000.00 aproximadamente. Lo dicho deja ver que la condena final podrá exceder esos dos millones ($ 2.000.000.00), sin que por eso el asunto deje de ser de única instancia. Lo precedente no quiere significar que el estimativo ya no sea del demandante sino del juez. Lo que sucede es que el calificativo "en forma razonada" que trae la norma le permite a esta

hacer su propia apreciación, sin que esto signifique un prejuzgamiento sobre la cuantía final de la condena. Si el juez no pudiera asumir dicha conducta quedaría al capricho de la parte demandante no sólo elegir el juez del conocimiento, sino las instancias posibles.

Por lo expuesto, confírmase la decisión suplicada expedida el 9 de marzo de 1984.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 5 de julio de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CUANTIA.— FIJACION DE LA DEMANDA.— Si se aceptare que la cuantía es la que libremente señale el litigante, la competencia de los Tribunales sería señalada por las partes y no por la ley.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., agosto dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Actor: **Gabriel Arroyave S. y otros.**
Referencia: Expediente No. 4054.

De los hechos de la demanda surge que la cuantía es inferior a $ 2.500.000.00, por lo que corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuya jurisdicción sucedieron los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones deducidas en este juicio.

En efecto, la demanda afirma que el occiso recibía ingresos mensuales por la suma de $ 15.000. Lo anterior es por concepto de daño emergente, como se trata de acumulación mixta (sujetos y objetos) ha de tomarse la pretensión mayor frente a cada uno de los demandantes. Pero aun suponiendo que a uno sólo le corresponde la totalidad del daño material resulta: $ 15.000 ingreso mensual de la víctima, que es la base de la liquidación desde la fecha en que ocurrieron los hechos (marzo 9 de 1982), hasta la fecha de la presentación de la demanda (mayo 30 de 1983). Lapso transcurrido un año, dos meses y veintidós días.

$ 15.000 X 12 meses =	$ 180.000		
$ 15.000 X 2 meses =	30.000		
$ 15.000 X 22 días =	11.000		
	221.000	valor de los perjuicios materiales	
	1.000.000	valor de los perjuicios morales.	
	1.221.000		

Atendidas las circunstancias señaladas en la parte final del artículo 131 del nuevo Código Contencioso Administrativo de la estimación de la cuantía en forma razonada y lo dispuesto en el ordinal 2o. del artículo 2o. del Código de Procedimiento Civil se estima que del presente asunto debe seguir conociendo el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia.

Si se aceptare que la cuantía es la que libremente señala el litigante, la competencia de los Tribunales sería señalada por las partes y no por la ley.

Entre dos cuantías: una real determinada "razonadamente" y otra arbitrariamente señalada por el interesado, prevalece la primera.

En consencuencia, previa desanotación en los libros de la Secretaría vaya este expediente por competencia al Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RECURSO DE SUPLICA Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.— No se pueden intentar dos recursos extraordinarios contra la misma sentencia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D.E., agosto treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Actora: **Ligia Calderón de Córdoba.**
Recurso de anulación.
Referencia: Expediente No. 030.

El procurador judicial de la parte demandante ha interpuesto recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 17 de febrero de 1984.

Como motivos para pedir la anulación de dicha sentencia invoca los contemplados en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo y con base en ellos formula el siguiente "cargo único": Acusa la sentencia:

1. De violar directamente el artículo 16 de la Constitución Nacional por interpretación errónea y al respecto razona como sigue:

"Dentro del natural laconismo de una Constitución eso quiere decir que las autoridades de la República están instituidas 'PARA PROTEGER'... y, como si fuera poco, 'PARA ASEGURAR....'. Sostener que la motivación sin más de la de la protección o de la seguridad que de la protección resulta, depende del particular y no del Estado es, prácticamente, invertir la carga de la prueba y, aún más, la carga de la obligación que en virtud de este principio que la organiza, tiene la República y, de modo alguno, el particular".

2. De violar directamente los artículos 32, 1o. y 5o. del Código Nacional de Policía, 10. del Decreto 522 de 1971, que modificó el artículo 30 de dicho Código, 68 de la Ley 167 de 1941; 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 9o. de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación. Explica el cargo, así:

"La sentencia recurrida, como anoté desde un principio, acepta "que pocos días antes del 15 de septiembre de 1979, día en que fue cobradamente (sic) sacrificado el doctor Efraín Córdoba, se difundió por las distintas emisoras la noticia dada por el Gobernador del Departamento del Cesar de que había sido descubierto y debelado un plan terrorista que debía realizarse el 14 de dicho mes y año para celebrar un nuevo aniversario del célebre paro nacional de 1977, el cual incluía la muerte de distinguidas personalidades del Departamento, incluido el Gobernador, es decir, que las autoridades tenían conocimiento de la especial situación de peligro que se cernía sobre el señor Presidente del Tribunal del Distrito Judicial del Cesar: acepta, además, que con anterioridad el magistrado Presidente, había sido víctima de un atentado con bomba en su residencia y que la protección policiva apenas se le prestó por unos pocos días, razón por la cual tuvo que pagarse con su escaso sueldo un celador, y resulta indiscutible que, por entonces, el país se encontraba en estado de sitio, debido a la perturbación del orden público y aún más, bajo el Estatuto de Seguridad, expedido por el Gobierno PARA PROTEGER a los residentes en el país.

"Y también acepta el fallo recurrido que la protección al magistrado, lo que implica que las autoridades sí sabían que estaba en peligro, se le prestó 'mediante patrullaje y revistas esporádicas tanto a la casa como al despacho de los funcionarios'.

"Ahora bien:

"Frente a tal situación de hecho reconocida por la Sección falladora, debió aplicar los artículos 32, 30 modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971 y 1o. y 5o. del Código Nacional de Policía, a cuyo tenor:

'Artículo 32.

'Los funcionarios de policía están obligados a dar sin dilación el apoyo de su fuerza POR PROPIA INICIATIVA o por que se les pida directamente de palabra o por voces de auxilio, 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'.

"Y, dicho apoyo, no puede ser cualesquiera ayuda o PROTECCION, sino LA AYUDA EFICAZ, como se sigue de la lectura de su otro artículo 30, que *obliga a las autoridades de policía a* EMPLEAR LOS MEDIOS EFICACES PARA PREVENIR LA INFRACCION PENAL.

"Artículo 5o. *ibídem.*

"y el magistrado Presidente del Tribunal del Distrito Judicial del Cesar fue, precisamente víctima de una infracción penal, de un homicidio, con el fin, como reza el artículo 1o. de dicho código, '... DE PROTEGER A LOS HABITANTES DEL TERRITORIO COLOMBIANO EN SU LIBERTAD Y LOS DERECHOS QUE DE ESTA SE DERIVAN...'.

"Pero como no los aplicó resulta palmario que, por no haberlo hecho, los violó directamente.

"Y, como consecuencia, violó también, de rebote o contragolpe, los artículos 68 del anterior Código Contencioso Administrativo; 1, 612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 3o. de la Ley 153 de 1887, pues los dejó de aplicar, siendo pertinentes a la solución del caso debatido".

Se considera:

1. Muestran los antecedentes que el fallo ahora impugnado a través del recurso extraordinario de anulación fue materia también de decisión de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que resolvió el recurso extraordinario de súplica, en el sentido de no encontrar violada la doctrina de las sentencias invocadas por el mismo actor.

2. De ello surge que se han intentado dos recursos extraordinarios contra la misma sentencia, que debe conducir a que se rechace de plano el presente de anulación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) La Ley 11 de 1975 instituyó el recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso y en relación con autos interlocutorios o sentencias dictados por una de las Secciones del Consejo de Estado que sin aprobación de dicha Sala, acogiera doctrina contraria a alguna jurisprudencia. Tal medio de impugnación ostenta el carácter de extraordinario no sólo por las providencias susceptibles del mismo, sino también por su finalidad consistente en mantener una unidad jurisprudencial administrativa. La consecución de esta unidad se logra a través del análisis que en concreto se haga de las providencias señaladas como quebrantadas por el recurrente y que a su juicio fueron desatendidas por el fallo objeto de la súplica, análisis que se contraerá a la normatividad y su alcance jurídico, que se aplicó al decidir el negocio.

b) El recurso extraordinario de anulación previsto en los artículos 195 a 205 del Decreto No. 01 de 1984 ataca las sentencias de única instancia de los tribunales contenciosos administrativos y las de única y segunda instancia del Consejo de Estado "por violación directa de la Constitución Política y de la ley sustantiva".

Esto es que también, a usanza del recurso extraordinario de súplica, persigue la unificación de la jurisprudencia administrativa, en torno de la correcta aplicación de la ley sustantiva. Y quizá con mejor técnica procesal del de súplica porque el enfrentamiento de la sentencia recurrida se hará directamente con el texto legal y no con otros fallos del Consejo en donde a su vez había que buscar aquél.

c) En el evento *sub-lite* se observa que ya ante el Consejo la parte demandante agotó el recurso de súplica y aquél al examinarlo y resolverlo en el fondo mediante sentencia de 16 de junio de 1984 tuvo oportunidad de pronunciarse, sobre la normación sustantiva aplicable y contenida en la jurisprudencia que se señaló como desoída.

Luego no es dable revivir la litis así decidida de mérito y através del recurso de anulación volver a plantear quebrantos de la ley. Es decir hacer uso en el caso *sub-júdice* de dichos dos medios de impugnación excluyentes.

En mérito de lo expuesto, se decide:

Inadmítese la demanda de anulación presentada a través de apoderado por la señora Ligia Calderón viuda de Córdoba contra la sentencia de 17 de febrero de 1983 de la Sección Tercera de esta Corporación.

Reconócese al doctor Tarsicio Roldán Palacio como su procurador judicial en los términos del memorial poder a él conferido.

Notifíquese.

Simón Rodríguez Rodríguez.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.— Naturaleza jurídica. Decreto 080 de 1976. Decreto 1151 de 1976.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., septiembre cuatro (4) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejera Ponente: **Aydée Anzola Linares.**
Actora: **Diana Patricia Salom de C.**
Autoridades Nacionales.
Referencia: Expediente No. 5996.

En el escrito que obra a folio 210, el señor Fiscal Cuarto de esta Corporación interpuso recurso de reposición contra el auto visible a folios 205 a 209, proferido por esta Sala, por medio del cual se declaró la nulidad de todo lo actuado en atención a que se consideró que el Fondo Rotatorio de Aduanas no tiene personería para comparecer en juicio y, por lo tanto, la demanda no podía ser dirigida contra dicha Entidad.

Las razones que la Agencia del Ministerio Público tuvo para interponer el referido recurso de reposición, se apoyan en que el Fondo Rotatorio de Aduanas, de conformidad con la ley, es una persona jurídica.

En efecto, de conformidad con el Decreto 080 de 1976 "por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se suprimen unos cargos y se redistribuyen sus funciones", el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas "se denominará Fondo Rotatorio de Aduanas y continuará funcionando como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que cumplirá las funciones establecidas en la ley y en los respectivos reglamentos". (Artículo 37).

Por su parte el Decreto 1151 de 1976 "por el cual se aprueban los estatutos del Fondo Rotatorio de Aduanas", en el capítulo primero que trata de la naturaleza, domicilio y funciones de dicho organismo, artículo 2o. se dispuso: "El Fondo Rotatorio de Aduanas es un establecimiento público, esto es, un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se reorganiza conforme a las disposiciones contenidas en los Decretos-Leyes 1050, 3130 y 2886 de 1968, 080 de 1976 y en los presentes estatutos".

Lo anteriormente transcrito indica que le asiste razón a la Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado y sin que haya necesidad de acudir a otros argumentos, se impone revocar la providencia recurrida para resolver que no hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado en virtud de que el Fondo Rotatorio de Aduanas, como ya se advirtió, sí tiene personería para comparecer en juicio.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Revócase, en todas sus partes, el auto fechado el 31 de agosto de 1983 y en su lugar procédase a dar cumplimiento a la providencia que obra a folio 204 del expediente, por medio de la cual se citó a las partes para sentencia.

Ejecutoriada esta providencia vuelva el expediente al Despacho de la Consejera Sustanciadora para continuar la actuación.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 17 de agosto de 1984.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DESISTIMIENTO.— ¿Qué implica? Consecuencias jurídicas del auto que lo acepta. (Artículo 342 del Código de Procedimiento Civil).

CONSULTA.— (Artículo 85 del Decreto 01 de 1984).

"La consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no surta el mencionado grado".

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello.**
Actora: **Alvaro Guerrero Artunduaga.**
Autoridades departamentales.
Referencia: Expediente No. 11345.

Obra a folio 74 del memorial en que el señor apoderado del actor desiste de la acción incoada y pide que se archive el expediente.

En un caso similar la Sala dijo:

"Si bien es cierto que al apoderado le fue otorgada, entre otras, la facultad para desistir, también lo es que el proceso tiene fallo de primera instancia favorable a la pretensión principal de la demanda, quedando pendiente solamente el grado de jurisdicción de la consulta, conforme lo exige, en interés de la administración pública, la norma contenida en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, que en su parte final expresa:

"'La Consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no surta el mencionado grado.

"No está en firme, por lo tanto, el fallo de primera instancia.

"Por otra parte, conforme a la naturaleza y efectos del desistimiento, éste implica 'la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada', según los términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, el cual agrega que 'el auto que acepta el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia' y que 'sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes'.

"Significa la disposición citada que, de aceptarse el desistimiento en el *sub-lite*, automáticamente desaparecería el fallo del Tribunal Administrativo del Huila que, como se expresó, es favorable a la pretensión principal del actor, el cual quedaría privado de este beneficio y no podría intentar nueva acción para los mismos fines" (Auto de fecha 24 de agosto de 1984. Expediente No. 9662. Actor: Julio Solano Quesada. Ponente: Consejero Reynaldo Arciniegas Baedecker).

Dadas las anteriores circunstancias, la Sala dispone:

Notifíquese personalmente al demandante el contenido de esta providencia a fin de que manifieste si está de acuerdo con la decisión adoptada por su apoderado. Para el efecto, comisiónase al Tribunal Administrativo del Huila, con remisión de los insertos pertinentes.

Una vez practicada la notificación, el expediente deberá volver al Despacho para la decisión a que hubiere lugar.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de agosto de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, ausente, **Joaquín Vanín Tello.**

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

COSTAS.— ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.— EXONERACION DE DICHA CONDENA.— Artículo 43. Decreto 3130 de 1968.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., septiembre siete (7) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Actor: **Fondo Vial Nacional. Atuesta Guarín Pombo Limitada.**
Referencia: Expediente No. 3546.
Laudo Arbitral.

Procede la Sala a decidir la petición de sentencia complementaria formulada por la firma Atuesta Guarín Pombo Ltda. por cuanto la sentencia de 9 de agosto del presente año guardó silencio sobre costas. Apoyó su solicitud en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con los artículos 73 y 393 del mismo estatuto.

Para resolver, se considera:

1. Dispone el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil que cuando en el fallo se omite la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o se guarde silencio sobre costas, o sobre perjuicios en razón de temeridad o mala fe, podrá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria de oficio o a solicitud de parte.

2. Oportunamente se hizo tal solicitud (ver nota de recibo a folios 296).

3. También es evidente que en el fallo de 9 de agosto nada se dispuso sobre costas.

4. Si bien es cierto el principio general en este campo indica que la parte vencida debe ser condenada en costas, no lo es menos que la regla tiene sus excepciones, tal como lo señala el numeral 1 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil el que exonera de dicha condena a la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios.

5. Aunque en la enumeración precedente no están incluidos los establecimientos públicos, el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968 hace esa extensión al disponer que "como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación".

Es evidente que entre las prerrogativas de ésta la de no ser condenada en costas.

6. La índole del Fondo Vial Nacional tampoco es discutible. Es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, creado por la Ley 64 de 1967.

7. En el proceso contencioso administrativo no cabe la condenación en costas para la entidad pública vinculada a la litis. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo es lícito al imponer esa condena al "litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil".

8. Del hecho de que la justicia ordinaria hubiera condenado en costas al Fondo Vial Nacional dentro de un incidente de nulidad que se prosperó, nada se concluye porque fue éste un error claro del Tribunal Superior que así lo dispuso, al olvidar la vigencia del artículo 43 del Decreto 3130 de 1968.

9. Al ordenar el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo que la condena en costas se hará en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil no está reproduciendo este dispositivo en su integridad, como lo afirma la peticionaria, sino que simplemente está dando a entender cuál es su alcance y operatividad cuando la parte vencida sea el particular.

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:

Deniégase la solicitud de adición de la sentencia de 9 de agosto del presente año, porque el Fondo Vial Nacional no puede ser condenado en costas.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 6 de septiembre de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— PREJUDICIALIDAD PENAL.— Reiteración jurisprudencial.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., septiembre catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Actora: **Ana Elvia Patiño Vda. de Prieto.**
Referencia: Expediente No. 4393.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 28 de octubre de 1983, dictado por el Tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante el cual este organismo no accedió a la suspensión del proceso pedido por la entidad demandada.

Para tomar tal decisión estimo el *a-quo*:

"Preceptúa el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo contencioso administrativo por expreso mandato del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo que el juez decretará la suspensión del proceso: '1o. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en éste haya de influir necesariamente en la decisión del civil. No habrá suspensión si se trata de posibles ilícitos relacionados con medios de prueba, salvo con las de estado civil en proceso de sucesión.....'.

"Sin embargo, ese requisito, el de que haya de influír necesariamente en la decisión del Tribunal, no se cumple en este proceso, pues aquí se trata de una demanda contra el Distrito Especial de Bogotá, por presunta responsabilidad extracontractual, en un accidente de tránsito. En cambio la investigación penal seguramente se prosigue contra el conductor o conductores para establecer la posible responsabilidad penal. En nada influirá la decisión penal en la sentencia de este Tribunal, por cuanto así se absuelva el agente que produjo el accidente, de todas maneras el Distrito Especial de Bogotá podría ser condenado con fundamento en la denominada responsabilidad objetiva, en la cual no es necesario demostrar la culpa del agente autor del daño.

"La norma ya transcrita (numeral 1o. del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil), es clara en advertir, para que se configure la causal de suspensión, que esa influencia deba ser *'necesaria'*, lo cual indica que sí se puede dictar la sentencia prescindiendo del fallo del penal, porque los hechos investigados penalmente van encaminados exclusivamente a decidir la responsabilidad de la persona natural que sirvió de agente productor del daño, no procede la suspensión.

"Es suficiente lo anterior para concluir que en el presente negocio no se ha demostrado la causal de suspensión del proceso alegada por el señor apoderado de la parte demandada. Por esta razón, la solicitud en tal sentido no le podrá prosperar".

El mismo Tribunal mantuvo su criterio al resolver la reposición formulada por la parte demandada. Allí, se observó:

"El Consejo de Estado ha dicho que así se absuelva al agente autor material del daño, esta circunstancia no es obstáculo para considerar que el hecho generador del perjuicio, sí constituye una falla del servicio, porque como lo tiene repetido la jurisprudencia de esta Corporación la responsabilidad del Estado es objetiva, anónima, basta que se acredite que el perjuicio se produjo como consecuencia de la prestación de un servicio a cargo del Estado, jurisprudencia del Consejo de Estado, Ediciones Lex Ltda. página 372, sentencia de fecha diciembre 6 de 1979)".

Para la Sala asiste la razón al Tribunal, como pasa a observarse:

Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquélla sobra su calificación en el proceso penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima. Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetiva la culpa pierde su individualidad, no es predicable de un funcionario en particular, y se imputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración; desapareciendo, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima. Y esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos. De allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima). El hecho de que el daño en ciertos casos se pueda imputar a un agente determinado, no desvirtúa lo aquí expuesto, sino que facilita en cierto sentido la prueba de esa falla, dada la relación entre dicho agente y la administración.

La jurisprudencia del Consejo a ese respecto tampoco deja lugar a dudas. En sentencia de julio 16 de 1966 con ponencia del doctor Carlos Portocarrero Mutis sostuvo la Corporación:

"No obstante que la redacción del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal vincula la suspensión del proceso que ordena el inciso 2o., a la hipótesis contemplada en el 1o., de que en el curso de un proceso civil o administrativo se presente un ilícito, la jurisprudencia ha aceptado que se pueda decretar aquella suspensión aún en los casos de la existencia de un proceso penal previo al civil, relacionando, sin duda, el citado artículo 11 con el 28 *ibídem*. Y ello está bien, pues que milita la misma razón de evitar el 'desmedro de la autoridad' que podría derivar de la producción de decisiones contradictorias sobre un mismo hecho. Pero es por demás obvio que la contradicción de las decisiones tiene como supuesto necesario la identidad de las personas que en uno y otro proceso figuran como sujetos pasivos de las respectivas acciones. Ahora bien, en el presente juicio no aparecen como demandados los soldados que hirieron al demandante, sino la Nación, y, ésta, dentro de la actual jurisprudencia de la Sala, respondería directamente por una supuesta 'culpa del servicio' y no como un tercero de quien dependieran los soldados. En la aludida noción de culpa, por cierto, no es necesario precisar las personas concretas por cuya obra se produce el daño, sino basta la comprobación de un proceder genérico culposo en la administración como tal frente al perjuicio de cuya indemnización se trata. No existiendo, pues, identidad de sujetos pasivos en la acción penal y la civil, no hay posibilidad de que se produzcan decisiones contradictorias. Por tanto, no hay necesidad de supeditar este proceso a lo que se decida en el penal que cursa contra los soldados, y por ende, no debe ser suspendido".

Por lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

Confírmese el auto de octubre 28 de 1983, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 13 de septiembre de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PERENCION DEL PROCESO FRENTE AL ESTADO.—

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., dieciocho de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Eduardo Suescún.**
Actor: **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.**
Referencia: Expediente No. 3466.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra el auto del 16 de diciembre de 1983, por medio del cual el señor Consejero Sustanciador no accedió a decretar la perención del proceso.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar inició acción de revisión contra la resolución de extinción de dominio dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria con relación al predio La Cabaña, ubicado en el municipio de Garzón.

Dictado el auto admisorio, y abierto el juicio a pruebas, el INCORA solicitó la perención del proceso en memorial del 18 de noviembre pasado con el argumento de que desde el 2 de febrero de 1983 no había habido ninguna actuación y que en esa fecha había llegado al expediente un oficio del Juzgado Civil del Circuito de Garzón, en la cual se requerían de la parte actora unos datos para la expedición de unas copias.

El Consejero Sustanciador hubo de negar la solicitud de perención por considerarla improcedente frente al Instituto de Bienestar Familiar, dado que "el demandante tiene la condición de Nación, bajo el criterio de entidad descentralizada". Sustentó esta determinación en el artículo 346-5 del Código de Procedimiento Civil.

El suplicante funda su recurso en un extenso memorial en el cual plantea que no puede confundirse o asimilarse la personalidad de la Nación con la de los establecimientos públicos y que el Código de Procedimiento Civil no coloca en el mismo pie de igualdad a aquélla y a éstos ni les otorga iguales garantías.

Se considera:

Es importante advertir ante todo que la perención solicitada el año pasado por el INCORA y negada por el auto suplicado, tiene su fundamento en auto de 4 de octubre de 1983 dictado por la mayoría de la Sala Plena con base en la interpre-

tación de que dentro de ciertos parámetros propios del derecho procesal administrativo, era aplicable por analogía la perención del derecho procesal civil.

Aunque el suscrito ponente comparte dicha providencia, resulta fundamental destacar que su espíritu fue aplicar la perención civil con cierto criterio restrictivo al procedimiento administrativo, teniendo en cuenta las características y funciones propias de éste. Dentro de esta perspectiva resulta absolutamente válida la reserva que tuvo el Consejero Sustanciador al no aplicarla frente a un establecimiento público, no por considerar que había confusión o asimilación de la personalidad de un ente descentralizado con la Nación, como lo sugiere el recurrente, sino por entender que dentro del Derecho Público un establecimiento público debe tener el mismo tratamiento que la Nación los departamentos o los Municipios, tal como posteriormente lo dijo el nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 148 al establecer la perención en el proceso administrativo.

Evidentemente, visto desde el punto de vista del proceso administrativo resulta ilógico que esta sanción que la ley impone a la parte actora cuando abandona el cumplimiento de sus obligaciones procesales, tenga operancia frente al Estado, bien sea contra sus entes territoriales o descentralizados, dado que el Estado es el órgano de gestión de toda la comunidad y que, por lo tanto, obra en función eminentemente pública siempre que actúa como demandante.

Finalmente cabe agregar que en este caso tampoco podría darse la perención, dado que no aparece incumplimiento alguno por parte del actor en sus obligaciones procesales. Si el término probatorio estaba vencido, no era obligación suya sino de la Secretaría dar el impulso correspondiente.

Notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PERENCION DEL PROCESO.— Para que se configure no es suficiente la simple inactividad objetiva de la parte actora. Se requiere que incumpla una obligación procesal a su cargo, y que el incumplimiento se prolongue por seis meses.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., cuatro (4) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Eduardo Suescún.**
Actor: **Hernando Enrique Reparato Ortegón y otros.**
Referencia: Expediente No. 3575.

Se procede a resolver el recurso de súplica interpuesto por la parte actora, contra el auto del 18 de julio de 1984, por medio del cual el señor Consejero sustanciador decretó la perención del proceso.

El recurrente en su memorial de folio 182 sostiene que a la fecha en que se decretó la perención (18 de julio de 1984), no se había configurado esta figura jurídica dado que el nuevo Código Contencioso Administrativo que entró en vigencia el 1o. de marzo de 1984, es ley que rige para el futuro y en consecuencia no habían transcurrido los seis meses de que habla la norma. De otra parte presenta un planteamiento a cerca del impulso del proceso afirmando que "... era de competencia del señor Consejero Ponente previo informe secretarial declarar clausurado el período probatorio...".

El auto se funda en que la última actuación ocurrió el 19 de septiembre de 1983 y consistió en la audiencia que debió cumplir el Tribunal Administrativo de Santander, por comisión. A dicha audiencia no concurrieron los testigos ni los apoderados y el correspondiente Despacho fue devuelto al Consejo de Estado y recibido en la Secretaría el 3 de octubre de 1973. El auto recurrido señala que "las pruebas no se practicaron en su totalidad por falta de actividad del apoderado de los actores, conforme constancias procesales. Los poderes inquisitivos del juez —agrega— no llegan al extremo de reemplazar el impulso que las partes deben dar al proceso en provecho de sus pretensiones".

Visto el expediente, se encuentra que las últimas actuaciones procesales fueron la recepción en la Secretaría del referido Despacho comisorio, el 3 de octubre de 1983 (folio 152) y del oficio enviado por el Comandante de la Quinta Brigada, el 10 de octubre siguiente (folio 174).

Evidentemente entre la última fecha y el 30 de mayo de 1984 en que se presentó la solicitud de perención, corrieron más de seis meses.

Pero para que se configure la perención no es suficiente la simple inactividad objetiva de la parte actora. Se requiere que incumpla una obligación procesal a su cargo y que ese incumplimiento se prolongue por seis meses.

En el presente caso no se encuentra que se haya dado ese incumplimiento. Recibidos el Despacho y el oficio a que se ha hecho referencia y vencido como estaba el término probatorio, era obligación oficial y no de la parte darle curso a la siguiente etapa del proceso. El Secretario tenía a su cargo pasar el expediente al Consejero Sustanciador, con el informe respectivo para ordenar las alegaciones.

En estas circunstancias, no hubo incumplimiento de la parte y no puede en consecuencia mantenerse el auto.

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

Se revoca el auto suplicado.

Notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ARTICULO 266 DECRETO 01 de 1984.— Interpretación. CUANTIA.— Artículo 131 numeral 10.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Seccion Tercera.— Bogotá, D.E., octubre primero (1o.) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Actor: **Alberto Garcés Tamayo.**
Referencia: Expediente No. 3608.

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 hubieran 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 esta código deban tener dos, seguirán siendo conocidos y fallados por dicha Corporación".

De tal norma, surge:

a) Interpretando el primir inciso, aisladamente perimite concluir: 1. Que los negocios iniciados antes de la vigencia del estatuto, se rigen por la ley nueva, al entrar a regir ésta, 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 se estén surtiendo" todas las cuales se regirán por la ley anterior; 2. Como colorario, 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; 3. 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: 1. 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; 2. 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 los cuales se regirán por la ley antigua; 3. 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; 4. 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 hubiere dictado el auto admisorio de la demanda, momento en el cual el juez, avoca el conocimiento, se pronuncia sobre su propia competencia y de 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 pero cuyo auto admisorio no se hubiere dictado antes de esta fecha, se rigen para efectos dela competencia, por los artículos 128, 129, 131, 132 y 133 del Código Contencioso Administrativo.

B. *La cuantía.*

De la demanda se infiere que la cuantía de la pretensión no supera la suma de $ 2.000.000.00, en efecto se afirma que la víctima recibía ingresos mensuales por la suma de $ 18.184.32. Lo anterior por concepto de lucro cesante. Esta es la base de la liquidación desde la fecha en que se ocurrieron los hechos (junio de 1979) hasta la fecha de presentación de la demanda (mayo de 1982). Lapso transcurrido 2 años y 11 meses.

$ 18.184.32 X 24 meses = $	436.423.68	
$ 18.184.32 X 11 meses =	200.027.52	
	636.451.10	valor de los perjuicios materiales.
	1.000.000.00	valor de los perjuicios morales.
	$ 1.636.451.10	

1. Dice el artículo 131 del nuevo Código Contencioso Administrativo, en su ordinal 10.

"Artículo 131. En única instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

"....

"10. De los de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía no excede de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00).

"La competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo o debió producirse el acto o se realizó el hecho; si comprendiere varios departamentos será tribunal competente, a prevención el escogido por el demandante.

"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".

2. El ordinal 1o. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, precisa que para efectos de determinar la cuantía de los juicios, se tenga en cuenta el valor de la pretensión deducida, cuando no se acumulan estas, pues tal evento lo tiene regulado el ordinal 2o. del mismo artículo cuando dice:

"2o. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulan varias pretensiones".

3. Pero cuando no se trata de simple acumulación objetiva o sea de objetos, cosas o pretensiones, sino de acumulación MIXTA: personas o sujetos o procesos y de pretensiones y objetos, la determinación de la cuantía, sin duda alguna, tiene que consultar el valor de la pretensión mayor en relación con cada sujeto, pues sólo así se determina el valor de cada proceso acumulado en la demanda.

4. Todo lo anterior indica que este proceso que hoy se adelanta en el Consejo de Estado como de UNICA INSTANCIA, quedó a partir de la vigencia del nuevo estatuto, como de UNICA INSTANCIA en los tribunales, dada su cuantía inferior a $ 2.000.000.00 y debe ser enviado al Tribunal Administrativo de Antioquia, en obedecimiento a lo demandado por los artículos 266 y 131 ordinal 10 del nuevo Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, por competencia, previa desanotación en los libros respectivos, envíese el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ENTIDADES PUBLICAS DE CARACTER SECCIONAL.— PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL.— Legislación: Bajo la Ley 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Artículo 139.

ACUMULACION INDEBIDA DE PRETENSIONES.— Estima la Sala que FORMALMENTE se dió en la demanda una indebida acumulación de pretensiones. ¿Por qué se dice que FORMALMENTE? COMISION DE DELITOS.— Obligación del funcionario de dar aviso a las autoridades. Es un deber legal cuyo contenido ético no depende del resultado final de la conducta denunciada.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., octubre veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Actor: **Diego Alvarez Vera.**
Referencia: Expediente No. 4265. Apelación.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 16 de septiembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Síntesis de los hechos:

1) Que el demandante celebró con la lotería "La Sabanera" un contrato de servicios profesionales el 25 de septiembre de 1979, para la defensa de la entidad en el proceso instaurado por la firma "Ballesteros Ramírez Ltda.".

2) Que el poder le fue revocado a dicho profesional violándose así el contrato en forma abrupta. Para tal efecto el gerente de la lotería, Ricardo Gómez Casseres, denunció al demandante ante el Tribunal de justicia de Sincelejo por estar defendiendo intereses incompatibles, ya que por un lado estaba actuando a nombre de la lotería y por el otro demandándola a nombre de otra persona.

3) Que tanto el tribunal de justicia como tribunal disciplinario absolvieron al doctor Alvarez Vera de todos los cargos.

Cumplido el trámite de la primera instancia el tribunal declaró la excepción mencionada atrás, por cuanto consideró que en la demanda se configuraba una indebida acumulación de pretensiones.

Para ello, se consideró:

"Tanto de las peticiones como de los hechos en que fundamenta aquellas y de las probanzas allegadas al expediente se deduce, sin mayores esfuerzos dialécticos, que el actor está involucrando en una sola demanda varias pretensiones contra la lotería La Sabanera "... por acto y omisiones de carácter administrativo ejecutados por el entonces gerente Ricardo Gómez Casseres Madrid, que generan responsabilidad patrimonial por parte de la entidad de derecho público demandada....". como leerse puede en el libelo respectivo, de todo lo cual surge la convicción para la Sala que el demandante impetra se le paguen los perjuicios recibidos por "..... la violación abrupta del contrato que tenía celebrado con la lotería La Sabanera...." con fecha 25 de septiembre de 1979 por la suma de $ 100.000 de los cuales recibió un anticipo de $ 40.000.00 y que también se condene a esa entidad a indemnizarlo por haberlo ".... denunciado temeraria e imprudentemente, con la inspiración política y con la evidente esperanza de no pagar el saldo de honorarios y perjuicios profesionales por incumplimiento del contrato....", es decir, en una sola demanda —como arriba se anota— está ejercitando dos acciones contra la lotería La Sabanera por hechos u omisiones que, según se lee allí, lógicamente, se les tendría que aplicar distintas normas jurídicas que hacen parte, igualmente, de diversos estatutos legales. Conclúyese, en consecuencia, que en este proceso aparece demostrada la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones".

Apelada la decisión por la parte actora, se cumplió el trámite de rigor en esta instancia. Las partes presentaron sus alegaciones. La demandante criticó la decisión del Tribunal e insistió en que su pretensión era indemnizatoria, causada por una denuncia temeraria. La demandada apoyó la argumentación del Tribunal y solicitó su confirmación.

Para la Fiscalía de la Corporación la sentencia deberá ser confirmada. Así, en su vista de 17 de julio del presente año, sostiene:

"Leída la demanda, este despacho encuentra justificadas las afirmaciones que hace la sentencia, para concluir afirmando que existe una indebida acumulación de pretensiones.

"La demanda no es clara y en el capítulo sobre normas violadas y concepto de violación (folio 4), el actor insiste en presentar sus pretensiones como nacidas de un contrato administrativo.

"Sin embargo en el alegato de sustentación del recurso, el actor afirma que se trata de una acción extracontractual por la actuación del Gerente de la lotería, consistente en denunciar el proceder del actor.

"Si aceptamos la aclaración que hace el actor y partimos de la base de que se reclaman perjuicios por el *denuncio* que el entonces Gerente de la Lotería La Sabanera entabló contra el actor, tampoco está llamada a prosperar la demanda.

"Es obligación para quien tenga conocimiento de una conducta ilegal, ponerla en conocimiento de la autoridad competente para que se investigue. Este solo hecho no puede ser calificado de falla del servicio a efecto de solicitar indemnización de perjuicios.

"Se observa también, que en el presente caso se esta llamando a responder a una entidad denominada 'Lotería La Sabanera' sin que se haya establecido y probado en legal forma la naturaleza jurídica de ese ente."

Para resolver, se considera:

Antes de considerar el fondo del asunto, en el que se cuestiona no sólo la responsabilidad del ente público demandado, sino una posible acumulación indebida de pretensiones, es preciso estudiar en primer término la afirmación hecha por la Fiscalía en torno a la falta de prueba de la existencia de la Lotería La Sabanera.

Toda demanda ante lo contencioso administrativo debe presentarse con ciertos anexos, entre los que cabe destacar la prueba de la existencia y representación legal de las entidades públicas de carácter seccional que se presenten como demandantes o demandadas. Basta recordar que el principio *"iure novit curia"* no tiene aplicación sino para los ordenamientos legales de rango nacional. En este sentido se entiende porqué no debe acreditarse ni esa existencia ni la respectiva representación cuando la parte sea un municipio o una entidad descentralizada de creación constitucional legal. Estos principios se desprenden de los numerales 3 y 4 del artículo 77 del Código de Procedimiento Civil norma aplicable hasta la vigencia del Decreto 01 de 1984.

Aunque el asunto se presentó dentro del régimen de la Ley 167 de 1941 y podría fallarse entonces en forma inhibitoria por falta de prueba de la existencia de la entidad demandada, ante la nueva situación creada por el Código Administrativo vigente y en particular por lo que dispone el inciso final de su artículo 139, la Sala estima que debe pasar por alto esta circunstancia, máxime cuando la existencia de la misma no ha sido cuestionada por ninguna de las partes y cuando el Código Fiscal enumera dentro de los entes departamentales a esa Lotería.

Dispone la norma en cuestión, al desarrollar su contenido (la demanda y sus anexos) que con el libelo deberá acompañarse "la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas las de derecho público que intervengan en el proceso". El texto es bastante claro y rompe una larga tradición legislativa. Con todo, hay que reconocerlo, a nivel seccional la existencia de los entes descentralizados constituye un hecho notorio.

Estima la Sala que *formalmente* se dio en la demanda una indebida acumulación de pretensiones: una indemnizatoria por incumplimiento del contrato suscrito entre el

actor y la Lotería y otra de responsabilidad extracontractual por hechos de la administración. Se dice que "formalmente" porque de la interpretación global del libelo y de otros escritos del demandante se deduce que la pretensión indemnizatoria es de la última clase y por la temeridad y mala fe que movió a la demandada a formular la denuncia ante el Tribunal de justicia de Sincelejo.

El planteamiento así es bastante claro, pero los hechos no fueron demostrados. En parte alguna se evidenció el móvil político que indujo a la gerencia del ente demandado a hacerlo. Tampoco se demostró que con ella se buscaba no tener que pagar el saldo insoluto del contrato de prestación de servicios.

El hecho de la absolución, por sí solo, no demuestra esa temeridad o mala fe. El funcionario que tenga conocimiento de la comisión de un delito tiene el deber de informarlo a las autoridades y para hacerlo no tiene que estar seguro del resultado de dicha acusación. Por eso se afirma que es un deber cuyo contenido ético no depende del resultado final de la conducta denunciada. Con mayor razón en eventos como el aquí estudiado, en los que la prueba sería difícil ya que deberá demostrarse en forma suficiente el motivo innoble, desviado o injusto que impulsó al funcionario acusador y su ánimo dañino.

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:

Revócase la sentencia de 16 de septiembre de 1983. En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 25 de octubre de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, salvó voto, **Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACUMULACION INDEBIDA DE PRETENSIONES.— (Salvamento).— En la demanda el actor pide textualmente la indemnización "Por acto y omisiones y al formular la causa petendi plantea unos hechos que configuran inequívocamente la acción contractual.

Salvamento de voto.
Actor: **Diego Alvarez Vera.**
Referencia: Expediente No. 4265.

Me separo de la mayoría por considerar, con el Ministerio Público, que el actor acumuló indebidamente la pretensión contractual por ruptura ilegal del contrato de

prestación de servicios profesionales de abogado con la pretensión extracontractual por denuncio temerario y que, en consecuencia, la decisión inhibitoria que tomó el Tribunal ha debido mantenerse.

No comparto "la interpretación global" que la sentencia hace de la demanda y de otros escritos para concluir que se trata de una pretensión extracontractual "por la temeridad y mala fe que movió a la demanda a formular la denuncia".

Considero que las pretensiones sólo pueden deducirse de la demanda y únicamente de ella.

Ahora bien, en la demanda el actor pide textualmente la indemnización "por acto y omisiones" y al formular la causa *petendi*, plantea unos hechos que configuran inequívocamente la acción contractual. Dice:

"Primero.— El suscrito abogado titulado, en la Universidad de Cartagena en donde cursó estudios hasta el 1947 y recibió grado el 20 de octubre de 1952; en tal virtud, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena lo recibió como abogado titulado por acuerdo extraordinario No. 72 de 12 de diciembre de 1952; desde esa calenda ha ejercido la profesión de abogado, sin ninguna interrupción ni impedimento y no ha sido siquiera amonestado en su ejercicio por el Tribunal Competente.

"Segundo.— La Lotería La Sabanera celebró contrato con el suscrito abogado para que la representara en una demanda de acción de nulidad de plena jurisdicción que en su contra había formulado la firma Ballesteros Ramírez Ltda., de Barranquilla, ante ese Tribunal, contrato que se celebró en 25 de septiembre de 1979, siendo Gerente del Instituto el señor Ramón Reston Abud; el contrato se pactó en la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) y se le hizo al suscrito abogado un anticipo de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00).

"Tercero.— Al ser nombrado Ricardo Gómez Casseres Madrid Gerente de La Sabanera en reemplazo de Ramón Reston Abud, por motivos enteramente políticos, me revocó el poder y lo confirió al doctor Ramón Benito Revollo Alvarez, con violación abrupta del contrato que la Loteria La Sabanera tenía celebrado con el suscrito demandante". (Folios 1 y 2).

Los siguientes apartes del concepto de la violación también me llevan a pensar que el actor planteó junto a la indemnización extracontractual, la indemnización contractual que no tuvo en cuenta la sentencia:

"REVOCATORIA DEL MANDATO:

"La prestación de servicios a la Nación y a los establecimientos públicos está reglada por el Decreto 150 de 1976 que define el contrato en el artículo 138. En el 137 se determinan las diversas clases de contratos, que pertenecen a la categoría de contratos de arrendamiento de servicios inmateriales, y son: los de asesoría o asistencia de cualquier clase; y rendición de conceptos. El mismo decreto prescribe la caducidad; en su artículo 47 instituye la obligatoriedad de la cláusula de caducidad; en el 49, d) establece la causal de incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones si a juicio de la entidad contratante se hace incoveniente la continuación del contrato. Pero como se indica un elemento de juicio o de valor oficial acerca de la gestión del mandatario, el artículo 51 *ibídem* impera que la declaración de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieren lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, y el valor de la cláusula penal pecuniaria. Esa resolución debe notificarse personalmente al

interesado o por edicto o aviso publicado en un periódico de amplia circulación, con inserción de la parte resolutiva. Contra esa resolución cabe el recurso de reposición dentro de los diez días siguientes a la fecha de la notificación o publicación.

"El Código Fiscal del Departamento de Sucre —Ordenanza No. 10 de 1974, sobre contratos administrativos establece lo siguiente: Artículo 14 dispone que se rigen de modo especial por el Código, en armonía con la constitución y la ley, y ordena que las normas especiales que rigen los contratos que celebra la Nación tendrán aplicación a los que celebre el departamento, los municipios y los institutos descentralizados, en todo cuanto fuere favorable o conveniente; en el artículo 27 establece la causal de caducidad y en el literal d) comprenden la causal de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista; pero en el parágrafo 2o. del mismo artículo se prevé que la declaratoria de caducidad debe proferirse por el Gobernador, por medio de resolución motivada, en la cual se expresaran las causas que dan motivo a ella, previa investigación del caso; el contrato de prestación de servicios viene plasmado en los artículos 45—e), 86 y 87 y siguientes; según los artículos 45, 30a), 39c) en los contratos de prestación de servicio, según su naturaleza se pueden omitir ciertas formalidades en atención a la urgencia del servicio o a las calidades técnicas o científicas del contratante; por último el Código Fiscal que se comenta manda que sus normas se aplicarán en armonía con la Constitución y las leyes de la República.

"El mandato, como contrato, solo puede declararse resuelto, o sin valor ni efecto alguno, en virtud de acuerdo voluntario de las partes. Otra cosa sucede en los casos de los artículos 2191 y 2193 del Código Civil conforme a los cuales el mandato puede revocarse en su arbitrio, o el mandatario renunciarlo..." (folios 4, 5 y 6).

Respetuosamente, **Eduardo Suescún Monroy.**

INTERVENCION DE TERCEROS EN PROCESOS DE SIMPLE NULIDAD Y EN PROCESOS ELECTORALES.— Diferencias.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., octubre treinta (30) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Actor: **César Enrique Riascos.**
Referencia: Expediente No. 1119. (Electoral).

El proceso electoral iniciado por el ciudadano César Enrique Riascos ante el Tribunal Administrativo de Nariño y tendiente a obtener la declaratoria de la nulidad de la elección de Concejales del Municipio de Tumaco y la consecuencial práctica del nuevo escrutinio con la consiguiente expedición de las nuevas credenciales a que hubiere lugar, terminó con sentencia de primera instancia el 31 de julio de 1984, en la cual se dispuso:

FALLA:

1.— Declárase infundada la excepción de inepta demanda propuesta por el impugnador doctor PATRICIO ANTONIO QUIÑONES ALEGRIA.

2.— Declárase la nulidad del acto electoral contenido en el Acta de Escrutinio General realizada en la ciudad de Pasto, el día 18 de marzo y terminada el 19 del mismo mes del año en curso, emitido por los Delegados de la Corte Electoral, en lo que respecta a la elección de Concejales del municipio de Tumaco.

3.— Con base en el Acta General de escrutinios del día 13 de marzo del año en curso, referente a las circunscripción electoral de Tumaco, y terminada el 17 de marzo del mismo año suscrito por la Comisión Escrutadora, se practicarán nuevos escrutinios. Señálase al efecto el día 14 de agosto del año en curso, desde la 8 a.m. en adelante (artículo 247 del Código Contencioso Administrativo).

4.— Practicados los escrutinios y previa declaratoria de la elección de los ciudadanos que resultaren elegidos por el Concejo Municipal de Tumaco, para el período de 1984 a 1986, expídanse las correspondientes credenciales.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia anterior, la ciudadana MARIA RUTH ORDOÑEZ (folio 152) presentó un memorial en el que solicita que se le tenga como *parte* —sin indicar si como coadyuvante o como impugnadora— y al mismo tiempo interpone el recurso de apelación.

El *a-quo* por auto de 13 de agosto del año en curso, reconoció como parte a la memorialista y le concedió el recurso de apelación interpuesto.

Llegados los autos a esta Corporación y repartido el negocio, el suscrito ponente, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 251, del Código Contencioso Administrativo, profirió auto el 26 de septiembre pasado, ordenando fijar en lista el negocio por tres días y el traslado común por otros tres, para que las partes formulasen sus alegatos por escrito, todo lo cual se surtió, aunque conviene advertir que la apelante no alegó, pero sí lo hizo el ciudadano Patricio Antonio Quiñones Alegría, quien actuó en la primera instancia como impugnador.

Es el momento de analizar y decidir si es *admisible* o no el recurso de apelación interpuesto.

Al efecto se observa:

a) El Código Contencioso Administrativo en su artículo 146, sobre intervención de terceros previene que en los efectos de simple nulidad *"Cualquier persona podría pedir, que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora"*.

Y agrega: "En los demás procesos el derecho a intervenir como parte adhesiva se le reconocerá a quien acredite un interés directo en las resultas del proceso".

b) Los procesos de *simple nulidad* son aquellos en que es objeto de litigio la defensa del derecho objetivo el cual se declara satisfecho con la simple declaración de certeza, positiva o negativa, o sea la declaratoria de nulidad o la negación de la misma, sin que haya lugar a declaración adicional.

c) En tales procesos de simple nulidad se sustancia conforme al procedimiento ordinario en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo.

d) En cambio, los *procesos electorales* aunque iniciados con el ejercicio de una acción popular, por cualquier ciudadano, son distintos a los de simple nulidad y, su prosperidad implica además de la declaratoria de nulidad, el nuevo escrutinio, la declaración

de nueva elección, la expedición de credenciales, o el reemplazo inmediato del funcionario cuya designación o elección se declare nula y, obviamente, son proceso especiales, como lo dice el *acápite* del título XXVI del Código Contencioso Administrativo y el capítulo IV de dicho título.

e) Lo anterior quiere decir que los procesos de simple nulidad y los procesos electorales tienen varios factores comunes, entre ellos: que se inician con *acción popular*, que tienen ambos una finalidad defensiva del derecho objetivo, pero tienen otras diferencias, como son entre otros, que los primeros se tramitan como juicios ordinarios y los segundos como especiales, que en los primeros, decretada la nulidad, se agota la atribución jurisdiccional mientras que en los segundos hay que hacer otras declaraciones y verificar otras diligencias tendientes al restablecimiento institucional pertinente y fundamentalmente, que en los primeros cualquier ciudadano puede hacerse parte adhesiva como coadyuvante o impugnadora sin necesidad de acreditar interés alguno, mientras que en los segundos, resulta necesario *"acreditar un interés directo"* para ser tenido como *coadyuvante o impugnador.*

f) Y es lógico lo anterior. Si bien es útil al derecho en general y al derecho público, en particular, que cualquier ciudadano pueda demandar la nulidad de cualquier elección, también resulta lógico, armonioso y conveniente, que iniciado el proceso, no puedan vincularse ilimitada e indiscriminadamente centenares o millares de ciudadanos que acabarían con el proceso mismo, sino aquellos que acrediten "un interés directo" como son, por ejemplo, los candidatos inscritos para la misma elección y en la misma circunscripción.

g) En el *sub-lite*, la ciudadana MARIA RUTH ORDOÑEZ, ni alegó, ni acreditó interés alguno en la litis y, por lo tanto, ni podía ser tenida como parte impugnadora, ni podía apelar.

En mérito de lo expuesto, SE RESUELVE:

Primero: Es inadmisible el recurso de apelación interpuesto en el presente proceso.

Segundo: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.— (165 Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984). Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Por disposición del artículo 165 del actual Código Contencioso Administrativo los únicos motivos que generan la nulidad del proceso contencioso son los taxativamente enumerados en dicha norma, luego el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional sólo surge cuando se dan algunas de las causas consagradas en la citada norma del referido estatuto y no siempre que exista alguna irregularidad distinta en su trámite.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez.**
Actor: **Luis Gabriel Acosta Alvarez.**
Referencia: Expediente No. 10847. Resoluciones Ministeriales.

Procede esta Sala unitaria a resolver el incidente de nulidad propuesto por la apoderada judicial de la Entidad denunciada, conforme al cual se ha generado la irregularidad procesal a que se contrae el artículo 165 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Por regla general, tal como lo sostienen los profesores Hernando Morales y Devis Echandía, las nulidades procesales ocurridas en los trámites de los juicios deben alegarse durante ellos, antes de que se dicten los fallos respectivos. Pero como una excepción a la regla, pueden alegarse dichas nulidades después de proferidas tales providencias, bien mediante el recurso extraordinario de Revisión o como excepción durante su cumplimiento en las siguientes tres hipótesis: a) Cuando lo solicita la parte que no estuvo debidamente representada en el proceso; b) cuando la pide la parte que no fue citada al mismo; c) cuando el vicio que la hace anulable ocurre en sentencia definitiva no susceptible de recurso.

De las hipótesis señaladas anteriormente importa pra el asunto *sub-lite* la contenida en el literal b), toda vez que la nulidad alegada se fundamenta en la falta de notificación del Director General de la Policía Nacional.

Ahora bien, por disposición del artículo 165 del actual Código Contencioso Administrativo, los únicos motivos que generan la nulidad del proceso contencioso son los taxativamente enumerados en dicha norma; luego el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional sólo surge cuando se dan algunas de las causas consagradas en la citada norma del referido estatuto y no siempre que exista alguna irregularidad distinta en su trámite. Tal es la clara voluntad del legislador manifestada en ese precepto que establece:

"Serán causales de nulidad en todos los procesos, las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, y se propondrán y decidirán como lo previenen los artículos 154 y siguientes de dicho estatuto".

En el negocio que se examina es evidente que la nulidad propuesta por la apoderada judicial de la Dirección General de la Policía, no se configura, toda vez que dicha Institución fue titular de todas las garantías, pues es parte en el proceso y en tal calidad intervino en reiteradas oportunidades.

De otro lado, la demanda fue dirigida contra el Ministerio de Defensa Nacional y no contra la Dirección General de la mencionada entidad, razón por la cual, no se advierte procesalmente su obligatoria citación al proceso. Además, la notificación que se hace al Secretario General del Ministerio de Defensa (folio 26), suple la del Director General de la Policía, en cumplimiento de ordenamientos legales que así lo disponen.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria

RESUELVE:

No prospera la solicitud de declaratoria de nulidad de lo actuado, propuesta por el apoderado judicial de la Entidad demandada.

Cópiese, notifíquese, y una vez en firme esta providencia, regresen los autos al Despacho para los efectos legales consiguientes.

Alvaro Orejuela Gómez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

COADYUVANCIA.— INTERVINIENTE ADHESIVO.— INTERES JURIDICO.—

1. ¿Cuándo se coadyuva? Jurisprudencia.

2. Intervención adhesiva; para ayudar a una de las partes.

3. Interés jurídico en acciones diferentes a las de nulidad.

Tal como lo tiene definido la jurisprudencia civil (la coadyuvancia se figura predominantemente civil), se coadyuva en un juicio cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**
Actor: **Manuel Martínez Ordóñez.**
Referencia: Expediente No. 11059. Apelación Interlocutorios.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del actor contra la providencia de octubre 14 de 1983 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la solicitud de coadyuvancia formulada a nombre de José Cruz Marín dentro del proceso que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, había promovido el señor Manuel Martínez Ordóñez para impetrar la nulidad del Decreto 109 de enero 27 de 1982 proferido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

El *a-quo* sustentó su decisión en consideraciones del tenor de las siguientes:

1.— El proyectado coadyuvante pretende, a través de esta figura, que se le tenga como parte en el proceso y que se produzca en su favor "la condena de una acción de reintegro, o mejor, de plena jurisdicción de carácter laboral". Pero, por su naturaleza, el coadyuvante es parte simplemente accesoria.

2.— Si bien en el contencioso de anulación cualquier persona puede intervenir para impugnar o coadyuvar la demanda sin que deba demostrar interés ninguna especial, no ocurre lo mismo en el contencioso de plena jurisdicción, en donde se requiere acreditar interés directo con los resultados de la litis. Tal derecho, sin embargo, "no se puede reconocer" a quien aquí pretende vincularse a la controversia en la modalidad vista porque su situación, aunque se trata de un mismo acto, no es ni puede ser igual a la de los demás, hasta el punta de que de prosperar la pretensión del accionante primario el acto sería anulable en lo que a él corresponde sin que toque la situación del peticionario adherente... O en otras palabras: no es de recibo la coadyuvancia cuando las resultas de la litis afectan a cada interesado en particular, debiendo cada uno ingresar al proceso reclamando su derecho y no, como aquí ocurre, que el interviniente accesorio pide el restablecimiento de su derecho, amparándose en la decisión de posible nulidad que se tome para el principal." ... "Acceder a lo solicitado en la forma pretendida, sería aceptar que el hecho de exteriorizar la administración en un solo acto varias voluntades en orden a que surtan efectos particulares, por ese solo hecho, se repite, puedan entrar al proceso en cualquier oportunidad, por la vía de coadyuvancia, pluralidad de administrados cuyos intereses son autónomos y no en la relación que exige la figura reclamada. Es más, con tales actuaciones podría fácilmente evadirse la caducidad e ingresar a la litis cuando a bien se quisiera haciendo peticiones para sí que no tocan o no son consecuencia de la decisión que resuelva la pretensión principal". (folios 48-52).

Replica el solicitante:

"Lo único que exige la norma es el que exista un interés directo: ostensible y cierto, por parte del coadyuvante. Ahora bien, es claro, cierto y ostensible el interés de mi poderdante. En efecto: —Un mismo acto administrativo.— Las mismas personas enjuiciadas.— Las mismas consecuencias: el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por el acto impugnado.— El restablecimiento del derecho, individual y concretó." (Folios 59-60)

Para resolver, se considera:

Tal como lo tiene definido la jurisprudencia civil (la coadyuvancia es figura predominantemente civil), se coadyuva en un juicio cuando una persona *distina de las partes* interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho *distinto* del derecho que es materia del juicio mismo: "admitir una coadyuvancia que se funde en el reconocimiento anticipado de los derechos que van a ser materia de la decisión judicial que se persigue, es absurdo porque implica petición de principio, ya que da por demostrado o probado precisamente lo que se trata de establecer en el juicio, y fallar en tales condiciones implicaría la calificación en un incidente de los hechos y del derecho aducidos y alegados en el pleito principal." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, 575).

El interviniente adhesivo interviene en el pleito *para ayudar a una de las partes, no para reclamar sus propios derechos*, lo cual exige intervención principal en la condición de demandante. Cuanto hace en el proceso el interviniente lo hace *en defensa de un derecho ajeno*, no de su propio derecho pues no tiene el carácter de actor: la función del coadyuvante es esencialmente necesaria.

En el *sub-lite* evidentemente pretende el peticionario que se le atribuya el carácter de parte principal, pues busca el restablecimiento de *su propio derecho* como si se hubiera presentado el proceso como *litisconsorte* activo.

Por otra parte, el interés jurídico que exige el artículo 89 de la Ley 167 de 1941, en el caso de las acciones diferentes de las de simple nulidad, es, como lo ha expresado la

jurisprudencia de esta Corporación, el resultado del negocio mismo, no el que pueda tener el interviniente por derechos que no son materia de la controversia, "ya que en el procedimiento administrativo la relación jurídico-procesal se establece entre la administración, autora del acto acusado, y el demandante, que reclama de ella la subordinación de su funcionamiento a las normas jurídicas..." (Tomo LVI, numerales 357-361).

Ahora bien, el posible resultado del proceso promovido por el señor Manuel Martínez Ordóñez no puede favorecer al frustrado interviniente, porque no ha sido parte en la causa. En efecto, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas, como lo pregona el artículo 17 del Código Civil.

En tales condiciones, aunque el acto administrativo que separó del servicio al actor haya afectado en la misma forma al peticionario, éste no puede pretender derivar ventajas de un proceso que no ha promovido y que requiere intervención principal y directa de parte suya. No tiene tales alcances la figura de la coadyuvancia.

Se confirmará la providencia apelada.

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

RESUELVE:

Confírmese la providencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 14 de octubre 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 26 de octubre de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS.— PRUEBAS.— La condena In Genere obedece a deficiencias de las pruebas con las que se pretendió concretar el juicio. Así, en otros términos, con ese tipo de condena se le abre la posibilidad a la parte favorecida con el fallo para que las mejore, obviamente con la petición y práctica de otros que no figuraban en el proceso. No se puede, entonces, pretender que en el incidente el juzgador haga una nueva evaluación del acervo ya estimado en la sentencia.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., noviembre 29 de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Actor: **Alvaro Flórez Bernal.**
Referencia: Expediente No. 2668. Indemnizaciones.

Procede la Sala a decidir el incidente de liquidación de la sentencia de 2 de diciembre del año pasado, mediante la cual se condenó a la nación (Ministerio de Hacienda) a pagarle al señor Alvaro Flórez Bernal los perjuicios materiales causados por hechos imputables a la misma.

En el indicado fallo se sentaron como pautas para la concreción de la condena, las siguientes:

"El valor de la mercancía importada y vendida no podrá exceder de US$ 29.380.84, al cambio que regía cuando la importación se hizo.

El estimativo "superior a cinco millones" no podrá excederse.

La indemnización no podrá actualizarse porque así no se pidió en la demanda.

Deberá estimarse razonablemente el lucro neto que hubiera obtenido".

Mediante el libelo de 21 de marzo del presente año el demandante presentó el trabajo de liquidación, en el que determina un gran total indemnizable de $ 26.592.467.55 con estas precisiones: a) $ 6.896.412.93, valor de la indemnización en la fecha de la inversión (septiembre de 1977); b) valor de la indemnización a noviembre 30 de 1983 (la suma del literal anterior más la devaluación) $ 23.730.540.47; y c) $ 2.861.927.88 o sea $ 325.964.50 por concepto de mayor valor de intereses y $ 2.535.962.58 como cláusula penal.

Cumplido el trámite de rigor y practicadas las pruebas solicitadas por la parte demandante es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Las pautas señaladas en la sentencia y que son de obligado acatamiento en razón de la cosa juzgada establece unas limitantes que no pueden hacerse de lado. En primer término, el valor de la mercancía importada no podrá exceder de US$ 29.390.84, al cambio que regía cuando se hizo la importación. En segundo el estimativo hecho en el libelo del valor de la indemnización "superior a cinco millones" no podrá superarse: En tercero, la indemnización que se establezca no podrá actualizarse porque así no se pidió en la demanda. Y en cuarto el estimativo del lucro neto que hubiera obtenido con la venta de la mercancía, deberá ser razonable.

Se destacan estos aspectos porque en la liquidación presentada figura una partida de $ 16.832.127.54, que surge de la actualización de $ 6.898.412.93 desde septiembre de 1977 a noviembre 30 de 1983, que tendrá que descontarse de plano, puesto que la sentencia fue explícita al prohibir la actualización de la condena.

Tampoco podrá hacerse condena que llegue a los seis millones. Aquí, siguiendo la orientación jurisprudencial la pauta "el estimativo" superior a "cinco millones" no podrá excederse, debe interpretarse como que la condena podrá ser de cinco millones más todo lo que exceda de ésta hasta antes de llegar al siguiente millón.

En forma alguna "superior a cinco millones" puede interpretarse racionalmente como que permite cualquier número de millones sobre la aludida suma. La misma demanda confirma la interpretación dada. Así, en su acápite "competencia" señala que la indemnización pretendida sobrepasa la suma de cinco millones y en el hecho nueve manifiesta que las pérdidas, "consisten en el daño emergente y el lucro cesante, que estimo en cuantía superior a los cinco millones.

Esta redacción pone igualmente de presente que la formula utilizada no la hizo para el solo efecto de señalar la competencia, porque en este evento habría debido decir

que la cuantía de la pretensión era superior a trescientos mil pesos. Nadie que estime el valor de una pretensión en veintiséis millones de pesos va a afirmar en la demanda por medio de la cual pretende su reconocimiento que ella vale más de cinco millones.

Como lo ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada la condena *in genere* obedece a deficiencias de las pruebas con las que se pretendió concretar el juicio. Así, en otros términos, con ese tipo de condena se le abre la posibilidad a la parte favorecida con el fallo para que las mejore, obviamente con la petición y práctica de otras que no figuraron en el proceso. No se puede, entonces, pretender que en el incidente el juzgador haga una nueva evaluación del acervo ya estimado en la sentencia. La cosa juzgada se lo impide.

El demandante parece que olvidó esta obvia circunstancia y de entrada se quedó corto. Baste leer el libelo de liquidación para confirmar este aserto. A folios 66 del cuaderno 1A escribe; "Conforme a lo dispuesto en el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil respetuosamente solicito se tenga como pruebas, las que ya lo fueron dentro del proceso".

Y en lugar de pedir además otras pruebas (la condena hecha las imponía forzosamente) hace una indebida petición condicional inaceptable. Las pruebas se piden o no se piden, pero no se le presentan al juzgador para que las elija. si quiere, en lugar de otras.

Esta fue la razón para no decretar las condiciones, máxime cuando el despacho había aceptado tener como medios de convicción las notas S6--6-1938 del Banco de la República y la de la gerencia del Banco Santander (ver demanda incidental a folios 67 del cuaderno número 1).

Vistas las consideraciones que preceden, se observa:

Se comprobó adecuadamente el valor de la mercancía importada y que fue vendida por el Fondo Rotatorio de Aduanas.

Dicho precio fue de US$ 29.390.84 (valor FOB) el que al cambio de la importación equivale en pesos colombianos a $ 1.084.828.08 a este respecto se tienen en cuenta la factura comercial S049/09 138 (a folios 9 del cuaderno principal y 31 de cuaderno número 2) y la factura consular 8034 de 9 de septiembre de 1977 (a folios 34 del cuaderno número 2).

Claro está que para importar dicha mercancía el importador tuvo que hacer gastos adicionales, tales como fletes, derechos consulares, servicios de descargue, etc. etc.

Y estos no resultaron bien probados, tal como pasa a explicarse. La factura No. 25234 de 19 de septiembre de 1977 de la firma Comar S. A. (a folios 13 del cuaderno principal) es una fotocopia no sólo carente de toda autenticación sino que es un documento de tercero que, como tal, requería para producir efectos demostrativos el trámite indicado en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, el valor allí indicado como pagado por fletes ($ 459.986.10) no podrá ser aceptado por el despacho.

La factura consular No. 8034 de 9 de septiembre de 1977 (a folios 34 del cuaderno No. 2) por sí sola no acredita el pago de $ 10.959.54 como derechos consulares. En parte alguna de esa factura se observa dicha constancia. Además, ese documento no está bien autenticado, puesto que la firma del cónsul colombiano en Chicago debía ser avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El recibo expedido por la Empresa Puertos de Colombia el 17 de octubre de 1977 por servicios portuarios por $ 67.200.00, es fotocopia carente de autenticación y por ende, sin valor probatorio (a folios 16 del cuaderno principal).

Tampoco aparece prueba alguna que acredite el pago de los gastos de nacionalización por $ 493.924.00. La operación teórica que figura a folios 62 del cuaderno No. 1A puede mostrar lo que valía esa operación, pero no su pago.

El gravamen arancelario de la mercancía tampoco se acreditó. Su prueba no puede ser el supuesto teórico que permite la determinación del tributo. Si ese gravemen para la posición 73.13.04.00 es el 5%, no quiere significar su pago real.

En parte alguna la sentencia permite que en la indemnización debe incluirse el costo de la financiación de la inversión. Pero fuera de esto, la demanda ni siquiera menciona este factor, ni sus fundamentos de hecho ni en su petición. Este es bastante elocuente y muestra cómo el demandante no sólo pretende desconocer los efectos del fallo que se liquida sino su propia demanda. En éste se pide (petición segunda). La Nación colombiana (Ministerio de Hacienda) "deberá reconocer y pagar a mi poderdante Alvaro Flórez Bernal, la suma que resulte por los siguientes conceptos, de conformidad con el experticio que oportunamente se solicitará:

"a) Por concepto de daño emergente, el valor del costo de las ciento cuatro (104) cajas metálicas, contentivas de 129,927 toneladas métricas de 'chapas de hierro o de acero laminadas', conforme a los documentos de importación allegados al proceso.

"b) Por concepto de lucro cesante, el valor de la utilidad que mi porderdante hubiera obtenido por la venta de tal mercancía de no haberse presentado la venta ilegal de ella".

La transcripción hecha refuerza aún más la previsión hecha en el fallo en el sentido de que la indemnización no podrá ser objeto de revaluación.

Ni la demanda ni el fallo hablan de intereses. Deberán, entonces, excluirse de esta liquidación.

Sobre lucro cesante la sentencia fue explícita y ajustada al libelo: "Deberá estimarse —dice la sentencia a folios 57 del cuaderno principal— el lucro neto que hubiera obtenido con la venta de la mercancía, descontando lo que habría tenido que pagar en la aduana por su rescate por concepto de derechos, multas y demás recargos".

Pero ningún esfuerzo hizo el demandante para probar este extremo. No existe una sola prueba que evidencie por qué ese lucro "estaría representado por el 80% de la inversión (costo real de la inversión más costo de nacionalización de la mercancía de haberla podido rescatar) más los intereses de este lucro durante 2.235 días (16-09-77 a 30-11-83) al 18% anual o al 0.05 diario".

Lo precedente no es más que otra construcción teórica huérfana de respaldo. Para el efecto debió pedir al actor un nuevo dictamen pericial. Pero nada hizo a ese respecto, limitándose a afirmar lo transcrito. Lo así expuesto carece de relevancia probatoria (nadie tiene el privilegio de que se tengan dentro del proceso como ciertas sus mudas afirmaciones). Recuérdase que el dictamen que obró dentro del proceso fue desestimado por carencia de motivación y de debida fundamentación (a folios 56 el cuaderno principal).

Lo expuesto deja ver que la parte demandante no satisfizo adecuadamente la carga probatoria y por consiguiente debe correr el riesgo de la incertidumbre que dejó en

torno a varios de los extremos de la liquidación. En esto, como se explicó, sólo quedará el valor de la mercancía, en pesos colombianos.

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

RESUELVE:

Liquídase la condena *in genere* hecha en la sentencia de diciembre 2 de 1983. En consecuencia, la Nación colombiana (Ministerio de Hacienda Administración de Aduanas de Cartagena) pagará al señor Alvaro Flórez Bernal por concepto de perjuicios materiales la suma de UN MILLON OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON OCHO CENTAVOS ($ 1.084.228.08).

El pago deberá hacerse dentro de los términos de los artículos 176 a 177 del Código Contencioso Administrativo y devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este proveído y moratorios con posterioridad al indicado lapso.

Infórmesele de esta providencia al juez 25 civil de este circuito porque los derechos del señor Flórez Bernal fueron embargados por dicho despacho.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 28 de noviembre de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ARBITRAJE EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— (Artículo 76 del Decreto 222 de 1983).

Para efectos de su juzgamiento la actividad contractual administrativa queda dividida en dos grandes campos: la que se deriva de la voluntad ordinaria de las partes para la cual se permite la solución arbitral y la que, se deriva , ya no del derecho común, sino de las cláusulas exorbitantes, lo cual sigue siendo de competencia privativa de la Jurisdicción Estatal.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Actor: **Ingeniería, Servicios y Representaciones de Col. S.A. y otro.**

Referencia: Expediente No. 4337.

ECOPETROL, persona jurídica demandada en este juicio contractual, solicita se decrete la nulidad de lo actuado por estar pactada la cláusula compromisoria, en virtud de la cual las diferencias en la interpretación y el desarrollo del contrato, fundamento de esta controversia, quedaron sometidas al arbitramento.

Advierte que, en cumplimiento de esa cláusula, se instaló ya el respectivo tribunal arbitral y que entre los temas sometidos a su conocimiento figuran unos relacionados con el reconocimiento y pago de los costos que el Consorcio demandante ha podido tener por demoras en el cumplimiento de los plazos o por haberse efectuado retenciones en su contra, entre las cuales están las multas.

La parte demandante, a su turno, se opone a la nulidad por considerar que los actos administrativos no están sujetos al arbitramento y por encontrar que el acto demandado —una multa— es un típico acto administrativo separable.

Visto el expediente se encuentra que la demanda pretende la anulación de las resoluciones de mayo 6 y de agosto 10 de 1983 por medio de las cuales ECOPETROL impuso y luego confirmó una multa por retardo en la ejecución de obra prevista en el contrato.

El artículo 76 del Decreto 222 de 1983 autoriza el arbitraje en los contratos administrativos, pero excluye de él las cuestiones relativas a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretetación unilaterales.

En esta forma para efectos de su juzgamiento la actividad contractual administrativa queda dividida en dos grandes campos: la que se deriva de la voluntad ordinaria de las partes para la cual se permite la solución arbitral y la que se deriva, ya no del derecho común, sino de la cláusulas exorbitantes, la cual sigue siendo de competencia privativa de la jurisdicción estatal.

Lo anterior se explica porque tratándose de facultades excepcionales de la Administración, establecidas en favor del interés público y ejercidas a través de actos administrativos, su revisión solo puede hacerla el Estado a través del organo especializado e independiente, instituido para el efecto. La jurisdicción *ad-hoc* organizada por las partes sólo puede conocer de las controversias surgidas en torno al derecho común.

Ahora bien, como la multa objeto de este controversia fue impuesta mediante un acto administrativo y con base en la facultad exorbitante prevista en el artículo 71 del Estatuto contractual, tiene que concluirse que el conocimiento de su legalidad es necesariamente de esta jurisdicción.

En consecuencia no hay lugar a declarar la nulidad procesal solicitada por la parte demandada.

Por lo anterior se resuelve:

No acceder a declarar la nulidad de lo actuado.

Notifíquese.

Eduardo Suescún Monroy.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO INEXISTENTE.— Ellos no pueden ser convalidados ni necesitan ser invalidados.

SENTENCIAS. NULIDAD.—

1. ¿A qué obliga al juez la solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la sentencia?

2. Causales (artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil.

3. Doctrina. Causas de nulidad.

4. En virtud del principio de la especificidad de las nulidades el juez no puede ampliarlos por analogía.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., noviembre quince (15) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Actor: **Pablo Ramón Morales.**
Opositor: **Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.**
Referencia: Expediente No. 2145.

En memorial presentado el trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), el apoderado del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, dentro del proceso del rubro, solicitó que: "... se DECLARE LA NULIDAD de lo actuado a partir de la sentencia, por cuanto esa providencia no LLEVA SINO 2 FIRMAS o sea que no fue proferida por la mayoría de la Sala ya que el doctor Jorge Valencia Arango no pudo asistir y el doctor Carlos Betancur Jaramillo salvó el voto; síguese de allí que no tuvo mayoría para considerarse sentencia".

La anterior solicitud se reiteró por el interesado el 31 de julio y el 11 de octubre pasados.

Para RESOLVER se considera:

a) Solicitar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia, obliga al juez a decidir a la luz de las normas procesales si el incidente que así se propone esta fundado en una de las causales contempladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, pues de lo contrario se deberá rechazar de plano la solicitud.

b) Para procesalistas como Hernando Devis Echandía, (Compendio de Derecho Procesal, Tomo III. el Proceso Civil. Editorial Panamericana. 1982, página 183),

"La nulidad en la sentencia misma puede ocurrir en cuatro casos: 1o.) Cuando se dicta como única actuación, reviviendo un proceso ya concluido por otra sentencia, o por desistimiento, transacción o nulidad total, o después de derimido, y dicha sentencia quedó ejecutoriada por falta de recursos o por no tenerlos (si hubo más actuación antes de la sentencia nula, la nulidad existirá también para esa otra actuación y deberá pedirse a partir de ella). 2o.) cuando se condene en ella a quien no ha sido parte en el proceso, por no figurar como demandante ni demandado ni interviniente litisconsorcial o *ad excluéndum* (caso distinto a haber sido demandado, pero no notificado o emplazado en legal forma, que corresponde al inciso 2o. del artículo 154) 3o.) cuando se dicta la sentencia estando suspendido el proceso, sin ninguna otra actuación (si hubo más, la nulidad comprenderá aquella y la sentencia); 4o. cuando se excede la competencia (véase Corte, cita anterior)".

En el presente caso bien fácil es llegar a la conclusión de que el hecho sobre el cual se pretende tipificar la nulidad no está expresamente consagrado, en la ley como fuente generadora de tan grave consecuencia jurídica. Como en virtud del principio de la "ESPECIFICIDAD" de las nulidades el Juez no puede ampliarlas por analogía, es el caso de rechazar de plano la solicitud para lo cual la Sala Unitaria toma apoyo legal en lo dispuesto en el artículo 155, inciso cuarto del Código de Procedimiento Civil;

c) La oportunidad se presenta propicia para destacar que la inquietud jurídica planteada por el apoderado del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales ha sido examinada también a la luz del fenómeno jurídico de la inexistencia de los actos, pues bien sabido es que ellos no pueden ser convalidados ni necesitan ser invalidados. Por ello enseña COUTERE, citado por Hernando Morales, que "No resulta necesario a su respecto un acto posterior que lo prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen y homologuen, dándole eficacia" (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Septima Edición, 1978, página 394). Agreguemos a todo lo anterior que el acto inexistente debe venir determinado por un DEFECTO TAN EVIDENTE, que como enseña Carnelutti, "toda persona razonable haya de excluir que el documento contenga una decisión judicial" (Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, página 331).

En el caso en comento el defecto evidente de la sentencia proferida el veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) tampoco se da, pues a folio 69 del cuaderno No. 1 bajo el rubro "ACLARACION DE VOTO", aparece claramente consignada la posición del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, y de su atenta lectura no se puede concluir, con criterio razonable, que hizo salvamento de voto. La sentencia aparece así, para la Sala Unitaria, con todas las solemnidades de ley y los efectos de la cosa juzgada.

Las anteriores razones son suficientes para rechazar de plano la solicitud de NULIDAD que aparece a folio 72 del cuaderno No. 1, presentada el día trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

JUICIOS DE POLICIA Y SANCIONES QUE IMPONGA EL TRIBUNAL DISCIPLINARIO.— La Jurisdicción Contencioso Administrativa no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario (artículo 82 del Decreto 01 de 1984).

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., noviembre veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango.**
Actor: **José Francisco Quesada Ortiz.**

Referencia: Expediente No. 4585.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dentro del proceso de la referencia, contra el auto de 29 de agosto de 1984, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, por el cual declaró la nulidad de todo lo actuado.

I. LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Son fundamentos del auto apelado:

"Con invocación de los artículos 82 inciso final y 165 del Código Contencioso Administrativo y 152 del de Procedimiento Civil, se ha planteado por la señora Gloria Gaitán la nulidad del proceso a partir del auto admisorio de la demanda.

"Del contexto de la petición se deduce, pues no es muy explícita al respecto, que el vicio alegado emana de la circunstancia de que los actos generadores de la acción están excluidos del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, por haber sido expedidos y ejecutados en juicio civil de policía.

"La parte demandante alegó su inconformidad con esa petición y la sustentó en que la actuación acusada, reglada por la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, es administrativa y por tanto sujeta a control de legalidad, dado que se produjo a raíz del ejercicio de una simple 'acción administrativa sumaria de lanzamiento', como la define el Decreto 992, y no es un juicio de policía propiamente dicho, en el cual existen las ritualidades procesales de querella o demanda, traslado, contradicción de la prueba, incidente y recursos.

"Con el propósito de respaldar su posición, la parte actora transcribe lo pertinente de las sentencias dictadas por el Honorable Consejo de Estado el 4 de julio de 1945 y el 2 de febrero de 1962 insertos en los Tomos IV y LXIV de los anales de esa Corporación, pero ocurre que ni la una ni la otra confirman la posición, y, por el contrario, la primera la infirma en la parte no transcrita, cuando dice precisamente que los actos de que se trata están excluidos del control contencioso-administrativo, en tanto que la segunda se refiere a la hipótesis de infracciones sancionables por las autoridades de policía, es decir, a simples infracciones de normas administrativas que sólo dan lugar a sanciones de la misma índole.

"Por si lo anterior fuera poco, el mismo Honorable Consejo de Estado en sentencia del 31 de agosto de 1976 expresó que la finalidad del ordinal 2o. del artículo 73 del anterior Código Contencioso Administrativo, hoy inciso final del 82 del actual estatuto de la materia, no es otra que la de excluir del sometimiento a esta jurisdicción 'los delitos del conocimiento de las autoridades policivas (artículo 38 del Código de Procedimiento Civil)' y 'los juicios civiles de policía regulados por la ley (normas pertinentes del Código Civil, la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930', 'en atención a que, como lo expresa el doctor Tascón, 'dentro de las resoluciones —propiamente administrativas, no pueden calificarse las dictadas en juicios de policía de naturaleza civil o penal, ya que en estos casos el órgano ejecutivo viene a ejercer funciones que son propiamente del órgano judicial: administración es toda actividad del Estado, con exclusión de la legislación y la justicia'.— (Los paréntesis son del Honorable Consejo de Estado).

"Y en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 1975 esa Honorable Corporación manifestó que las providencias dictadas en juicios Civiles de Policía 'se consideran como sentencias porque, por su carácter policivo eminentemente preventivo, definen temporalmente la controversia adelantada entre las partes, mientras la jurisdicción ordinaria la dirime en el fondo mediante sentencia de mérito.

"El artículo 127 del Código Nacional de Policía (Decreto Extraordinario 1355 de 1970), corrobora lo expuesto cuando dice que 'las medidas de policía para proteger la

posesión y tenencia de bienes se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa, esto es, hasta que la justicia ordinaria, que es la competente para conocer de reclamaciones inter-partes en materia civil como la presente, resuelve a quien le asiste el derecho de dominio o de tenencia sobre el inmueble ocupado por las vías de hecho.

"De ahí que en este caso la actividad del Alcalde como jefe de policía implica función jurisdiccional, por lo que al tenor del inciso final del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, no es juzgable por esta jurisdicción.

"En consecuencia, se declara nulo lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

"Costas del incidente de nulidad a cargo de la parte demandante y favor de la incidentista Gloria Gaitán".

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

La parte apelante, después de transcribir las normas jurisprudendenciales analizadas por el *a-quo*, agrega:

"Lo transcrito nos demuestra Honorables Magistrados, que la orden de desalojo acusada en la demanda, es un acto administrativo similar a los de clausura de establecimientos públicos o industriales que si bien son del resorte del poder de policía son extrañas por completo a la competencia de la Rama Jurisdiccional y en consecuencia las respectivas resoluciones se dictan en ejercicio de la actividad administrativa que es propia de las autoridades policivas, y no en el de la actividad jurisdiccional que excepcionalmente ejercen cuando conocen y deciden en juicios de naturaleza civil o penal y corolario de ésto es que no se ajusta a la juridicidad el auto que apelo.

Agrego a lo anterior que el carácter eminentemente administrativo de la aplicación y desarrollo de la Ley 57 de 1905 y Decreto 992 de 1930 lo reiteran los tratadistas Ignacio Mejía Maya en su GUIA ADMINISTRATIVA, edición de 1978 página 180, así: LA ACCION ADMINISTRATIVA DE LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO CREADA POR EL ARTICULO 15 DE LA LEY 57 DE 1905 Y REGLAMENTADA POR EL DECRETO 992 DE 1930..." Y Gustavo Cronado Pinto en su Derecho de Policía Aplicado, edición de 1984 página 41:

'..... y de las ACCIONES ADMINISTRATIVAS de amparo de la posesión o la tenencia trátese de ocupación de hecho...'

'Es decir, estos tratadistas nos reiteran que la aplicación que los funcionarios de policía dan a la Ley 57 de 1905 y al Decreto 992 de 1930 no son juicios de Policía, sino actuaciones administrativas.

"Son las anteriores razones las que me hacen disentir con el mayor respeto, de la providencia del Honorable Tribunal a que me refiero y a interponer el recurso de apelación que solicito me sea concedido en el efecto suspensivo."

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) Dispone el inciso final del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo: (Decreto 01 de 1984)

"La jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario".

Esta norma mantiene lo que respecto a los juicios de policía, disponía el artículo 73 del derogado Código Contencioso Administrativo.

b) Como atinadamente lo afirma el Tribunal, con apoyo en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, los juicios civiles de policía son, por antonomasia, los de amparo posesorio, mediante los cuales se protege el *"statu quo"* a efecto de que las partes puedan acudir a la justicia ordinaria a obtener decisión definitiva sobre sus pretensiones posesorias;

Para no interferir la órbita de los jueces civiles y dada la naturaleza de la providencia policiva, el legislador cerró, con sapiencia, el control jurisdiccional contencioso-administrativo de tales decisiones policivas.

c) El asunto es tan claro y ha sido tan reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, que sobran comentarios adicionales.

Por lo expuesto, SE CONFIRMA, en todas sus partes, la providencia apelada.

SIN COSTAS porque no aparece que se hayan causado.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION.— La naturaleza de la acción depende de los fines de la pretensión del actor. Y el objeto o fines de la pretensión se ligan incuestionablemente a la naturaleza de los actos acusados. ACCION DE REPARACION DIRECTA O CUMPLIMIENTO Y DE PLENA JURISDICCION.— Distinción.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., noviembre dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Low Murtra.**
Actor: **Técnicas Baltime de Colombia S.A.**
Referencia: Expediente No. 10666. Autoridades Nacionales.

Por medio de auto del 3 de julio de los corrientes se abrió incidente sobre una posible nulidad procesal en el asunto de la referencia.

El apoderado del Banco de la República observó que "entre la presentación de la demanda, (23 de junio de 1983) y la fecha del último acto administrativo (14 de noviembre de 1981)" transcurrió un lapso superior a los cuatro meses de que trataba la

Ley 167 de 1941 para impetrar una demanda en acción de plena jurisdicción, razón por la cual se da la excepción de caducidad de la acción. Así las cosas el proceso se había adelantado después de haber perdido el juez competencia para conocer de él.

El apoderado de la actora por su parte observa que lo que él ha impetrado no es una demanda de plena jurisdicción sino una demanda indemnizatoria, de responsabilidad extracontractual del Estado. Así las cosas la demanda fue oportuna y no hay caducidad de la acción ni puede darse nulidad de lo actuado.

Para resolver se considera:

La naturaleza de la acción ha dicho el Consejo, depende de los fines de la pretensión del actor. Y el objeto o fines de la pretensión se ligan incuestionablemente a la naturaleza de los actos acusados. Veamos:

Lo acusado son los actos de liquidación de los certificados de abono tributario emitidos a favor de la empresa actora a título de exportación de banano y plátanos. Como petición principal solicita el actor que se practiquen liquidaciones adicionales y como subsidiario que se le indemnice por haber incurrido el Banco de la República en un error que le causó perjuicio. No solicita el actor nulidad de ningún acto administrativo, pero la nulidad de los actos de liquidación del CAT se infiere como una consecuencia necesaria de las propias pretensiones del actor pues no sería posible acceder a ellas sin declarar nulas las resoluciones del Banco de la República que fijaron el CAT.

En el propio contexto de la demanda observa el demandante: que no solicita la nulidad del acto administrativo sino la "reparación directa".

Al respecto alega:

"En los artículos 67 y 68 se estructura el contencioso privado de plena jurisdicción o de la responsabilidad estatal sobre estas bases: La ilegalidad y la lesión patrimonial. Ambos elementos se coligan y complementan para generar el derecho a la acción y a la indemnización, pero la ley, en consideración a los diversos sistemas de actuación del poder público, a la viabilidad de los procedimientos aplicables y a la conducencia de las pruebas, establece ciertas modalidades jurídicas deferenciadas en sus matices, en las cuales predominan en mayor o menor grado los concepto de violación y de daño. Como contrapartida lógica, se desarrollan las ideas de nulidad, de nulidad con restablecimiento, y de indemnización sin anulación.

"El artículo 67 consagra el principio de la responsabilidad estatal por razón del acto administrativo escrito. En este precepto se parte de la base de que existe la prueba preconstituida de la decisión, de la violación y del daño. Como el acto debe estar publicado, notificado, ejecutado, o comunicado, se cumplen todos los requisitos legales que le dan vida y que lo hacen oponible. El ordenamiento adquiere autonomía y fuerza reguladora. En sí mismo encierra toda una actuación que no requiere de elementos distintos de los que él mismo contiene en su texto para crear derechos y obligaciones. De consiguiente, la acción se dirige contra un acto que en sí mismo lleva la prueba de su existencia y de su oponilibidad, de la infracción legal y del perjuicio. Todos los elementos de juicio indispensables para el juzgador están contenidos en un documento y en su correspondiente notificación. De allí que el artículo 86 exija que se presente copia del acto con las constancias de su publicación, notificación o ejecución.

"Pero esta regulación de orden procesal no establece diferencias sobre la naturaleza jurídica del acto administrativo y del acto administrativo verbal. Simplemente se limita a reglamentar, para efectos jurisdiccionales y probatorios, un procedimiento

expedito y sencillo, compatible con las decisiones escritas, pero incompatible con aquellos ordenamientos cuya existencia real no se conoce sino a través del acto material que lo ejecuta. En uno y otro caso, las situaciones creadas para el particular, para la administración y para el juzgador, son distintas y, de consiguiente, la regulación ha de ser diferente.

"De conformidad con esta interpretación, el artículo 67 autoriza al contencioso de plena jurisdicción contra toda decisión escrita de la administración que lesione derechos de los particulares, bien sea un acto administrativo simple y autónomo, o un acto administrativo complejo. Con apoyo en esa norma se pueden acatar también aquellas operaciones administrativas que tienen su origen directo o inmediato en una decisión escrita, porque al obtenerse la nulidad del acto principal, causa y razón de los actos materiales de ejecución, se puede alcanzar el objetivo esencial de la acción. El restablecimiento del derecho implicaría la indemnización de los daños ocasionados por los actos materiales de cumplimiento de la decisión anulada. No obstante, para acusar la operación administrativa de liquidación tributaria existe la regla especial del artículo 271.

"El artículo 68 consagra el principio de la responsabilidad estatal por razón de la operación administrativa no escrita y del hecho administrativo. La figura jurídica que ese precepto designa con el nombre de operación administrativa, no es más que una decisión no exteriorizada, seguida de los actos materiales de ejecución. Esa resolución no se ha escrito, no se ha duplicado, ni se ha notificado. Simplemente se ha ejecutado. Sólo en virtud de su realización material es conocida por los particulares, en tal forma que se confunden la etapa decisoria y la de la ejecución".

Y luego en su alegato de conclusión observa el actor:

"La acción en este caso fue la procedente.

"Dice el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo que regía cuando el proceso actualmente en curso se inició:

" 'También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes'.

"Esta regla fue ratificada por el nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 86.

"Es así que el trámite concerniente a los CAT está compuesto de operaciones administrativas, o es equivalente a una operación administrativa compleja, y violó un derecho de mi poderdante, luego en este proceso, iniciado antes de la vigencia del nuevo Código, la norma aplicable es la del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo y no la del 67, pues esta última es para los casos de nulidad.

"No estará de más ratificar al apoderado de la entidad impugnadora por decir que la demanda les reconoce a los actos del Banco el carácter de administrativos, pues la verdad es que la sociedad demandante pidió, EN SUBSIDIO, la revocatoria directa de las liquidaciones, sólo para el supuesto de que se considerara que éstas eran actos administrativos. La petición subsidiaria corresponde a una hipótesis diferente a la de la petición principal e incompatible con ésta. Principal y subsidiaria, por naturaleza, se excluyen.

"Lo que aquí digo puede comprobarse leyendo el expediente, y constituye una tergiversación afirmar que en la demanda se dice lo que no se dice.

"Ya con la demanda presenté algunos pasajes de doctrinas del Consejo de Estado por las cuales se aprecia la viabilidad de recurrir a la acción directa de responsabilidad en los casos de operaciones administrativas, y a ellos, de nuevo me remito. Ahora, para complementar, agregaré una cita adicional, tomada del fallo de 18 de agosto de 1982, expediente 10826, consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo.

" 'La jurisprudencia distingue las acciones de responsabilidad según la fuente del perjuicio. Si éste nace del acto administrativo ilegal, la acción será de plena jurisdicción y el restablecimiento sólo podrá ordenarse como consecuencia de la nulidad de éste. Si surge del hecho de la administración, positivo o negativo, o de la operación administrativa, la acción será de reparación directa o de responsabilidad extracontractual'.

"Por último, para terminar con estos aspectos de procedimiento y este memorial, deseo agregar:

"a) Mal puede alegarse caducidad de la acción en este caso, pretendiendo como pretende la impugnadora, que la pertinente era la nulidad, siendo así que, en cambio, lo era la de responsabilidad directa.

"El artículo 28 del Decreto 528 de 1984 prescribe:

" 'La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente'.

"El presente proceso fue instaurado antes de los tres años de que habla la norma transcrita, pues los Certificados de Abono Tributario fueron entregados a mi poderdante con posterioridad al 30 de junio de 1980, fecha de la primera exportación, anterior a la iniciación del trámite, y la demanda se presentó el 24 de junio de 1983. Entre estas dos fechas extremas hay menos de tres años".

No obstante, los importantes argumentos del actor la Sala se separa de ellos. Aunque el demandante arguye que ha pedido la reparación de los CATs, en el fondo, vale decir, al mirar la verdadera naturaleza de los actos acusados, lo que se busca es anular los actos de liquidación de los CATs. La verdadera intención que contiene la pretensión, aquélla que salta a la vista, a pesar de las apariencias, es que se anule el acto de liquidación del CAT que practicó el Banco de la República para practicar una nueva liquidación que reemplace a aquélla.

La jurisprudencia del Consejo ha sido prolija al establecer amplios criterios de distinción entre las acciones de plena jurisdicción y las de nulidad. Ha sido menos copiosa en lo referente a la distinción entre acciones de reparación directa o cumplimiento y las de plena jurisdicción. Sin embargo, el texto expreso de las propias normas legales permite inferir las direrencias propias de una y otra; aquélla busca reparar un daño que resulta de hecho una operación administrativa; ésta busca que se anule un acto administrativo y que como consecuencia de tal nulidad se repare el daño causado.

Aplicando esta distinción al caso de autos bien puede colegirse que se trata de una modalidad de la acción de plena jurisdicción (o en la terminalogía del Decreto 01 de 1984 una acción de restablecimiento del derecho). Aunque en el *petitum* de la demanda

no se pide nulidad de acto administrativo alguno, sí existe una intención implícita que permite inferir en forma necesaria que el actor ha buscado la nulidad de los actos administrativos de liquidación del CAT.

Vencido, sin embargo, el término de caducidad, el actor en forma ingeniosa le ha dado la forma de una demanda de responsabilidad extracontractual a una demanda de plena jurisdicción. Como se anotó atrás, la naturaleza de la acción depende de la intención o fin de la pretensión, y esta última se infiere de la naturaleza de los actos administrativos impugnados. Como en el asunto de autos (así no lo diga el actor en su presentación formal) el demandante busca la nulidad de los actos del Banco de la República de liquidación del CAT, y como consecuencia de esa nulidad se buscan pretensiones reparadoras del daño, es claro que la acción apropiada que debió seguirse desde un principio fue la de plena jurisdicción.

No puede cambiarse caprichosamente la naturaleza de una acción con una elegante demanda que disfraza como pretensiones de responsabilidad directa lo que en el fondo no es cosa distinta que una acción de plena jurisdicción.

Por lo tanto prospera la excepción de caducidad de la acción y además tiene cabida la nulidad procesal alegada.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

Declárase nulo todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda.

Ejecutoriado este auto vuelva el proceso para continuar su trámite.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

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

Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, ausente, **Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PROCESOS ELECTORALES.— Tienen un trámite especial y propio en la segunda instancia regulado en los artículos 250 y 251 de Código Contencioso Administrativo. RECURSO DE APELACION.— Control sobre su procedibilidad.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D.E., diciembre seis (6) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**
Actor: **César Enrique Riascos.**
Referencia: Expediente No. 1119. (Electoral).

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto de octubre 30 del presente año, mediante el cual el señor Consejero Valencia Arango inadmitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 31 de julio del mismo año dictada por el tribunal administrativo de Nariño.

Sostuvo el ponente en el auto recurrido:

"El *a-quo*, por auto de 13 de agosto del año en curso, reconoció como parte a la memorialista y le concedió el recurso de apelación interpuesto.

"Llegados los autos a esta Corporación y repartido el negocio, el suscrito ponente, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 251, del Código Contencioso Administrativo profirió auto el 26 de septiembre pasado, ordenando fijar en lista el negocio por tres días y el traslado común por otros tres, para que las partes formulasen sus alegatos por escrito, todo lo cual se surtió, aunque conviene advertir que la apelante no alegó, pero sí lo hizo el ciudadano Patricio Antonio Quiñones Alegría, quien actuó en la primera instancia como impugnador.

"Es el momento de analizar y decidir si es *admisible* o no el recurso de apelación interpuesto.

"Al efecto se observa:

"a) El Código Contencioso Administrativo en su artículo 146, sobre intervención de terceros previene que en los proceso de simple nulidad *'Cualquier persona podría pedir, que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora'.*

"Y agrega: *'En los demás procesos el derecho a intervenir como parte adhesiva se le reconocerá a quien acredite un interés directo en las resultas del proceso'.*

"b) Los procesos de *simple nulidad* son aquéllos en que es objeto de litigio la defensa del derecho objetivo el cual se declara satisfecho con la simple declaración de certeza, positiva o negativa, o sea la declaratoria de nulidad o la de negación de la misma, sin que haya lugar a declaración adicional.

"c) Tales procesos de simple nulidad se sustancian conforme al procedimiento ordinario en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo.

"d) En cambio, los *procesos electorales* aunque iniciados con el ejercicio de una acción popular, por cualquier ciudadano, son distintos a los de simple nulidad y, su prosperidad implica además de la declaratoria de nulidad, el nuevo escrutinio, la declaración de nueva elección, la expedición de credenciales, o el reemplazo inmediato del funcionario cuya designación o elección se declara nula y, obviamente son procesos especiales, como lo dice el acápite del título XXVI del Código Contencioso Administrativo y el capítulo IV de dicho título.

"e) Lo anterior quiere decir que los procesos de simple nulidad y los procesos electorales tienen varios factores comunes, entre ellos: que se inician con *acción popular*, que tienen ambos una finalidad defensiva del derecho objetivo, pero tiene otros diferentes, como son entre otros, que los primeros se tramitan como juicios ordinarios y los segundos como especiales, que en los primeros, decretada la nulidad, se agota la atribución jurisdiccional, mientras que en los segundos hay que hacer otras declaraciones y verificar otras diligencias tendientes al restablecimiento institucional pertinente y fundamentalmente, que en los primeros cualquier ciudadano puede hacerse

parte adhesiva como coadyuvante o impugnadora sin necesidad de acreditar interés alguno, mientras que en los segundos, resulta necesario *"acreditar un interés directo"* para ser tenido como *coadyuvante o impugnador.*

"f) Y es lógico lo anterior. Si bien es útil al derecho en general y al derecho público, en particular, que cualquier ciudadano pueda demandar la nulidad de cualquier elección, también resulta lógico, armonioso y conveniente, que iniciado el proceso, no puedan vincularse ilimitada e indiscriminadamente centenares o millones de ciudadanos que acabarían con el proceso mismo, sino aquellos que acrediten "un interés directo" como son, por ejemplo, los candidatos inscritos para la misma elección y en la misma circunscripción.

"g) En el *sub-lite*, la ciudadana MARIA RUTH ORDOÑEZ, ni alegó, ni acreditó interés alguno en la litis, y por tanto, ni podía ser tenida como parte impugnadora, ni podía apelar".

Para la Sala el auto no podrá confirmarse, como pasa a explicarse:

La segunda instancia en los procesos electorales tiene su trámite especial y propio, regulado en los artículos 250 y 251 del Código Contencioso Administrativo. Dichas normas muestran un procedimiento expedito, así:

Si el proceso tiene dos instancias, la apelación podrá interponerse en el acto de notificación o dentro de los dos días siguientes.

Llegado el proceso al Consejo de Estado, se hará el reparto a más tardar dentro del segundo día. El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto la fijación en lista por tres días, vencidos los cuales, quedará en la secretaría por otros tres para que las partes presenten sus alegatos escritos. Vencido este traslado el asunto entrará a despacho para fallo, el que deberá proferirse en la mitad de los términos indicados en el artículo 242.

Como se observa, el trámite no contempla el auto de admisión del recurso. Como sí se observa en el proceso ordinario para la apelación de las sentencias (artículo 212, inciso 3o. del Código Contencioso Administrativo) o de los autos (artículo 213 *ibídem*).

En tal forma, hay que entender que en los procesos electorales el control sobre la procedibilidad del recurso de apelación lo ejerce, en primer término, el *a-quo*, quien decide si lo concede o no; y el superior, quien luego del reparto tiene dos alternativas: a) O la inadmite porque considera, por ejemplo, que el asunto es de única instancia o se interpuso por quien no estaba legitimado para hacerlo, o fue extemporáneo; y b) U ordena su trámite disponiendo la fijación en lista y el traslado para que las partes presenten sus alegatos. En este evento, va implícita forzosamente la admisión del recurso.

Dentro de tal lógica no es de esperar que el juez tome tales medidas para luego hablar de su inadmisión.

En el presente caso, si el sustanciador estimaba que era inadmisible el recurso, debió proferir la medida correspondiente, en lugar de la de septiembre 26 (a folio 161) que ordenó la fijación en lista y los traslados para alegar, pero no hacer lo que hizo: tramitar la segunda instancia para dictar el auto admisorio, en cambio del fallo correspondiente.

Cumplido el trámite no le quedaba otra posibilidad que sentenciar, a menos que considerara que existía una causal de nulidad. En el auto nada a ese respecto se anota.

En suma: La inadmisión fue francamente extemporánea y cuando ya la oportunidad había precluido.

No se toca el aspecto de fondo, porque el problema es de simple oportunidad.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

RESUELVE:

Revócase el auto de octubre 30 del presente año,.

El proceso deberá seguir su trámite normal en la instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1984.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sala, **Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PRUEBA OFICIOSA.— Rágimen en el Decreto 01 de 1984.

CONSEJO DE ESTADO.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Consejero Ponente: **Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.**
Actor: **Grupo Financiero del Estado.**
Referencia: Expediente No. 0168. Nulidad con restablecimiento del derecho de la Resolución No. 0408 de 3 de febrero de 1984 de la Superintendencia Bancaria. —Auto.
Actor: **Grupo Financiero del Estado S.A. Autoridades Nacionales.**

En el presente proceso, en el cual se demandó la nulidad con restablecimiento del derecho de la Resolución 0408 de 1984, de la Superintendencia Bancaria, esa entidad demandada solicitó, al contestar la demanda, varias pruebas, entre ellas las documentales, así:

"A.— *Documentales.*— Se libre oficio a la Superintendenca Bancaria Oficina Jurídica— a fin de que remita al proceso que nos ocupa, copia auténtica de los siguientes documentos:

"1. Circular-Externa IF-017 de febrero 18 de 1981.

2. Informes de visita No. 5871 de 1981 y No. 5872 de 1982, en sus aspectos y documentos más relevantes, de la visita practicada por la Superintendencia Bancaria en la Sociedad AFINSA S.A. Compañía de Financiamiento Comercial.

"3. Documentos de actuación administrativa más relevantes que justificaron la toma de posesión de AFINSA S.A. por medio de la Resolución 8740 de 1982 de la Superintendencia Bancaria, así como los procedimientos adelantados en tal gestión.

"4. Documentos y actuación administrativa más relevante que fundamentaron la decisión de nacionalización de AFINSA S.A., por medio de la Resolución Ejecutiva No. 223 de 1984, así como las razones y su posterior procedimiento liquidatorio por medio de la Resolución No. 408 de 1984 que aquí se demanda".

En auto de septiembre 7 de 1984, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de las pruebas pedidas por la demanda, y en cuanto a las documentales expresó:

"Ofíciese por medio de Secretaría a la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria a fin de que remita a esta Corporación y con destino a este expediente los documentos especificados en los numerales 1o., 2o. y 3o. del literal A del acápite 'PETICIONES DE PRUEBAS', visible a folio 51 del expediente".

Como se omitió pronunciamiento sobre el numeral 4o. de las pruebas documentales solicitadas, la apoderada de la Superintendencia interpuso recurso de súplica, *que no ha sido tramitado.*

De igual modo, el actor interpuso recurso de reposición contra el mismo auto de 7 de septiembre "por considerar que dichas pruebas son inadmisibles por haber sido solicitadas en forma irregular y antiprocesal, toda vez que los documentos solicitados no fueron individualizados ni concretos, al pedir aquellos que sean "más relevantes", pues aunque la ley procesal no señala expresamente los requisitos de concreción e individualización de los documentos, en lógica jurídica debe entenderse que los medios documentales que se utilicen como pruebas deben ser *precisos, concretos y determinados".*

En auto de 30 de octubre de 1984 que resolvió la reposición, se dispuso parcialmente el auto impugnado, y en su lugar se solicita a la apoderada de la parte demandada que individualice los documentos que ella considere más relevantes respecto de las pruebas pedidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del acápite "petición de pruebas", concediendo para el efecto un término de cinco días hábiles a partir de la notificación de esa providencia.

Contra este auto de 30 de octubre se interpuso recurso de súplica por el actor, alegando que las pruebas han debido rechazarse *in limine*, por mal pedidas, y que no es posible prorrogar el término petitorio de pruebas concedido en el término de fijación en lista.

Para resolver este recurso se considera:

Es evidente que los términos para la petición de pruebas son improrrogables, en cuanto las partes e intervinientes no puedan solicitarlos en oportunidades diferentes de las señaladas en la ley. En este caso, las pruebas fueron pedidas por la demanda dentro de la oportunidad de la fijación en lista, de suerte que no puede decirse que existe extemporaneidad en cuanto a la petición.

Por su parte, el auto suplicado prorroga efectivamente ese período al conceder un plazo adicional de cinco días para la aludida individualización de los documentos pedidos como pruebas. Pero al respecto se anota que si bien no aparece ostensible la necesidad legal ni la fáctica de hacer las precisiones ordenadas, es del caso tener en cuenta que el Código Contencioso Administrativo introduce la iniciativa probatoria del juzgador y señala dos oportunidades para ejercerla una, al decretar las pruebas pedidas por las partes (artículo 209), y otra, antes de ordenar los traslados para alegar

(artículo 189). Y es claro que si en el auto que repone el que decreta las pruebas se toma la decisión de aclarar alguna de las pedidas, se está actuando dentro de la primera de ellas, y dentro de la capacidad que confiere la oficiosidad probatoria, que obviamente no puede limitarse a ordenar pruebas nuevas sino también a clarificar o ampliar las pedidas. Es esa una de las más importantes novedades que trae el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo.

Tampoco puede considerarse que la prueba oficiosa atribuida ahora al juez de lo contencioso administrativo tenga un carácter supletorio o apenas complementario de la señalada a las partes, sino que ella es tan amplia que bien puede ser ejercitada por el magistrado aun en ausencia de petición probatoria de parte, pues lo que se pretende con la consagración de la iniciativa oficial de la prueba es lograr el conocimiento de la llamada verdad real a fin de satisfacer la finalidad del proceso, que es la de determinar si la actividad administrativa juzgada estuvo o no viciada de ilegalidad.

Por lo expuesto, se RESUELVE:

Confírmase el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al consejero ponente y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra, Víctor Corredor Rodríguez.

Jorge A. Torrado, Secretario.

INDICES

INDICE ALFABETICO

A

ABANDONO EN LA ADOPCION.

Ver Adopción.

ACCESION.

Ver: Minas por accesión.

ACCION.

La naturaleza de la acción depende de los fines de la pretensión del actor. Y el objeto o fines de la pretensión se ligan incuestionablemente a la naturaleza de los actos acusados. ACCION DE REPARACION DIRECTA O CUMPLIMIENTO DE PLENA JURISDICCION. Distinción.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 16 de noviembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10666. Actor: Técnicos Baltime de Colombia S.A.) 1138

ACCION DE PLENA JURISDICCION DE CARACTER TRIBUTARIO.

Cuándo operaba. (Ley 167 de 1941). El tema en cuestión no tiene operancia en el nuevo Código Contencioso Administrativo. (Decreto No. 1 de 1984).
(Sentencia de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 8031. Actor: Grasas y Vegetales S.A. ACEGRASA) 616

ACCION DE REPARACION DIRECTA O CUMPLIMIENTO Y DE PLENA JURISDICCION.

Ver: Acción.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARACTER LABORAL. COMPETENCIA. CUANTIA.

Ver: Juicios de restablecimiento del derecho de carácter laboral.

ACCION INDEMNIZATORIA POR HECHOS DE LA ADMINISTRACION. CADUCIDAD.

Ver: Docentes traslados.

ACTIO IN REM VERSO.

Ver: Enriquecimiento sin causa.

ACTOS ADMINISTRATIVOS. CONTROL JURISDICCIONAL. ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES. PRESUNCION DE LEGALIDAD.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de octubre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 7610. Actor: José Iván Moreno Patiño) 453

ACTO ADMINISTRATIVO. CONVALIDACION.

Ver: Derechos de autor por ejecución de obras musicales.

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA SUPERBANCARIA.

Ver: Superintendencia Bancaria.

ACTO ADMINISTRATIVO. ELEMENTOS ESENCIALES. MOTIVACION.

Obligación de la Administración de expresar los motivos del Acto Administrativo. Esta obligación no existe como regla general. Excepciones. RADIODIFUSION. ESTACIONES. LICENCIAS. Expedición.
Declárase la nulidad de la Resolución No. 2593 de 28 de febrero de 1982 expedida por el Ministro de Comunicaciones.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de julio 4 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4261. Actor: Nemesio Camacho R.) 223

ACTO ADMINISTRATIVO. EXPEDICION.

1o. El procedimiento o formalidad que se establece en un estatuto para la expedición de un acto administrativo, no es más que una garantía que se concede al administrado y por consiguiente un deber para las autoridades que han de acatar cuando se trata de exteriorizar su voluntad.
2o. Consecuencias de las omisiones o quebrantos de las formalidades de expedición.
3o. Doctrina.
(Sentencia de octubre 12 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 3601. Actor: Oscar William Achury y Carlos Germán Cubillos A.) 621

ACTOS ADMINISTRATIVOS. IRRETROACTIVIDAD.

No pueden surtir efecto con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado y siempre con base en una autorización legal.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 12 de diciembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 9267. Actor: Rosalía Tabares C.) 489

ACTO ADMINISTRATIVO. NOTIFICACION.

Ver: Notificación de los Actos Administrativos.

ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES. OBLIGATORIEDAD.

(Suspensión provisional). No serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en el diario, gaceta o boletín. . . (artículo 43 del Código Contencioso Administrativo. Decreto No. 1 de 1984).
Decrétase la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones Nos. 1437 de junio 15 y 1598 de julio 10 de 1984 expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio.
(Auto de agosto 17 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4731. Actor: Helmer Zuluaga) 513

ACTO DISCRECIONAL Y ACTO REGLADO.

Ver: Acto Administrativo. Control jurisdiccional.

ACTO INEXISTENTE.

Ellos no pueden ser convalidados ni necesitan ser invalidados.
(Auto de noviembre 15 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 2145. Actor: Pablo Ramón Morales. Opositor: Instituto Colombiano de los Seguros Sociales) 1134

ACTOS DE CERTIFICACION Y REGISTRO.

Decreto No. 1 de 1984. Ver: Actos de Inscripción 553

ACTOS DE INSCRIPCION. ACTOS DE CERTIFICACION Y REGISTRO. DECRETO No. 1 DE 1984. VIA GUBERNATIVA.

Agotamiento. Es dable demandar independientemente las inscripciones oficiales sin que de manera ineludible éstas deban ser ligadas a actos de elecciones anteriores.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de noviembre 19 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez. Expediente No. 4423. Actor: Germán Guerrero Vargas) 553

ACTOS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

Refrendación y comunicación. Excepciones. (Artículo 57 de la Constitución Nacional).
(Sentencia de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4556. Actor: Carlos Díaz) 102

ACUERDO DE CARTAGENA. DECISION 85. NOVEDAD DE LAS INVENCIONES.

Ver: Patentes de invención.

ACUMULACION INDEBIDA DE PRETENSIONES.

Estima la Sala que FORMALMENTE se dio en la demanda una indebida acumulación de pretensiones. ¿Por qué se dice que FORMALMENTE? COMISION DE DELITOS. Obligación del funcionario de dar aviso a las autoridades. Es un deber legal cuyo contenido ético no depende del resultado final de la conducta denunciada.
(Sentencia de octubre 26 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4265. Actor: Diego Alvarez Vera. Salvamento de voto del doctor Eduardo Suescún Monroy) ... 1117

ACUMULACION INDEBIDA DE PRETENSIONES.

(Salvamento). En la demanda el actor pide textualmente la indemnización "POR ACTO Y OMISIONES" y al formular la causa *petendi*, plantea unos hechos que configuran inequívocamente la acción contractual.
(Salvamento de voto del doctor Eduardo Suescún Monroy a la sentencia de octubre 26 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4265. Actor: Diego Alvarez Vera) .. 1120

ADJUDICACION DE BALDIOS. CADUCIDAD. TERMINO.

Dentro de los años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.
(Sentencia de agosto 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3383. Actor: Florentino y Miguel Antonio Ruiz. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 398

ADMINISTRACION DISTRITAL. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO. CLASIFICACION DE SUS TRABAJADORES.

(Acuerdo No. 7 de 1977). Es función del legislador. ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL. La determinación de esa estructura significa definir el marco orgánico en el cual debe desenvolverse funcionalmente la vida distrital, es decir, crear órganos necesarios para dicho funcionamiento, con el claro objetivo de fijar sus actividades. JUNTA ASESORA Y DE CONTRATOS, JUNTA DE PLANEACION DISTRITAL, JUNTA DE COMPRAS. Participación del Personero Distrital, Contralor y Tesorero en dichas Juntas. Incompatibilidad y falta de competencia. JUNTAS DIRECTIVAS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DISTRITALES. INTEGRACION. Falta de competencia para reglamentar por vía general tales organismos. HONORARIOS POR ASISTIR A LAS REUNIONES DE LAS JUNTAS para los miembros que no comporten la calidad de Concejales.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. Sentencia de 14 de mayo de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 3708. Actor: Gustavo Samper Bernal) 579

ADOPCION

Para efectos de la adopción ¿quiénes se entienden en abandono? ABANDONO. Concepto, antecedentes legales.
(Concepto de mayo 10 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2074. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Salud y autorizada su publicación en julio 8 de 1984) 7

ADQUISICION DE PREDIOS.

Por medio de la negociación directa o a través de la expropiación. Instrumentos de adquisición.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3006. Actor: Nacianceno Vélez Chavarriaga) 440

ARBITRAJE EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

(Artículo 76 del Decreto 222 de 1983.
Para efectos de su juzgamiento la actividad contractual administrativa queda dividida en dos grandes campos: la que se deriva de la voluntad ordinaria de las partes para la cual se permite la solución arbitral y la que, se deriva, ya no del derecho común, sino de las cláusulas exorbitantes, lo cual sigue siendo de competencia privativa de la jurisdicción estatal.
(Auto de noviembre 28 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 4337. Actor: Ingeniería, Servicios y Representaciones de Colombia S.A. 1132

ARTICULO 266. DECRETO No. 1 DE 1984.

Interpretación. CUANTIA. Artículo 131, numeral 10.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 1o. de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3608. Actor: Alberto Garcés Tamayo) 1115

ASIGNACION MENSUAL.

Ver: Vacaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales 13

AUDITOR FISCAL.

Ver: Cooperativas. Auditor Fiscal.

AUXILIARES DE LA JUSTICIA.

1o. En la actualidad no hay norma legal alguna que señale la tarifa de los honorarios de los Auxiliares de la Justicia, por lo que es autónomo el juez para señalarlos en cada caso.
2o. Legislación anterior. Fijación. ¿Cómo determinarlos?
(Auto de julio 25 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 2609. Actor: Oscar Domínguez Gómez) 1095

B

BALDIOS. ADJUDICACION.

Ver: Adjudicación de baldíos.

C

CADUCIDAD DE LA ACCION.

Operancia. ¿Puede el ejercicio de la revocatoria directa revivir los términos (de caducidad) para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo?
Levántase la suspensión provisional de las resoluciones impugnadas en este proceso (Nos. 55 de 1978 y 47 de 1980) de Planeación Distrital, medida esta que fue impuesta por medio del auto de 3 de marzo de 1981, de esta Sala, y comunicada por medio de Oficio No. 129 de 17 de marzo de 1981, de la Secretaría de la Sección Primera de la Corporación.
NOTA: Véase auto de suspensión provisional en los Anales de 1981. Primer Semestre. Página 396.
(Sentencia de julio 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4213. Actores: Salustiano Martín, Cecilia Montes Fajardo y otros) 637

CARGA DE LA PRUEBA.

Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.
(Sala de lo Contencioso Administativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de

1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4233. Actor: Empresa Auto Legal Ltda.) 437

CARGOS DIRECTIVOS. MINISTERIOS. RENUNCIA.

No es concebible que cuando el Presidente de la República, un ministro, un gobernador o un alcalde quieran cambiar sus inmediatos colaboradores o sus agentes, no puedan sugerir o solicitar la renuncia a estos altos funcionarios, sino que sea preciso que se les declare insubsistente el nombramiento, sin consideración a su jerarquía administrativa, a su significación personal o política, es decir, sin consideración con la investidura y con el investido..

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 24 de octubre de 1984. Expediente No. 10512. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Actor: Rocío de las Mercedes Sañudo de Angel) 154

CARRERA ADMINISTRATIVA.

Aunque el artículo 17 del Decreto 583 de 1984 indiscriminadamente se refiere, en sus diferentes literales a ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales de carácter nacional, debe entenderse que reglamenta la carrera administrativa prescrita por los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, con exclusión de las carreras administrativas especiales, como la instituida por el Decreto-Ley 694 de 1975, reglamentado por el Decreto 1468 de 1979.

(Concepto de octubre 31 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2128. Consultas del Gobierno. Autorizada su publicación con oficio No. 5726 de noviembre 15 de 1984. recibida en la Secretaría en diciembre 3 del mismo año) 69

CARRERA ADMINISTRATIVA.

Ver: Supresión de cargos.

CARRERA ADMINISTRATIVA. EMPLEADOS. INSUBSISTENCIA.

Ver: Insubsistencia en empleados de libre nombramiento y remoción.

CARRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ESCALAFONAMIENTO AUTOMATICO. ESTABILIDAD.

1o. Sabido es que de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, las materias atinentes al establecimiento de las carreras, es decir, la regulación sobre condiciones de acceso al servicio público, ascensos por mérito y antigüedad, retiro y despido, están reservadas al Congreso o al Presidente de la República investido de precisas facultades para tales efectos, y no puede el Gobierno, cuando reglamenta una ley, invadir esta órbita de competencia. El Decreto 1651 de 1977, no contempla escalafonamiento masivo ni automático de funcionarios antiguos e inclusive establece en el artículo 118, que durante el período de prueba de quienes han sido escogidos por concurso, dentro del registro de aspirantes, podrán ser retirados discrecionalmente del servicio.

2o. El derecho a la estabilidad sólo proviene del escalafonamiento en una carrera o de un nombramiento para período fijo.

(Sentencia de noviembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 6872. Actor: Tarcisio Guerra Blanco) 495

CARRERA DE SEGURIDAD SOCIAL.

No basta ocupar un cargo de carrera (administrativa o la especial de funcionario de la seguridad social) para quedar automáticamente inscrito en ella, sino que es indispensable que se llenen los correspondientes requisitos legales.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de septiembre 11 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 6888. Actor: Alberto Villa Navarro) 422

CINEMATOGRAFIA. SALAS.

Ver: Salas de cinematografía.

CIRCULARES DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS.

Ver: Conceptos, circulares e instrucciones de la Dirección de Impuestos.

CLAUSULA COMPROMISORIA.

Ver: Laudo arbitral.

COADYUVANCIA. INTERVENIENTE ADHESIVO. INTERES JURIDICO.

1o. ¿Cuándo se coadyuva? jurisprudencia.
2o. Intervención adhesiva: para ayudar a una de las partes.
3o. Interés jurídico en acciones diferentes a las de nulidad.
(Auto de noviembre 19 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 11059. Actor: Manuel Martínez Ordóñez) 1126

COMERCIANTE. ¿COMO SE ADQUIERE LA CALIDAD?

Ver: Transportes.

COMERCIO EXTERIOR. DERECHOS ARANCELARIOS.

Ver: Derechos arancelarios.

COMISION DE DELITOS. DENUNCIA POR FUNCIONES.

Ver: Acumulación indebida de pretensiones.

COMISION DE PERSONAL.

Ver: Sanciones disciplinarias.

COMISIONES PERMANENTES DEL SENADO.

Ver: Electorales. Comisiones permanentes del Senado.

COMISIONES PERMANENTES DEL SENADO.

Ver: Electorales. Senado. Comisiones permanentes. Composición.

COMPETENCIA EN RAZON DEL TERRITORIO.

La competencia por razón del territorio en todo caso se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestar los servicios (artículo 131 último inciso, Decreto No. 1 de 1984).

(Auto de noviembre 28 de 1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 11.095. Actor: José Guillermo Duarte Niño) 1082

CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION.

Sustituyó el contrato de arrendamiento. Disposiciones legales vigentes. CONTRATISTAS MOROSOS. Ni el Decreto-Ley 222 de 1983, ni disposición legal especial faculta a Inravisión para condonar intereses causados a los contratistas. FACULTAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS PARA TRANSIGIR LOS LITIGIOS, existentes ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa autorización escrita y expresa del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo a que estén adscritos.

(Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo a la Consulta de septiembre 12 de 1984. Radicación No. 2123) 52

CONDENAS AL TESORO NACIONAL.

Ver: Tesoro Nacional. Condena.

CONFLICTO DE COMPETENCIA.

Concepto. ¿Cuándo se suscitó? Decisión de los conflictos de competencia (Decreto No. 1 de 1984, artículo 215). El conflicto no puede tener un origen espontáneo u oficioso, sino interesado o pedido por alguna de las partes. El conflicto de competencia debe suscitarse en el momento de la admisión de la demanda.

(Auto de 28 de noviembre de 1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 11095. Actor: José Guillermo Duarte Niño) 1082

CONFLICTO DE COMPETENCIA.

¿Cuándo se presenta?

(Auto de diciembre 10 de 1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11098. Actor: José Martín Moreno León) 1086

CONSEJO NACIONAL DEL TRANSPORTE.

¿Sustituyó dicha entidad al "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre"? ¿A qué se refiere el Decreto-Ley 154 de 1976?. (El Decreto-Ley 154 de 1976 creó el "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre en sustitución del Consejo Superior de Tránsito Terrestre que existió en el Decreto-Ley 1344 de 1970).

(Concepto de agosto 16 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2120. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Obras Públicas y Transportes y autorizada su publicación en agosto de 1984) 33

CONSULTA.

(Artículo 85 del Decreto No. 1 de 1874).

"La consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no surta el mencionado grado".

(Auto de septiembre 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 11.345. Actor: Alvaro Guerrero Artunduaga) 1107

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

1o. Vigilancia de control fiscal.
2o. Control fiscal. Objeto.
3o. ¿Sobre qué entidades se ejerce?
4o. Control sobre Sociedades de Economía Mixta. ¿Cuándo opera?
(Sentencia de julio 21 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4593. Actor: Electrificadora de Sucre S.A.) 321

CONTRATACION ADMINISTRATIVA. PROCEDIMIENTOS.

1o. Finalidad (Especialmente el de licitación pública).
2o. Garantía de cumplimiento de esos objetivos éticos.
3o. Adjudicaciones de contratos: Fundamentos en los que se apoyaron.
4o. Examen de propuestas.
5o. Equivocaciones y olvidos por parte de la administración de esos objetivos generales. Consecuencias.
6o. Consecuencias de contrato ejecutado por adjudicatario distinto al que había ofrecido las mejores condiciones. LUCRO CESANTE. Perjuicios. INDEMNIZACION. El monto de la indemnización no podrá exceder el valor de la garantía de seriedad que legalmente debió exigirse y en todo caso no podrá ser superior a las cantidades pedidas en la demanda.
(Sentencia de noviembre 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3743. Actor: Emiliano Rivera Suárez) 809

CONTRATACION ADMINISTRATIVA. PROCEDIMIENTO.

(Salvamento). Situaciones que no tienen relievancia jurídica. COSTAS. APLICACION RETROACTIVA DE LA LEY PROCESAL. El principio según el cual la ley procesal tiene efecto inmediato no puede aplicarse mecánicamente a todas las situaciones virtualmente pendientes. Es preciso examinar cada acto y sus distintas consecuencias para poder establecer si éstas, por continuar en ejecución o por estar ya cumplidas, son susceptibles o no de reencauzamiento procesal. LEY PROCESAL. VIGENCIA.
(Salvamento de voto del doctor Eduardo Suescún Monroy a la sentencia de noviembre 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3743. Actor: Emiliano Rivera) 822

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE ARRENDAMIENTO.

1o. La arrendadora queda obligada, según las normas reguladoras de la congelación de arriendos (Decretos 2770 de 1976, 63 de 1977, 2813 de 1978, 2923 de 1977, 3209 de 1979 y 3450 de 1980), a comprobar oportunamente que ha ocupado el inmueble en actividades propias por lapso no inferior a seis meses, so pena de que se haga efectiva la caución prestada.
2o. Dentro del juicio de terminación del contrato, acreditada la licencia administrativa correspondiente, no está obligada la arrendadora a acreditar la "necesidad" de ocupar el inmueble.
(Sentencia de julio 26 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 4134. Actor: Parroquia del Sagrario) 738

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Ver: Contrato privado de la administración dotado de cláusula de caducidad.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE NATURALEZA COMERCIAL.

Lo que no obsta para que siendo comercial, por su naturaleza, no pueda ser simultáneamente administrativo, por la calidad de una de las partes y la naturaleza de las cláusulas exorbitantes. CRITERIOS para determinar la naturaleza del Contrato Administrativo.
(Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de agosto 29 de 1984. Expediente No. 3918) 828

CONTRATO DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE LA CORRESPONDENCIA PUBLICA O PRIVADA 55

CONTRATO DE EMPRESTITO CELEBRADO POR EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES Y SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

Ver: Contratos administrativos. Empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta 37

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS CELEBRADOS POR EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

Ver: Contratos administrativos. Empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta 37

CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO POR EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

Ver: contratos admnistrativos. Empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta 37

CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION DOTADO DE CLAUSULA DE CADUCIDAD.

La controversia pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa. (Decreto No. 222 de 1983). Pero el calificativo dado no es obstáculo para que además se rija por las reglas civiles. Contrato de arrendamiento.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 1984. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Con salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Alberto Alvarez y Cía. Ltda. Expediente No. 3918) 823

CONTRATO VERBAL SOBRE PRESTACION DE SERVICIOS CON BASE EN LA ADJUDICACION HECHA, Y ANTES DEL PERFECCIONAMIENTO DEL RESPECTIVO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

En hipótesis como la planteada en este proceso, es necesario demandar la declaratoria de nulidad absoluta del contrato administrativo y la consecuencial restitución o reembolso de todo aquello en que la administración se hubiere hecho más rica. Es una acción contractual y no puede confundirse con la de "enriquecimiento sin causa" "torticero" o "actio in rem verso", que es el último recurso que doctrina, jurisprudencia y legislación conceden a quien se enfrenta a lesión patrimonial sin que pueda demostrar fuente obligacional alguna.

(Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de diciembre 11 de 1984. Expediente No. 4070) 790

CONTRATOS. SUSPENSION Y TERMINACION.

Ver: Suspensión y terminación de los contratos.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ARBITRAJE.

Ver: Arbitraje.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ACCION. LEGITIMACION.

1o. El contencioso contractual es, en principio, un contencioso de restablecimiento, tomado este término en sentido amplio y no con el alcance específico que hoy le da el nuevo Código en su artículo 85 (Decreto No. 1 de 1984).
2o. Sólo quien tenga interés jurídico particular puede promover la acción de nulidad de un contrato administrativo con el fin de hacer valer su pretensión sin perjuicio de que el juez que conoce del litigio puede declarar oficiosamente su nulidad por objeto y causa ilícitas y de que el Ministerio Público en interés del orden jurídico pida su declaratoria tal como lo permite el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. Igualmente pueden proponer esa nulidad los actos que tengan interés en ello, interés que no puede ser el simple de legalidad que justifica el contencioso de anulación de actos unilaterales de la administración, sino el concreto y particularizado afectado con la relación negocial.
(Sentencia de septiembre 4 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4011. Actor: Helber José Londoño Guzmán) 806

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ACTA DE LIQUIDACION.

La voluntad de las partes expresada en el acta de liquidación ha de producir efectos jurídicos como el de finiquitar el contrato por medio de un negocio jurídico pleno; solamente puede ser invalido por decisión de autoridad competente, es decir, de los Tribunales Administrativos o por mutuo acuerdo de las mismas partes.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3215. Actor: Darío López Ospina) 797

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD.

(Aclaración de voto).
1o. No aparece ajustado a derecho sostener en todos los casos en que se extingue el plazo para ejecutar la obra, se pierde la oportunidad de la administración para decretar la caducidad del acto.
2o. En algunos contratos, como el de obra pública, el vencimiento del plazo no puede significar, en buena lógica jurídica, que *ipso-jure* se tenga por terminado el acto jurídico. Una cosa es que termine el plazo y otra, muy distinta que termine el contrato.
(Aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta a la sentencia de noviembre 28 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3127. Actor: Sady Salazar Ruíz) 776

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

Aplicación del Decreto No. 222 de 1983. Sociedades asimiladas a empresas. CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS. Artículo 16 del Decreto 222 de 1983.

CONTRATO DE SEGURO. 18 Decreto No. 222 de 1983 para entidades públicas (267 ibídem), en relación con los contratos suministro y compraventa, que celebren sociedades de economía mixta, es obvio que se rigen por normas de derecho privado. CONTRATO DE EMPRESTITO. Aplicación a dichas entidades. REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿En qué consiste? Sanciones a la violación legal. Carácter disciplinario. (Decreto 128 de 1976). Responsabilidad del funcionario.
(Concepto de julio 26 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2107. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Agricultura y autorizada su publicación en agosto de 1984. Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo) 37

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

(Salvamento de voto).
Concepto favorable de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República para la celebración de CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS de cuantía igual o superior a $ 1.200.000. Sin embargo, esto no implica que esos contratos deban someterse a los demás requisitos por el Decreto-Ley 222 de 1983; el cual sólo es aplicable a Sociedades de Economía Mixta, asimiladas a Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en los casos a los cuales específicamente se refiere. CONTRATO DE SEGURO. Se aplica a las Sociedades de Economía Mixta. Protección a la INDUSTRIA Y AL TRABAJO. (268 Decreto No. 222 de 1983). REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES. Aplicación a las sociedades de economía mixta que se asimilen a las empresas industriales y comerciales.
(Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo al Concepto de julio 26 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2107. Consultas del Gobierno. Formulada por Minagricultura y autorizada su publicación en agosto de 1984) 44

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LIQUIDACION.

Del contrato por vencimiento del plazo pactado. Imposición de multa porque al vencerse el plazo pactado no había terminado la totalidad de la obra contratada. REAJUSTES, reconocimiento de intereses legales del 6% anual. Actualización del valor.
(Sentencia de noviembre 28 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3127. Actor: Sady Salazar Ruiz. Aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta) 753

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REAJUSTES.

Reajuste de carácter compensatorio tendiente a garantizar el pago de la obligación con el valor de la obra a la fecha de pago. Se establece primero a la fecha de la ejecución de la obra y, para mantener su valor verdadero, se prolonga luego hasta cuando el pago efectivamente se produzca. INTERESES SOBRE REAJUSTES.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 2165. Actor: Construcciones Cardona Ltda) 743

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO CON CLAUSULA DE CADUCIDAD.

Ver: Industria Licorera de Boyacá.

CONTRATOS CELEBRADOS POR LOTERIAS O BENEFICENCIAS.

Con los distribuidores de billetes: deben sujetarse a las reglas generales impuestas para los contratos administrativos. Requisitos. (artículo 1o. de la Ley 64 de 1923 y 13 del Decreto 1140 de 1943). Cláusulas que deben contener. Terminación. APROBACION MINISTERIAL. VIGILANCIA DEL GOBIERNO NACIONAL. Sobre loterías y beneficencias.
La destinación misma de los ingresos provenientes de las loterías impone una serie de requisitos para garantizar su efectividad. FALTA DE LICITACION Y DE APROBACION MINISTERIAL. Consecuencia. Nulidad del contrato.
(Sentencia de diciembre 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4243. Actor: Henry Gutiérrez Gerlein) 778

CONTRATOS DE APARCERIA.

1o. Los contratos de aparcería celebrados normalmente, NO PARA EFECTOS DE LA DESAFECTACION, se celebran aún verbalmente y se someten, aún contra lo convenido por las partes, a las regulaciones del órden público de la ley. 2o. Pero en cambio, los contratos de aparcería celebrados para obtener la DESAFECTACION del artículo 29 de la Ley 6a. de 1975, por mandato expreso y claro del artículo 2o. del Decreto No. 135 de 1976, tiene QUE CONSTAR POR ESCRITO Y CEÑIRSE ESTRICTAMENTE "A LOS MANDATOS LEGALES".
(Sentencia de agosto 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 4000. Actor: Roberto y Octavio Ortega Builes) 392

CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE ESPACIOS DE TELEVISION.

Este régimen contractual fue sustituído por el artículo 202 y siguientes del Decreto-Ley 222 de 1983, artículos 184 a 188. Carácter excepcional de dichos preceptos. EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. Servicio de telecomunicaciones que presta. Funciones de su presidente. POLITICA DE COMUNICACIONES. ADOPCION. ¿A quién corresponde?
(Concepto de noviembre 3 de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 1970. Consultas del Gobierno. Formulada por Mincomunicaciones y autorizada su publicación con oficio de 18 de octubre de 1984) 45

CONTRAVENCIONES Y DELITOS.

La definición de los delitos y contravenciones es de esfera constitucional del legislador y que el ejecutivo sólo podría hacerlo estando expresamente facultado por el Congreso.
(Sentencia de noviembre 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 7747. Actor: Miguel González Rodríguez) 165

CONVALIDACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Ver: Derechos de autor por ejecución de obras musicales.

COOPERATIVAS. AUDITOR FISCAL.

El artículo 205 del Código de Comercio no es aplicable por analogía a las cooperativas, porque las mismas regulaciones y principios cooperativos, comportan la solución juri-

dica que determina la imposibilidad de que la designación de Contador Juramentado como auditor de una cooperativa, recaiga en alguno de los asociados de la misma.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 27 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2083. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y autorizada su publicación con Oficio No. 570 de 22 de agosto de 1984) 23

COOPERATIVAS. DEVOLUCION DE LOS APORTES DE LOS SOCIOS QUE SE RETIREN DE LAS COOPERATIVAS. REINTEGRO DE SUS AHORROS. REGLAMENTACION. DECRETO No. 1598 de 1963. Artículo 120, ordinal 14 de la Constitución Nacional.

Como las facultades que dicho artículo atribuye al Gobierno son administrativas no legislativas, con base en ellas no podría reformar ni adicionar el Decreto-Ley 1598 de 1963. Para ello se requiere una nueva ley que prescriba la adición o modificación o que otorgue facultades precisas y pro tempore al Gobierno con la misma finalidad.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de julio de 1983. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 1907. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Nacional de Cooperativas y autorizada su publicación en octubre 25 de 1984) 53

COOPERATIVAS. MINIMO PATRIMONIAL QUE DETERMINA DESIGNACION DE AUDITOR FISCAL EN UNA SOCIEDAD COOPERATIVA. REAJUSTE DE LA CUANTIA PATRIMONIAL.

Si para liquidar una indemnización de perjuicios morales y mantener el poder reparador de la suma de $ 2.000 reconocida por el artículo 95 del Código Penal, procedió la referencia al oro como patrón monetario y la aplicación del artículo 1835 del Código de Comercio, en armonía con los artículos 1887 y 1889 del mismo. (Sentencia del Consejo de Estado de 22 de noviembre de 1979).
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 27 de junio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2083. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Autorizada su publicación en agosto de 1984) 23

COSA JUZGADA.

Ver: Excepciones en el juicio contencioso administrativo.

COSTAS.

(Decreto No. 1 de 1984. Artículo 171)
1o. Pronunciamiento expreso de costas, aunque tal condenación no haya sido solicitada. 2o. Entidades que no deben ser condenadas. (392 C.P.C.) (Artículo 43 del Decreto-Ley 3130 de 1968).
(Sentencia de noviembre 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3743. Actor: Emiliano Rivera Suárez) 809

COSTAS. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. EXONERACION DE DICHA CONDENA. Artículo 43 del Decreto 3130 de 1968.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 7 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 3546. Actor: Fondo Vial Nacional. Atuesta Guarín Pombo Ltda. (Laudo Arbitral) 1108

CREDITOS A FAVOR DEL ESTADO.

Intereses. Ley 68 de 1923. Artículo 9o. Las MULTAS que imponen las Superintendencias a los jueces de la República constituyen un crédito a favor del Estado. Casos especiales.
(Concepto de julio 31 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2115. Consultas del Gobierno. Autorizada su publicación con Oficio 22349 del 19 de octubre de 1984, recibido en la Secretaría el 3 de diciembre del mismo año) 67

CUANTIA.

Artículo 131, numeral 10 del Código Contencioso Administrativo.
Ver: Artículo 266 del Decreto No. 1 de 1984. INTERPRETACION. CUANTIA.

CUANTIA.

Ver: Procesos de reparación directa y de restablecimiento. Cuantía. Determinación.

CUANTIA. DETERMINACION.

Ver: Juicios de restablecimiento del derecho de carácter laboral.

CUANTIA. FIJACION DE LA DEMANDA.

Si se aceptare que la cuantía es la que libremente señale el litigante, la competencia de los tribunales sería señalada por las partes y no por la ley.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de agosto 16 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 4054. Actor: Gabriel Arroyave y otros) 1102

CUANTIA. MULTAS.

Ver: Multas. Cuantía.

CUOCIENTE ELECTORAL. (Artículo 172 de la Constitución Nacional).

1o. Indicación de cómo se obtiene.
2o. Cómo se efectúa la adjudicación de los puestos.
3o. La asignación de curules en las corporaciones representativas se hace directamente a las LISTAS y no a los PARTIDOS. Jurisprudencia.
4o. Parágrafo transitorio del artículo 172 de la Constitución Nacional. Significado.
(Sentencia de noviembre 13 de 1984. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091. Actores: Nelson Amaya y José Domingo Restrepo. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango y el doctor Carlos Betancur Jaramillo) 836

D

DELITOS.

¿Quién puede definirlos?
Ver: Contravenciones.

DEMANDA CONTRA ACTOS DE ENTIDADES SIN PERSONERIA JURIDICA. SENADO.

En el caso en que la mención de la entidad sin personería jurídica es simplemente un modo de identificar el acto por su origen y un señalamiento del organismo que debe cumplir la sentencia, ha entendido la Sección Segunda, usando y no desbordando sus poderes de interpretación, que tácitamente se señala a la Nación, que goza de personería jurídica, como entidad demandada, que contra ella, sujeto de la relación jurídica de carácter sustancial, representada por el Fiscal, de conformidad con el artículo 143 de la Constitución Nacional, está dirigida la demanda. DEMANDA CONTRA ENTIDADES SIN PESONERIA REPRESENTADA POR MINISTRO, JEFE DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO, SUPERINTENDENTE, PRESIDENTE DEL SENADO O DE LA CAMARA. No es posible entender que se demanda a la Nación. REPRESENTACION DE LA NACION. Decreto No. 1 de 1984.
(Sentencia de septiembre 14 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10488. Actor: Nohora Palomo García) 530

DEMANDA CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO. IMPROCEDENCIA.

El Estado, encargado de prestar el servicio público, puede expresarse, tal como lo dispone el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, a través de la Nación, los municipios, los establecimientos de beneficiencia y los de instrucción pública, aun cuando se ha distinguido, de manera preferencial, como la Nación. Sin embargo, al tratarse de precisar la responsabilidad no puede dejarse ese criterio amplio sin saber cuál es el ente que, en verdad, contrae el compromiso de asumir los efectos propios de la pretensión y las resultas del juicio. El nuevo Código Contencioso Administrativo. (Decreto No. 1 de 1984) recogió, al respecto, lo que doctrinariamente se sostenía (Artículo 149 ibídem).
(Sentencia de agosto 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2252. Actor: Olga Trujillo Agudelo de Trujillo. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 653

DEMANDA CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO. INTEPRETACION.

(Salvamento de voto).
1o. Cuando se demanda al "Estado" hay que entender necesariamente que se demanda a la "Nación", personificada con aquel, nunca a algunas de las "entidades públicas territoriales" como son los departamentos, las intendencias, las comisarías o los municipios, caso en el cual éstos deben aparecer plenamente determinados en el libelo demandatorio.
2o. Determinar a qué "Capítulo" o "Artículo" del presupuesto debe aplicarse la condena, es de técnica jurídico contable que ni siquiera obliga al Consejo de Estado su determinación mucho menos al demandante.
(Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de agosto 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2252. Actor: Olga Trujillo Agudelo de Trujillo) 659

DEMANDA CONTRA ENTIDADES SIN PERSONERIA JURIDICA REPRESENTADAS POR EL MINISTRO.

Ver: Demanda contra actos de entidades sin personería jurídica. Senado.

DEMANDA. INTERPRETACION.

Facultad del juez para interpretarla. PARTE DEMANDADA. SENADO. PERSONERIA JURIDICA. Lo que se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso son exclusivamente los actos de la administración y no las personas o entidades públicas que los han dictado. (Sentencia de agosto 16 de 1961). Esta jurisprudencia armoniza con la interpretación que se le dio al artículo 126 de la Ley 167 de 1941, mientras estuvo vigente y que mostraba cómo el proceso contencioso administrativo carecía del rigor, en cuanto a las partes demandadas, que tenía y tiene el estatuto procesal civil.
(Salvamento de voto de los consejeros doctores Carlos Betancur Jaramillo y Enrique Low Murtra a la sentencia de Sala Plena de julio 3 de 1984. Expediente No. 11070. El doctor Gustavo Humberto Rodríguez se adhiere al anterior salvamento) 1056

DEMANDA. PERSONERIA JURIDICA. SENADO.

Cuando se demanda a quien no está reconocido para legitimarse en el proceso, no hay pronunciamiento de fondo. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. El juzgador no tiene un poder ilimitado sobre el particular. Debe sujetar su conducta al trámite y condiciones impuestas dentro del proceso, para saber y precisar en últimas, si todo se amolda a los principios y criterios establecidos en el estatuto adjetivo. El poder creador que se radica en el juez logra su fuente en los preceptos sustanciales, en la búsqueda de una adecuación, más no en los procedimentales.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de julio 3 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 11070. Actor: Ana Delva Hernández de Puerta. Con salvamento de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra y Fernando Garzón León Gómez (Conjuez).) 1050

DEMANDA. PRESENTACION.

Tesis jurisprudencial del Consejo de Estado.

(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 Y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa Lara, David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregroza Lara y Francisco de Paula Benedetti Vargas) 896

DEMANDA. VAGUEDAD DEL CARGO.

La falta de precisión en el planeamiento lo hace irrelevante procesalmente.
(Sentencia de noviembre 13 de 1984. Sala Plena. Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091) 836

DEPRECIACION.

Contabilización de la depreciación señalada en el Decreto 1649 de 1976. El Superintendente de Sociedades se tomó para sí la atribución de reglamentar un decreto que a su vez era reglamentario de otro anterior, el 2053 de 1974, sobre bienes depreciables ingresados de activo de los contribuyentes antes del 31 de diciembre de 1975. El Superintendente no podía hacerlo por carecer de facultades para ello. Tal función debería ser asumida por el señor Presidente de la República en ejercicio del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.
Declárase la nulidad de los numerales 4, 4.1, 4.2, 4.4 y 4.5 de la circular externa No. D-004 de 15 de febrero de 1980 dictada por el Superintendente de Sociedades.

(Sentencia de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4375. Actor: José Ignacio Narváez García) 365

DERECHO AL TRABAJO.

El derecho de trabajo que garantiza la Constitución Nacional no implica inmovilidad de los empleados públicos, los cuales pueden gozar de relativa estabilidad o ser de libre remoción, según lo establece la ley.
(Sentencia de julio 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7583. Actor: Armando Acevedo Quintero) 77

DERECHO DE DEFENSA.

Ver: Nulidad procesal.

DERECHOS ADQUIRIDOS.

En las relaciones entre particulares-entidades de derecho público, no se puede hablar de derechos adquiridos.
(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 7645. Actor: Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. "CDENAL") 968

DERECHOS ARANCELARIOS. CUENTA ADICIONAL. PREVIA CANCELACION DE LA CUENTA ADICIONAL PARA PODER RECURRIR EL ACTO QUE LA FIJA. DERECHO DE PETICION Y DE IMPUGNACION. Diferencias.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 14 de septiembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 10299. Actor: Christian Fernando Cardona Nieto y Ramiro Ignacio Araújo Segovia) 145

DERECHOS DE AUTOR POR EJECUCION DE OBRAS MUSICALES EN LOS ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PUBLICO. ACTO ADMINISTRATIVO. CONVALIDACION.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de agosto 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez. Expediente No. 4393. Actor: Luis H. Hernández) 544

DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO MINERO. MINAS POR ACCESION. EL DERECHO DE PROPIEDAD MINERA.

Normas constitucionales y legales sobre propiedad minera. Ley 20 de 1969. Artículo 1o. Protege los "derechos adquiridos" por los particulares o terceros no obstante que consagra para el futuro, la pertenencia de tales bienes para la Nación. MINAS POR ACCESION. Como para estas minas, la sentencia "declarativa" de que el dominio del suelo salió del Estado antes del 28 de octubre de 1873 sus efectos —dado el Estado como parte y la naturaleza de la declaración— son "erga omnes", por lo que, hecha la declaración en una sentencia, frente a un mineral, había cosa juzgada que impediría igual pretensión declarativa aunque se refiera la pretensión consecuencial a otro mineral. Demandas de declaración. Objeto. TEORIAS DE LA INDIVIDUALIZACION Y DE LA SUBSTANCIACION.
(Salvamento de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de septiembre 20 de 1984. Expediente No. 2872) 267

DESISTIMIENTO.

¿Qué implica? Consecuencias jurídicas del auto que lo acepta. (Artículo 342 C.P.C.). Conforme a la naturaleza y efectos del desistimiento, éste implica "la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada", según los términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, el cual agrega que "el auto que acepta el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia" y que "sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes".
(Auto de septiembre 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 11345) 1107

DESPIDOS COLECTIVOS.

Ver: Suspensión y terminación de los contratos.

DEVALUACION MONETARIA. CONCEPTO. PRUEBA.

Fenómeno económico que no requiere demostración como tal, por ser un hecho notorio, pero la cualificación del mismo sí debe ser acreditada dentro del proceso.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3551. Actor: Juan Benildo Riascos Caicedo) 707

DIPUTADOS SUPLENTES. INHABILIDADES.

Artículo 108 de la Constitución Nacional. Elección.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de noviembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitragó Hurtado. Expediente No. 1146. Actor: Angel Adelmo Martínez Triana) 958

DOCENTES. TRASLADO.

No ejercicio del cargo por no asignación de carga académica. HECHO DE LA ADMINISTRACION. DEMANDA. ACCION INDEMNIZATORIA POR HECHOS DE LA ADMINISTRACION. CADUCIDAD.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de julio 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez R. Actor: Emilio Rodríguez Jiménez. Expediente No. 11079) 1063

E

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO.

1o. ¿Cómo se harán constar? (Artículo 112 de la Ley 28 de 1979).
2o. ¿Cuándo son nulas? (Artículo 172, numeral 3 ibídem)
3o. Si cada ejemplar es válido por disposición expresa de la ley, es obvio que su existencia así sea única, debe producir plenos efectos jurídicos.
(Sentencia de noviembre 13 de 1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091. Actores: Nelson Amaya y José Domingo Restrepo. Salvamento de voto de los doctores Jorge Valencia Arango y Carlos Betancur Jaramillo) 837

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. ENTREGA EXTEMPORANEA.

Constituye violación del inciso 2o. del artículo 11 de la Ley 85 de 1981 tener en cuenta los pliegos que lleguen fuera del término.
(Sentencia de noviembre 13 de 1984. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091. Actores: Nelson Amaya y José Domingo Restrepo. Salvamento de voto de los doctores Jorge Valencia Arango y Carlos Betancur Jaramillo) 837

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. FIRMA DE EJEMPLARES. NULIDAD.

Requisitos exigidos por el artículo 112 de la Ley 28 de 1979. Un solo ejemplar que esté debidamente firmado es un documento fidedigno. Además, firmado por no menos de tres jurados, da fe de que la mayoría absoluta de ellos presenció en la respectiva mesa el proceso electoral e intervino en él.
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa L., David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregrosa L., y Francisco de Paula Benedetti Vargas) 897

ELECTORALES. COMISIONES PERMANENTES DEL SENADO.

Sólo se puede ser miembro de dichas comisiones (Ley 65 de 1982 de 1982, artículos 10 y 19, Ley 17 de 1970, artículo 19).
Suspéndese provisionalmente la proposición No. 4 del Senado de la República aprobada en su sesión del 20 de julio de 1984.
(Auto de agosto 31 de 1984. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez. Expediente No. 1109. Actor: Ignacio Vives Echeverría) 833

ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES. PERSONERO Y TESORERO. ELECCION.

Inaplicabilidad del cuociente electoral.
(Sentencia de julio 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 1095. Actor: Jesús Eduardo Campillo Parra) 960

ELECTORALES. ESCRUTINIOS.

1o. ¿Cómo se hará?
2o. ¿Se prohibe el recuento de votos?
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregroza L., David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregrosa L. y Francisco de Paula Benedetti Vargas) 897

ELECTORALES. INHABILIDADES.

Artículo 108 de la Constitución Nacional. MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. No tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. FUNCIONES PUBLICAS Y JURISDICCIONALES Y AUTORIDAD PUBLICA. Las puede ejercer una persona sin ser empleado público, tener ese carácter sin estar investido de jurisdicción o de autoridad, ejercer éstos sin desempeñar un empleo público. EMPLEADO O FUNCIONARIO PUBLICO. EMPLEO. Definiciones.

NOTA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de diciembre 3 de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 872. Actor: Jaime Núñez. Anales de 1982. Segundo Semestre. Página 742.
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa L., David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregrosa L. y Francisco de Paula Bendetti V.) 896

ELECTORALES. INHABILIDADES DE DIPUTADOS. SUPLENTES. Artículo 108 de la Constitución Nacional.

Ver: Diputados suplentes.

ELECTORALES. LISTA DE CANDIDATOS.

1o. No es exacto que cualquier vicio, falla o defecto que se presente respecto de uno de los candidatos afecte a la totalidad de ellos.
2o. Consecuencia de la inscripción del nombre de candidato en dos listas. Jurisprudencia.
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa L., David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregrosa L. y Francisco de Paula Benedetti V.) 896

ELECTORALES. SUFRAGANTES Y VOTOS. EXCESO.

Exceso de sufragantes. Sanción legal. (Causal 6a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979) causal de reclamación (artículo 31 de la Ley 85 de 1981). Remedio.
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa L., David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregrosa L. y Francisco de Paula Benedetti Vargas) 896

ELECTORALES. RECUENTO DE VOTOS.

Tipos de recuento a tenor de la Ley 85 de 1981, artículo 14. Recuento facultativo y recuento obligatorio. ¿Quién debe hacer la petición del recuento?
La negativa de una solicitud de recuento de papeletas en parte alguna está erigida como causal de nulidad de los actos de escrutinio de una corporación electoral.
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa L, David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregrosa L. y Francisco de Paula Benedetti V.) 896

ELECTORALES. REGISTROS ELECTORALES. NULIDAD.

La ley ha señalado taxativamente las causales de nulidad y no ha erigido como tal cualquier irregularidad u omisión en las elecciones y en lo que concierne a la causal genérica de nulidad no pudo estar lógicamente en la intención del legislador cualquier irregularidad, acto, omisión o informalidad que no afecte la seriedad y autenticidad del proceso electoral, que no implique o indique engaño o caoacción de elector o falsificación de la expresión de su voluntad.
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello F. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa L. David Turbay Turbay, Dario Giovanni Torregrosa y Francisco de Paula Benedetti V.) 896

ELECTORALES. SENADO. COMISIONES PERMANENTES. COMPOSICION.

Sólo se puede ser miembro de una de dichas comisiones. (Ley 65 de 1982, artículos 10 y 19. Ley 17 de 1970, artículo 19).
Declárase la nulidad de la Proposición No. 4 del Senado de la República y aprobada en su sesión plenaria de 20 de julio de 1984 que aparece en el acta No. 1 de la misma fecha, acta ésta que se publicó en los "Anales del Congreso" No. 23 del 25 de julio de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de diciembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez R. Expediente No. 1109. Actor: José Ignacio Vives Echeverría) 955

ELECTORALES. SUFRAGANTES MAYORES A LOS INSCRITOS EN EL REGISTRO. NULIDAD.

Causal 6a. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979: "...6a. Cuando han sufragado en un jurado de votación mayor número de ciudadanos de los autorizados por ley".
(Sentencia de noviembre 13 de 1984. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091. Actores: Nelson Amaya y José Domingo Restrepo. Salvamento de voto de los doctores Jorge Valencia Arango y Carlos Betancur Jaramillo) 837

ELECTORALES. LISTA DE SUFRAGANTES Y REGISTRO GENERAL DE VOTANTES. FALTA DE FIRMAS.

1o. El hecho de que tengan menos de tres firmas la ley no ha dispuesto que sea causal de nulidad.
2o. El hecho de que uno o todos los ejemplares de esos documentos tengan menos de tres firmas de jurados de votación no implica que tales registros sean apócrifos. FALSEDAD O APOCRIFIDAD. Significado.
(Sentencia de noviembre 7 de 1984. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Actores: Sandro Enrique Torregrosa L. David Turbay Turbay, Darío Giovanni Torregrosa y Francisco de Paula Benedetti Vargas) 897

EMANCIPACION.

Concepto. (Artículo 312 C.C.). Clase de emancipación.(Artículos 43, 44 y 45 del Decreto 2820 de 1974). ¿Cómo se efectúa?. Consecuencias. PATRIA POTESTAD. Privación. (artículo 424 C.P.C.).
(Concepto de mayo 10 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2074. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Salud Pública y autorizada su publicación en julio 8 de 1984) ... 7

EMBARAZO.

Cuando únicamente se violan las disposiciones que protegen la maternidad mediante el retiro ilegal de una empleada del cargo que desempeña, no procede la orden de reintegro al servicio, sino la condena al pago de las prestaciones e indemnizaciones a que se refieren los artículos 21 del Decreto Extraordinario No. 3135 de 1968 y 41 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.
(Sentencia de septiembre 11 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Actor: Carmen Rosa Rodríguez de Tovar. Expediente No. 7836.) 133

EMPLEADO O FUNCIONARIO PUBLICO. EMPLEO.

Ver: Electorales. Inhabilidades.

EMPLEADOS DE LA POLICIA NACIONAL. SANCIONES DISCIPLINARIAS.

Ver: Sanciones disciplinarias. Empleados.

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. PROCESO DISCIPLINARIO E INSUBSISTENCIA.

Ver: Proceso disciplinario.

EMPLEADOS DEL CONGRESO. RELATIVA ESTABILIDAD Y TRANSITORIA ESTABILIDAD.

(Ley 52 de 1978). Diferencias.
(Sentencia de septiembre 14 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expedientes Nos. 10488. Actor: Nohora Palomo García) 530

EMPLEADOS PUBLICOS. REMUNERACION.

Ver: Vacaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

EMPLEADOS PUBLICOS. SUPERVIGILANCIA DE LA CONDUCTA FISCAL.

Ver: Procuraduría General de la Nación.

EMPLEADOS SUBALTERNOS DEL CONGRESO.

Ver: Procuraduría General de la Nación.

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.

Ver: Contratos de concesión para la prestación del servicio para la correspondencia pública o privada.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.

Creación y Finalidad. El Decreto No. 1433 de 1983, reglamentó los artículos 3 y 38 del Decreto 62 de 1976, sin exceder la potestad reglamentaria.
(Sentencia de noviembre 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expedientes No. 4429. Actor: J. Herney Ramírez Zapata) .....

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

Están facultadas para clasificar a sus funcionarios por mandato del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 10 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 5744. Actor: Orlando Mora Patiño) 571

ENCAJE BANCARIO Y POSICION MENSUAL DE ENCAJE.

Una cosa es liquidar el encaje, el cual se hace diariamente y otra bien distinta es la determinación de la posición mensual de encaje.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Sentencia de julio 6 de 1984. Expedientes Nos. 4534. Actor: Banco Panamericano) 349

ENCAJE BANCARIO. DEFECTOS DE ENCAJE. SANCION PECUNIARIA A FAVOR DEL TESORO NACIONAL.

La sanción por defecto diario de encaje no es una invención de la Junta Monetaria, puesto que el artículo 11 del Decreto 756 de 1951, derogado expresamente por el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a de 1973 la consagraba.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de septiembre 28 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 8048. Actor: Hernán Dario Zea Llanos y otro) 447

ENCAJE LEGAL DE LOS BANCOS Y DEMAS INSTITUCIONES FINANCIERAS.

El Presidente de la República no puede con base en la facultad del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional dictar normas relativas a la regulación de la moneda. (Reiteración jurisprudencial).
Anúlase el artículo 3o. del Decreto 252 de 11 de febrero de 1980, dictado por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público en cuanto dispone:
"Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una Corporación de ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario aplicará sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al dos y medio por ciento (2.5%) sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".
(Sentencia de noviembre 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 7747. Actor: Miguel González Rodríguez) 166

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. ACTIO IN REM VERSO.

Presupuestos para su procedencia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 11 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4070. Actor: Madriñán Micolta y Cía. Ltda. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 783

ENTIDADES PUBLICAS DE CARACTER SECCIONAL. PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL.

Legislación: Bajo la Ley 167 de 1941 y el Decreto No. 1 de 1984. Artículo 139.
(Sentencia de octubre 26 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4265. Actor: Diego Alvarez Vera. Salvamento de voto del doctor Eduardo Suescún Monroy) 1117

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. REGIMEN DISCIPLINARIO.

Ver: Sanciones disciplinarias. Competencia para adelantar investigaciones administrativo-disciplinarias.

ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL.

Ver: Administración Distrital.

ESTUDIANTES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL.

Ver: Régimen disciplinario.

EXCEPCIONES.

En la Ley 167 de 1941 (Artículo 169) y en el Decreto No. 1 de 1984, (artículos 163 y 164). La "Falta de agotamiento de la vía gubernativa" no tenía legalmente el carácter de excepción en lo contencioso administrativo, sino impeditivo procesal. En el Decreto No. 1 de 1984 (artículo 163 y 164) se dispuso que los hechos constitutivos de excepciones previas en el proceso civil podrán alegarse, como motivos de nulidad y aún como razón para recurrir.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediene No. 3551. Actor: Juan Benildo Riascos Caicedo) 707

EXCEPCIONES EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En en el antiguo Código Contencioso Administrativo (artículo 109).
En el nuevo Código Contencioso Administrativo. (Artículo 164).
¿Cuándo pueden proponerse?
EXCEPCION PERENTORIA. ¿Qué requiere en las acciones de nulidad? COSA JUZGADA.
Levántase la suspensión provisional del artículo 2o. del Decreto 2230 de octubre 21 de 1975, proferida por el Gobierno Nacional, decretada por auto de abril 30 de 1982, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.
(Auto de noviembre 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Víctor Corredor Rodríguez. Sección Cuarta. Expediente No. 1008. Actor: Rodrigo Noguera Laborde) 205

EXPROPIACION DE PREDIOS.

¿A qué obedece? Medios para concretar expropiaciones (artículo 54 de la Ley 135 de 1961). Causas de expropiación. (Artículo 58 de la Ley 135 de 1961, subrogado por el artículo 23 de la Ley 4a. de 1973, sobre tierras adecuadamente explotadas, artículo 59 Bis de la Ley 135 de 1961). Procedimiento de expropiación (artículo 54 de la Ley 135 de 1961, y 61 ibídem).
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3006. Actor: Nacianceno Vélez Chavarriaga) 440

F

FALSEDAD O APROCRIFIDAD. SIGNIFICADO.

Ver: Electorales. Listas de sufragantes y registro general de votantes.

FAUNA SILVESTRE. MOVILIZACION Y COMERCIALIZACION TOTAL DE LOS PRODUCTOS DE FAUNA SILVESTRE.

Prohibición, literal e), artículo 265 del Decreto-Ley No. 2811 de 1974.
Suspéndese provisionalmente la Resolución No. 1362 de 1983 expedida por el Gerente General del INDERENA.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 2 de noviembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4318. Actor: Alvaro León Cajiao. Fiscal I del Consejo de Estado) 517

FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.

Naturaleza jurídica. Decreto No. 80 de 1976. Decreto No. 1151 de 1976.
(Auto de septiembre 4 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 5956. Actora: Diana Patricia Salom de C.) 1106

FUNCIONARIOS PUBLICOS. INTERVENCION EN POLITICA.

Las normas que establecen la prohibición de participar en controversias políticas o intervenir en actividades partidarias no se refieren exclusivamente a los empleados públicos que estén en ejercicio de sus cargos sino a quienes tengan tal calidad, que no se pierde por el hecho de no estar desempeñando las respectivas funciones.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 17 de agosto de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 6601. Actor: Carlos Arturo Andrade Fajardo) 233

FUNCIONES PUBLICAS Y JURISDICCIONALES Y AUTORIDAD PUBLICA.

Ver: Electorales. Inhabilidades.

G

GASTOS MEDICOS Y HOSPITALARIOS.

Realizados por profesionales ajenos a CAJANAL. Excepciones para el pago de dichos servicios con cargo a CAJANAL.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de octubre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 5815. Actor: Ernesto Cediel Angel) 458

GUARDIA PENITENCIARIA.

Los miembros de dicha guardia, dependientes de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, son empleados públicos. FUNCIONES. No son militares ni paramilitares, sino de carácter civil. GASTOS DE TRASLADO.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 25 de junio de 1980. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el Ministro de Justicia. Radicación No. 1391. Autorizada su publicación de conformidad con el artículo 110 del Decreto-Ley No. 1 de 1984) 18

H

HECHO DE LA ADMINISTRACION. DEMANDA.

Ver: Docentes. Traslado.

HONORARIOS POR ASISTIR A LAS REUNIONES DE LAS JUNTAS PARA LOS MIEMBROS QUE NO COMPARTEN LA CALIDAD DE CONCEJALES.

Ver: Administración Distrital.

HORARIO DE ATENCION AL PUBLICO EN EL SERVICIO BANCARIO Y EN EL SECTOR FINANCIERO.

Competencia de la Superintendencia Bancaria para fijarlo. Otra cosa es la determinación del horario de trabajo que lo pactan libremente las partes.
Es nula la frase que dice: "La Superintendencia autorizó la jornada laboral bancaria de cinco (5) días" contenida en los renglones segundo y tercero del primer párrafo de la Circular DB No. 51 de abril 24 de 1979 y la frase: "en semana laboral bancaria de cinco días" también de la misma circular en el párrafo quinto (5o.), tercer renglón.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de diciembre 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6212. Actor: Luis Carlos Moreno Pineda) 502

I

IMPUESTOS. ACTIVOS FIJOS. BENEFICIO.

La Ley 20 de 1979 no tiene la exigencia que trae el Decreto Reglamentario 2595 de 1979, de que para poder beneficiarse del alivio tributario de la ley, el contribuyente deberá invertir la ganancia ocasional susceptible de beneficio final en activos de personas morales organizadas conforme a las reglas de los Códigos Civil y de Comercio.
Anúlanse los artículos 33, 34 literal c) y 35 literal d) del Decreto Reglamentario 2595 de octubre 26 de 1979.
(Sentencia de noviembre 30 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 6662. Actor: Antonio J. del Castillo) 170

IMPUESTOS. AMNISTIA TRIBUTARIA. LEY 20 DE 1979.

¿Cómo operaba? Explicación de la locución, "no se hubiere practicado liquidación por la administración tributaria".
(Sentencia de octubre 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10061. Actor: Juan Benavides Patrón) 170

IMPUESTO A LAS VENTAS.

Posibilidades que contempla la ley, en su liquidación (inciso 2o. del artículo 13 del Decreto 2815 de 1974).
(Sentencia de septiembre 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 7884. Actor: Carlos Cesar Buchelli Revelo) 993

IMPUESTO A LAS VENTAS. EXPORTADORES Y PRODUCTORES.

(Suspensión provisional).
1o. La Ley (Decreto 3541 de 1983, artículo 19 a), impone la obligación de presentar declaración bimestral para los exportadores y para los productores de bienes exentos.

El reglamento (Decreto 1813 de 1984. Artículo 1o.) condiciona lo establecido por la ley a un hecho no requerido por ésta.
2o. ¿Qué debe contener la declaración de renta?
3o. Exención a exportaciones. Exenciones IN REM O IN PERSONAE. Punto de vista finalístico sobre la exención.
4o. Solicitudes de devolución o compensación. Requisitos.
5o. Abonar en la contabilidad de la cuenta "Impuesto a las ventas por pagar", de quienes presenten solicitudes de devolución o compensación.
6o. Suscripción por el revisor fiscal de las relaciones que debe presentar el responsable para solicitar devolución o compensación.
7o. Término para la realización de la exportación.
8o. Devoluciones que resulten improcedentes.
9o. Aceptación de costos y deducciones.
10. Exclusión del impuesto a las ventas para ventas de casas prefabricadas, cemento, concreto, ladrillos y tejas de barro o de asbesto-cemento. ¿Qué se requiere?
11. Café soluble. ¿Está exento o está excluído?
12. Cálculo de descuento del impuesto.
13. Saldo a favor de los responsables.
Suspéndense provisionalmente los siguientes aspectos del Decreto 1813 de 1984:
a). Artículo 1o.
Inciso 1o., se suspende la expresión "cuando el promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a su favor por concepto de impuesto sobre las ventas".
Inciso 2o. se suspende todo.
En consecuencia, el artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984 se leerá así: "Están obligados a presentar declaración bimestral del impuesto sobre las ventas los productores de bienes exentos y los exportadores".
b) Artículo 12. Se suspende todo.
c) Artículo 25. Se suspende la expresión: "sea un consumidor final" y la expresión: "en este caso el adquirente que sea consumidor final deberá informar por escrito tal circunstancia al vendedor, con el fin de que éste liquide el impuesto correspondiente aplicando la tarifa del 10%" en el inciso 1o. Suspéndese también el inciso 2o.
Por tanto el artículo 25 del Decreto 1813 de 1984 se leerá así:
El artículo 25 del Decreto 570 de 1984 quedará así:
"La venta de casas prefabricadas cuyo valor unitario no exceda de 1300 unidades de UPAC así como la venta de cemento, concreto, ladrillos y tejas de barro y tejas de asbesto-cemento están excluídas del impuesto sobre las ventas, salvo cuando el adquirente destine las casas prefabricadas para fines diferentes a los de vivienda popular o cuando destine los demás bienes a que se refiere este artículo para fines diferentes de la construcción de vivienda.
d) Artículo 27. Se suspende todo.
1o.) Artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984.
a) Norma acusada:
(Auto de diciembre 6 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 0380. Actor: Celso V. Amaya Mantilla y Alberto Barco Vargas) 189

IMPUESTO DE COLOCACION DE AVISOS EN LA VIA PUBLICA.

Suspéndese provisionalmente la frase "y comunicación al público" contenida en el artículo 10 del Decreto Reglamentario 3070 de 1983.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de noviembre 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Actor: Lucy Cruz de Quiñones. Expediente No. 459) 184

IMPUESTO DE DELINEACION URBANA.
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Aforo. ¿A quién corresponde?
(Sentencia de agosto 17 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 10051. Actor: Luis Mario Duque) 612

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Las prohibiciones que dejó vigentes la Ley 29 de 1963 quedarán restringidas a aquellas actividades relacionadas con la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios (Reiteración jurisprudencial de la Sentencia de mayo 24 de 1983. Sala Plena. Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 10906. Anales Primer Semestre de 1983. Página 1141).
(Sentencia de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 8031. Actor: Grasas y Aceites Vegetales S.A. ACEGRASA) 616

IMPUESTO DE REMESAS.

Liquidación por el pago en el exterior por diferentes conceptos. El primer inciso del literal c) del artículo 1o. del Decreto 2579 de 1983, le agregó a la enumeración contenida en el literal c) del artículo 46 de la Ley 9a. de 1983 las palabras "TECNICOS Y". Suspéndese provisionalmente los efectos de las palabras "TECNICOS Y" que aparecen en el inciso 1o., literal c) del artículo 2o. del Decreto 2579 de 1983.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de julio 26 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 154. Actor: James W. F. Raisbeck) 173

IMPUESTO DE RENTA. COMPAÑIAS DE SEGUROS. AJUSTE EN LA RESERVA PARA SINIESTROS. SON DEDUCIBLES.

No sólo los pagos efectivos de siniestros sino también los causados y no pagados.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de noviembre 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7838. Actor: Cía de Seguros La Fénix de Colombia S.A.) 1027

IMPUESTO DE RENTA. COSTOS PRESUNTOS.

Decreto 2053 de 1974. Artículo 31. Elementos para su aplicación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de noviembre 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10152. Actor: Heriberto Aristizábal Giraldo) 1017

IMPUESTO DE RENTA. COSTOS Y DEDUCCIONES EN MATERIA DE DIFERENCIAS DE CAMBIOS.

Las normas tributarias que los regulan deben interpretarse en armonía con las normas del Estatuto Cambiario. (Decreto-Ley 444 de 1967).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de septiembre 21 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 25. Actor: Velsicol Colombiana S.A.) 996

IMPUESTO DE RENTA. RETENCION EN LA FUENTE.

El artículo 1o. de la Ley 38 de 1969 autoriza la retención sobre salarios y no sobre otra clase de remuneraciones que reciba el trabajador. SALARIO. Concepto para los efectos de la retención en la fuente. Alcances de la legislación tributaria sobre la remuneración.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de septiembre 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10561. Actor: Héctor Gallego Osorio) 148

IMPUESTO DE TIMBRE. PAGO. OPONIBILIDAD O EFICACIA.

Solamente el pago del impuesto que le corresponda le da el valor de oponibilidad o eficacia al documento que deberá llevar el impuesto de timbre pero de ninguna manera puede pensarse que por el no hecho de no aceptarlo o por encontrar equivocada su liquidación, se esté desconociendo la presunta legalidad del mismo. La Ley 2a. de 1976 no hace distinción alguna sobre los efectos que se deduzcan por razón de quien haya cumplido con la obligación de cobrar el impuesto de timbre respectivo.
Declárase la nulidad del artículo 10 del Decreto Reglamentario 1222 de 1976.
(Sentencia de septiembre 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9731. Actor: Guillermo Romero García) 135

IMPUESTO DE TIMBRE SOBRE LA FACTURA COMERCIAL.

Suspéndase provisionalmente la circular de fecha 18 de noviembre de 1983, originaria del Despacho del Administrador de Aduana Interior de Bogotá dirigida a los administradores de Aduana de todo el país).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de julio 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 73. Actor: Guillermo Chain Lizcano) 511

IMPUESTOS. AMNISTIA TRIBUTARIA. LEY 20 DE 1979 1000

IMPUESTOS. DECLARACION DE RENTA. ADICION EXTEMPORANEA.

En cuanto incorpora más costos y deducciones debe tener elementos de plena prueba para que tales costos y deducciones sean aceptables a la Administración. Pero cuando la adición es desfavorable al contribuyente, en el sentido de que manifieste poseer mayores ingresos o activos gravables, o que algún costo, deducción o exención es inexistente en todo o en parte, de lo cual resulta mayor gravamen, la adición debe aceptarse por parte del funcionario liquidador sin restricción alguna, con base en la confesión.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de agosto 31 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 6810. Actor: Klaus Lemcke Schwamb) 978

IMPUESTOS. DEDUCCIONES. EXPENSAS NECESARIAS. AMORTIZACION DE INVERSIONES. DEPRECIACION.

Conceptos. Concurrencia.
(Sentencia de octubre 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10061. Actor: Juan Benavides Patrón) 1000

IMPUESTOS. CARGA DE LA PRUEBA.

Ver: Impuestos. Dirección de los contribuyentes 1010

IMPUESTOS. COMPARACION PATRIMONIAL.

Finalidad. Aplicación. Explicaciones por el contribuyente. Carga de la prueba.
(Sentencia de agosto 31 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 7262. Actor: Alberto Mesa Ochoa) 987

IMPUESTOS. CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS. RENTA LIQUIDA. DETERMINACION.

Evidentemente la exigencia contenida en el inciso 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de febrero 8 de 1975, contenido en el inciso 2o., al decir "cuando el contribuyente haga uso de las opiniones consagradas en los numerales 1o. y 2o. del mismo artículo deberá acompañar a la declaración de renta y patrimonio copia auténtica del presupuesto del contrato, etc., está en abierta contradicción con el inciso 2o. del numeral 2o. del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, norma que tiene el carácter de ley en sentido material".
Suspéndese provisionalmente la expresión "y 2o." del inciso 2o. del artículo 88 del Decreto Reglamentario 187 de febrero 8 de 1975.
(Auto de octubre 12 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 385. Actor: Héctor Julio Becerra Becerra) 178

IMPUESTOS. COSTOS. REAJUSTE.

1o. Concepto de costo (artículo 22 del Decreto 2053 de 1974.
2o. Factores. Costo de bienes depreciables.
3o. La Ley 20 de 1979 hace referencia a toda clase de bienes o activos inmovilizados y no es específica para aquellos que son susceptibles de depreciación; es una regla genérica que mira hacia el mantenimiento del valor real de los activos inmovilizados, lo cual ha de entenderse, respecto de cada bien específico, que podría aplicarse el reajuste previsto sin perjuicio de otras normas legales que prevén la determinación del costo o su regulación para los fines fiscales.
4o. Costos para determinar la renta bruta.
5o. Costos para efecto del reavalúo.
(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 7629. Actor: Alejandro Páez Murillo) 86

IMPUESTOS. DEDUCCIONES POR INVERSION EN SOCIEDADES.

La deducción a que se refiere el artículo 13 de la Ley 20 de 1979: "Sólo opera para sociedades anónimas o asimiladas, máxime que, desde que se estableció dicho estímulo a la inversión, se concebió como mecanismo de reproducción de sociedades anónimas, como se aprecia en la Ley 54 de 1977 y su Decreto Reglamentario 250 de 1978.
(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 8242. Actor: Bernardo Herrera Molina) 355

IMPUESTOS. DEPOSITOS BANCARIOS. RENTA DEL CONTRIBUYENTE.

No es justo ni jurídico el método de análisis de depósitos bancarios para determinar la renta del contribuyente.

(Sentencia de diciembre 12 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 7461. Actor: Benjamín Uribe Mantilla) 1021

IMPUESTOS. DEPRECIACION.

Ver: Depreciación.

IMPUESTOS. DESCUENTOS POR GANANCIAS OCASIONALES.

En favor de los contribuyentes que realicen inversiones de las que señala la Ley 54 de 1977. Anúlase la frase "DEBERA ACOMPAÑAR A LA DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS E INFORMACIONES" que aparece en el artículo 11 del Decreto Reglamentario 250 de 1978, el cual quedará así:
"Para tener derecho al descuento de que trata el artículo 8o. de la ley 54 de 1977, el contribuyente deberá probar los hechos en que se funde con las siguientes pruebas:
a) Copia auténtica de las escrituras de compra y venta cuando se trate de bienes raíces;
b) Certificación expedida por la sociedad en la cual conste la fecha de adquisición del título;
c) Fecha y precio de adquisición y enajenación. Nombre y NIT. del comprador. Cuando se trate de acciones no será necesario identificar el comprador;
d) Constancia expedida por la entidad en la cual se hizo la nueva inversión sobre fecha y valor de la misma; si la intervención es en acciones deberá constar, además, la fecha de la emisión;
e) Costo en 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al de la enajenación".
2o. Anúlase la frase: "SUMINISTRAR CON LA DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS E INFORMACIONES" que aparece en el artículo 17 acusado, el cual quedará así:
"Para obtener el tratamiento especial de que trata el artículo 9o. de la ley que reglamenta este decreto, el contribuyente deberá probar los hechos en que se funde con las siguientes pruebas:
a) Certificación de la sociedad en la cual conste: serie, número y fecha de adquisición de las acciones;
Cuando el contribuyente posea varios títulos representativos de acciones y los consolide en uno o varios títulos, deberá informar, certificada por la respectiva sociedad la fecha de adquisición de los títulos sustituidos;
b) Fecha y valor de la enajenación;
c) Costo fiscal en 31 de diciembre de 1977.
Parágrafo. En la aplicación del ordinal b) de la norma citada se requieren semestres cumplidos".

(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 5324. Actor: Luis Alberto Garnica Quintero) 90

IMPUESTOS. DIRECCION DE LOS CONTRIBUYENTES.

Artículo 9o. del Decreto 1651 de 1961. Finalidad. Es cierto que sí constituye indicio por lo menos contingente que al haber el actor-contribuyente cambiado de dirección de un año a otro, ello induce a suponer cambio de residencia pero es a todas luces evidente que esa suposición no autoriza para deducir o determinar sin fundamento en la ley. CARGA DE LA PRUEBA. Para el ejercicio fiscal. La interpretación correcta del artículo 64 del Decreto 1651 de 1961, que consulta su letra y su espíritu, es la de que el contribuyente sólo está obligado a demostrar que no son constitutivos de renta, los ingresos sobre los cuales exista una prueba distinta a su declaración de renta.

(Sentencia de noviembre 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Víctor Corredor Rodríguez. Expediente No. 6532. Actor: Rafael García y García) 1010

IMPUESTOS. EXENCION POR GANANCIA OCASIONAL PROVENIENTE DE LA ENAJENACION DE ACTIVOS FIJOS.

Condiciones para su aplicación (Ley 20 de 1979). GANANCIA OCASIONAL. Concepto. Determinación.
(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Expediente No. 7205) 81

IMPUESTOS. GANADERIA.

Si la ley autoriza deducir los gastos y expensas que no se hayan capitalizado, mal puede la norma reglamentaria calificar como capitalización todos los gastos y expensas realizadas durante el año que sean inferiores al mayor valor que le fijan las autoridades administrativas, por razones totalmente distintas para evitar la evasión del impuesto por el aspecto del incremento patrimonial que ello pudiera representar.
Declárase la nulidad de la frase que expresa: "QUE EXCEDAN LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DEL INVENTARIO FINAL Y EL INVENTARIO INICIAL O LA DIFERENCIA ENTRE EL INVENTARIO FINAL Y EL COSTO DE ADQUISICION SI EL GANADO FUE ADQUIRIDO DURANTE EL AÑO" del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 727 de 26 de mayo de 1980;
2o. Se anula la frase: "QUE EXCEDAN LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DEL INVENTARIO FINAL Y EL INVENTARIO INICIAL, O LA DIFERENCIA ENTRE EL INVENTARIO FINAL Y EL COSTO DE ADQUISICION SI EL GANADO FUE ADQUIRIDO DURANTE EL AÑO" del inciso 1o. del artículo 2o. de la Resolución 134 del 1o. de abril de 1980, expedida por el Ministerio de Agricultura.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de agosto 3 de 1984. Expediente No. 6990. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Actor: Rafael Arenas) 115

IMPUESTOS. INDEMNIZACION POR DESPIDO. ¿ES CONSTITUTIVA DE RENTA?

(Sentencia de noviembre 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Adinistrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Víctor Corredor Rodríguez. Expediente No. 6532. Actor: Rafael García y García) 1010

IMPUESTOS. INTERESES DE MORA. LIQUIDACION DE REVISION Y AFORO. ¿Cuándo se causan?

(Sentencia de octubre 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 10061. Actor: Juan Benavides Patrón) 1000

IMPUESTOS. PAGO PREVIO.

(Decreto 2821 de 1974. Artículo 24). La inversión sustitutiva del impuesto especial para vivienda, es opcional, opción que al tomarse no le quita el carácter de impuesto, cuyo pago debe comprobar al interponer los recursos.
(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 9053. Actor: Transporte Rápido Ochoa S.A.) 976

IMPUESTOS. PATRIMONIO BRUTO.

(Artículo 108 del Decreto 2053 de 1974). ¿Por qué está constituido?
(Sentencia de octubre 26 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 8981. Actor: Justino Antonio Saldaña) 1032

IMPUESTOS. PRESUPUESTOS PROCESALES. PAGO PREVIO.

La norma especial de la Ley 8a. de 1970 no fue derogada por el nuevo Código Contencioso Administrativo. (Decreto 01 de 1984, artículo 140).
(Auto de agosto 24 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 118. Actor: Banco Anglo Colombiano) 1009

IMPUESTO. RENDIMIENTO DE TITULOS.

¿Cuándo se causa? (Decreto Legislativo 3803 de 1982. Artículo 62).
Suspéndese provisionalmente el artículo 34 del Decreto Reglamentario 353 de febrero 14 de 1984.
(Auto de agosto 17 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 273. Actor: Alberto Martínez Méndez) 176

IMPUESTOS. RENDIMIENTO DE TITULOS.

Revócase el ordinal 4o. del auto de 17 de agosto de 1984, suplicado, y en su defecto niégase la suspensión provisional de los efectos del artículo 34 del Decreto Reglamentario 353 de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 273. Actor: Alberto Martínez Menéndez. Auto de 16 de noviembre de 1984) 214

IMPUESTOS. RENTA PRESUNTIVA. Ley 9a. de 1983. Reglamentación. Ingreso neto.

Revócase la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984.
(Auto de noviembre 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Víctor Corredor Rodríguez. Expediente No. 3. Actor: Alejandro Páez Murillo) 209

INDEMNIZACION. MONTO.

Ver: Contratación administrativa. Procedimientos.

INDEMNIZACION POR DESPIDO.

Ver: Impuestos. Indemnización por despido.

INDERENA.

Ver: Recursos naturales renovables.

INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA.

1o. Naturaleza jurídica. Norma creadora.
2o. Derecho al que debe sujetarse
3o. Contratos que celebra. Cláusulas que pueden pactarse. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO. CON CLAUSULA DE CADUCIDAD. Juez competente para conocer.
LA INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA, es una empresa comercial e industrial del orden departamental, con personería jurídica y autonomía administrativa.
(Sentencia de noviembre 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3743. Actor: Emiliano Rivera Suárez) 809

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

Ver: Contratos administrativos. Empresas industriales y comerciales.

INSUBSISTENCIA.

El artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 no podía ser derogado, modificado o suspendido por una simple Directiva Presidencial, sino por norma de igual o superior jerarquía. De suerte que, a pesar de la Directiva Presidencial, las autoridades nominadoras continuaron en ejercicio de la facultad de que las invistió el artículo 26 ibidem.
(Sentencia de julio 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7583. Actor: Armando Acevedo Quintero) 77

INSUBSISTENCIA. CADUCIDAD.

¿Cómo se cuenta?
(Auto de julio 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10476. Actor: Mabel Jaramillo Quintero) 542

INSUBSISTENCIA EN EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION Y DE CARRERA.

1o. El acto que declara insubsistente el nombramiento de un EMPLEADO PUBLICO no es susceptible de recurso alguno. Término de caducidad.
2o. La ley no ha investido a la autoridad nominadora de facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado escalafonado en CARRERA alguna. Régimen de notificación y de los recursos por vía gubernativa (Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968).
3o. El mismo principio contrario al régimen de la discrecionalidad orienta las disposiciones especiales que regulan las actuaciones de los educadores inscritos en el escalafón docente, como se desprende de lo dispuesto en los Decretos 2621 y 2277 de 1979 y 2372 de 1981. PERSONAL DOCENTE INSCRITO EN EL ESCALAFON.
(Sentencia de septiembre 11 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10480. Actor: Severo Mulato) 246

INSUBSISTENCIA EXISTIENDO PRESENTACION DE RENUNCIA.

Ver: Renuncia. Presentación.

INTERESES SOBRE REAJUSTES.

Ver: Contratos administrativos. Reajustes.

INTERVENCION DE TERCEROS EN PROCESOS DE SIMPLE NULIDAD Y EN PROCESOS ELECTORALES. Diferencias.

a) El Código Contencioso Administrativo en su artículo 16 sobre intervención de terceros, previene que en los procesos de simple nulidad "Cualquier persona podría pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora".
Y agrega: "En los demás procesos, el derecho de intervenir como parte adhesiva se le reconocerá a quien acredita un interés directo en las resultas del proceso".
(Auto de octubre 30 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 1119. Actor: César Enrique Riascos) 1122

INTERVENCION DEL ESTADO EN ECONOMIA. Artículo 120, numeral 14 de la Constitución Nacional.

1o. La función ejercida por el Presidente de la República en ejercicio de lo preceptuado en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución es de naturaleza administrativa y no legislativa.
2o. Los DECRETOS AUTONOMOS no son sustitutivos de la ley.
3o. Finalidad de la intervención del numeral 14 del artículo 120 ibidem.
4o. INTERMEDIARIOS FINANCIEROS. Protección del ahorro privado.
Declárase la nulidad del Decreto 3381 de 1981 expedido por el señor Presidente de la República, por el cual se regulan las actividades de los Fondos de Empleados como personas jurídicas que manejan ahorro privado. (Reiteración jurisprudencial).
(Sentencia de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4556. Actor: Carlos Díaz) 102

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS PROCESOS ARBITRALES.

INTERVENCION EN POLITICA.

Ver: Funcionarios públicos. Intervención en política.

J

JUEZ.

Obligaciones en las pruebas y corrección de errores.
(Sentencia de noviembre 9 de 1984. Sección Tercera. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3743. Actor: Emiliano Rivera) 809

JUICIOS DE POLICIA Y SANCIONES QUE IMPONGA EL TRIBUNAL DISCIPLINARIO.

La jurisdicción contencioso administrativa no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario. (Artículo 82 del Decreto No. 1 de 1984).

(Auto de noviembre 30 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 4585. Actor: José Francisco Quesada). 1135

JUICIOS DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARACTER LABORAL. COMPETENCIA.

Artículos 128, 131 y 132 del Decreto No. 1 de 1984. CUANTIA.
La determinación de la cuantía sólo sirve para establecer si el negocio tiene una sola instancia, en el tribunal, o en segunda ante el Consejo de Estado; o sea que no sirve para determinar la competencia del tribunal, que de todos modos la tiene, sea en única o en primera instancia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 19 de julio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 11463. Actora: Hilda Petrona Cordero de Gómez). 340

JUICIOS ELECTORALES. TRAMITE.

Ver: Procesos electorales.

JUNTA ASESORA Y DE CONTRATOS, JUNTA DE PLANEACION DISTRITAL, JUNTA DE COMPRAS.

Ver: Administración distrital.

JUNTAS DIRECTIVAS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.

Ver: Administración distrital.

JURISDICCION COACTIVA. TITULO EJECUTIVO. RESOLUCIONES EJECUTIVAS SOBRE LIQUIDACION DEFINITIVA DE CONTRATOS CELEBRADOS POR LA NACION. MANDAMIENTO DE PAGO. ACTUALIZACION DEL VALOR DE LA DEUDA CON OCASION DE LA DEVALUACION MONETARIA.

La jurisprudencia respalda y ha ordenado aplicar el reajuste monetario cuando quiera que se ha solicitado y reconocido el derecho a la indemnización de perjuicios. Pero de ahí a aceptar que pueda complementarse un título ejecutivo con el reajuste monetario y conferirle a este mismo pretendido reajuste un carácter de inmediata ejecución hay mucha diferencia. TEORIA DE LA INDEXACION.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de noviembre 30 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Víctor Corredor Rodríguez. Expediente No. 10413. Actor: La Nación - Compañía Aseguradora Colseguros S.A. (Pavimentaciones Asfálticas Ltda. y Pavimentos Unidos Ltda.). 1042

JURISDICCION ROGADA.

En el sistema contencioso administrativo, la oficiosidad no protege a la acción, pero sí a la excepción.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3551. Actor: Juan Benildo Riascos Caicedo). 707

LAUDO ARBITRAL.

Competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer sobre él (artículo 128, numeral 12 del nuevo Código Contencioso Administrativo. Decreto No. 1 de 1984). CLAUSULA COMPROMISORIA. (Artículo 66 del Decreto No. 150 de 1976). El artículo 665 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el numeral 3o. del 664 es la regla general, aplicable en aquellos casos en que no exista disposición legal en contrario. El artículo 66 del Decreto 150 de 1976 no puede entenderse como modificatorio del mencionado Código de Procedimiento Civil sino como una norma especial para los contratos de la administración, sujetos, en principio, a las reglas especiales diferentes a las del derecho privado. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS PROCESOS ARBITRALES. 1o. Artículo 19 de la Ley 167 de 1941. La especificidad y especialidad de la norma no permite analógicamente su aplicación en esfera diferente a la de la jurisdicción administrativa. De allí que esa intervención tanto durante el trámite del proceso arbitral como dentro del seguido en el recurso de anulación (caso *sub-júdice*), al no estar requerida por la ley en aquel entonces (Decreto No. 150 de 1976), no configura la causal alegada. 2o. Con la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, el recurso de anulación de los laudos susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción administrativa (artículo 128 del numeral 12) tendrá que tramitarse así mismo con intervención del fiscal del Consejo, ya que para el efecto deberá notificarse personalmente todas las providencias que en su desarrollo se dicten (artículo 127 ibídem).
(Sentencia de agosto 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 3546. Actor: Fondo Vial Nacional. Atuesta Guarín Pombo Ltda.) 1073

LEY. INTERPRETACION.

No es posible de conformidad con las reglas de interpretación de las leyes, desatender al tenor literal de las mismas so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 C.C.) o cambiar el sentido natural y obvio de las palabras según el uso general de las mismas. (Artículo 28 ibídem), para darle otro entendimiento.
(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 7205. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga) 80

LEYES CUADRO.

En cuanto al valor dentro de la jerarquía de la norma jurídica estas leyes tienen las mismas fuerzas vinculantes de las leyes ordinarias. El Ejecutivo ejercita como atribución constitucional propia con poderes que naturalmente comprenden la derogación o modificación de las leyes que quedan dentro de su órbita las funciones que le otorga la Ley Cuadro.
(Sentencia de agosto 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4108. Actor: Francisco J. Fuentes Noguera) 377

LIGAS DEPORTIVAS MILITARES. OBLIGACION DE AFILIARSE A LA FEDERACION NACIONAL CORRESPONDIENTE DE CADA DEPORTE.

En razón de dicha obligación el representante de la Liga será quien la puede representar en las Asambleas ordinarias o extraordinarias de la respectiva federación, salvo el

caso previsto en el parágrafo 1o. del artículo 11 del Decreto 1387 de 1970. REPRESENTACION DE UN CLUB O LIGA DISTINTA DE LA MILITAR. Los militares no pueden representar a un club o liga distinta de la militar, por la forma especial en que está regulada su actividad deportiva, de igual manera no pueden los civiles representar a los militares en sus actuaciones deportivas.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 9 de junio de 1980. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 1376. Consulta formulada por el señor Ministro de Educación Nacional y autorizada su publicación de conformidad con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo) 9

LIMITES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.

El Senado de la República es el competente para dirimir las dudas que se presenten en aspectos relacionados con los límites de las entidades territoriales. (artículo 4o. de la Ley 62 de 1939).
(Concepto de noviembre 23 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2134. Consultas del Gobierno. Formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías. Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. Autorizada en noviembre 28 de 1984) 57

LIMITES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.

(Salvamento de voto).
1o. La Ley 78 de 1981, por ser posterior y especial pudo modificar el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1931 que específicamente señaló los linderos de la Comisaría del Amazonas.
2o. Linderos entre el departamento del Caquetá y la Comisaría del Amazonas. Verificación.
(Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo, al concepto de noviembre 23 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Radicación No. 2134. Formulada por DAINCO y autorizada su publicación en noviembre 28 de 1984) 59

LIQUIDACION DE PERJUICIOS. PRUEBAS.

La condena *In-genere* obedece a deficiencias de las pruebas con las que se pretendió concretar el juicio. Así, en otros términos, con ese tipo de condena se le abre la posibilidad a la parte favorecida con el fallo para que las mejore, obviamente con la petición y práctica de otros que no figuraban en el proceso. No se puede, entonces, pretender que en el incidente el juzgador haga una nueva evaluación del acervo ya estimado en la sentencia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de noviembre 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 2668. Actor: Alvaro Flórez Bernal) 1128

LIQUIDACION DE REVISION. INTERRUPCION DEL TERMINO PARA PRACTICAR LA LIQUIDACION DE REVISION CON OCASION DE LA NOTIFICACION DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL.

Es una interrupción plena con un alcance administrativo y no procesal.
Es lógico, es elemental, es necesario que vencido el término que tiene el contribuyente para la respuesta, vuelvan a contarse los términos cuyo transcurrir se había suspendido. REQUERIMIENTO ESPECIAL. Razón de ser de esta institución.
(Sentencia de septiembre 28 de 1984. Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 00257. Actor: Vicente Pizarro 1037

MARCAS. CANCELACION.

Por causa de la caducidad. Competencia para efectos de oposición al registro de marcas.
Declárase la nulidad de la Circular número 10 de 24 de octubre de 1979 dictada por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de agosto 17 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4579. Actor: Ramiro Castro Duque y Augusto Hernández Becerra) 387

MARCAS. REGISTRO. OPOSICION.

Reiteración jurisprudencial. Procedimiento. El mismo procedimiento está determinando que la administración no puede voluntariamente fijar otro distinto por cuanto su actividad está reglada. Artículos 587 a 597 del Código de Comercio.
Decrétase la nulidad de la Resolución No. 541 de 18 de marzo de 1981 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio (Jefe de la División de Propiedad Industrial).
(Sentencia de agosto 17 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4526. Actor: Fábrica de Productos de Caucho "Eterna" S.A.) 370

MEDIOS DE COMUNICACION. POLITICA DE COMUNICACIONES. ADOPCION.

Ver: Contratos de concesión para la prestación del servicio de correspondencia pública o privada.

MEDIOS DE COMUNICACION. RADIODIFUSION.

Ver: Acto administrativo. Elementos esenciales.

MEDIOS DE COMUNICACION. TELEVISION.

Ver: Contratos de arrendamiento de espacios de televisión.

MERCANCIAS. ENTREGA.

1o. Es bien cierto que el artículo 18 del Decreto 849 de 1979 trata de la ENTREGA DE MERCANCIAS importadas mediante el sistema de actas, también es evidente que no alude a mercancías que se encuentren en ZONAS FRANCAS. 2o. REGLAMENTOS GENERALES DE ADUANA. ¿Quién los expide? Facultad de quien los expide. Si los reglamentos en cuestión únicamente pueden emanar del Director General de Aduanas, un funcionario de inferior categoría a él no tiene competencia para derogar, suspender u ordenar la no aplicación, total o parcial de ellos.
Declárase la nulidad de la totalidad de la Circular No. 2943 de 11 de febrero de 1981, emanada de la División Legal de la Dirección General de Aduanas y dirigida a la Aduana Nacional de Cartagena.
(Sentencia de agosto 3 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velásco. Expediente No. 4462. Actor: Hernán Gómez Piedrahita) 360

MERCANCIAS. NACIONALIZACION.

1o. El estatuto penal aduanero instituye, que cuando en los documentos allegados para la nacionalización de mercancías se haya hecho figurar precios inferiores a los normales, se impondrán las sanciones administrativas contempladas en los reglamentos de aduana que, como tales, son de competencia de las autoridades de esa rama. 2o. Subfacturación. 3o. Competencia para sancionar la inexacta facturación en las importaciones en el evento de la no demostración de giro indebido, operación cambio exterior. ¿A quién corresponde? 4o. Las infracciones propiamente cambiarias, están específicamente asignadas a la Superintendencia de Control de Cambios .
Declárase la nulidad de la Resolución No. 442 de mayo 10 de 1982, expedida por el Superintendente de Control de Cambios.
(Sentencia de agosto 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4108. Actor: Francisco J. Fuentes Noguera) 376

MILITARES. CURSO DE INFORMACION MILITAR Y CURSO PARA ESTADO MAYOR.

Concepto. Diferencias y consecuencias.
(Sentencia de septiembre 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 7176. Actor: Rodrigo Martelo Villarreal) 242

MILITARES. LIGAS DEPORTIVAS.

Ver: Ligas deportivas.

MINAS POR ACCESION. SUELO. PROPIEDAD. ALCANCE DE LA ACCESION DE MINAS AL PROPIETARIO DE LA SUPERFICIE.

No basta ser dueño del suelo para señalar que también lo es sobre las minas, por la aplicación del principio *accessorium sequitur principale*. ACCESION A LA LUZ DE LA LEY 20 DE 1969. DERECHO DE ACCESION. No es absoluto. DERECHO SOBRE UNA MINA POR ACCESION. PODER SOBRE ELLA.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 20 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2872. Actor: Cementos del Nare S.A. Con salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 260

MONEDA. REGULACION.

La regulación de la moneda en general y en especial de su volumen en circulación, es materia de competencia del legislador conforme al artículo 76 que dice: "Corresponde al Congreso hacer las leyes".
"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: . . .
"15. Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas".
(Sentencia de noviembre 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente No. 7747. Actor: Miguel González Rodríguez) 166

MULTAS. CUANTIA.

Fijación de la cuantía como factor de competencia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de julio 10 de 1984.

Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 3836. Actor: Compañía Agropecuaria Industrial Pajonales Ltda.) 1088

N

NACIONALIZACION DE MERCANCIAS.

Ver: Mercancías. Nacionalización.

NORMA JURIDICA DE CARACTER GENERAL. VIGENCIA.

Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo, para que la jurisdicción contencioso administrativa deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presente contra ella. (Reiteración jurisprudencial). IMPUESTO DE DELINEACION URBANA. Definición.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de agosto 27 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente No. 9524. Actor: Emiliano Castro y otros) 606

NORMAS SUPRANACIONALES.

Frente a las normas constitucionales y a los principios políticos sustentadores que caracterizan el Estado colombiano. Reiteración jurisprudencial.
Decrétase la nulidad de la Resolución No. 541 de 18 de marzo de 1981 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio (Jefe de la División de Propiedad Industrial).
(Sentencia de agosto 17 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4526. Actor: Fábrica de Productos de Caucho "Eterna" S.A.) 370

NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

No es potestativo de la autoridad administrativa proceder o no a la notificación, pues el conocimiento de los actos que interesen a un particular o a un tercero es condición de seguridad jurídica. Efectos de su omisión. Reglamentación en el nuevo Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto No. 1 de 1984.
(Sentencia de agosto 17 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4526. Actor: Fábrica de Productos de Caucho "Eterna" S.A.) 370

NULIDADES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (165 del Código Contencioso Administrativo. Decreto No. 1 de 1984). Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Por disposición del artículo 165 del actual Código Contencioso Administrativo los únicos motivos que generan la nulidad del proceso contencioso son los taxativamente numerados en dicha norma, luego el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional sólo surge cuando se dan algunas de las causas consagradas en la citada norma del referido estatuto y no siempre que exista alguna irregularidad distinta en su trámite.
(Auto de octubre 30 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 10.847. Actor: Luis Gabriel Acosta Alvarez) 1124

NULIDAD PROCESAL. VIOLACION DEL DERECHO DE DEFENSA.

Artículo 113. Ley 167 de 1941. Ordinal 3o. Se refiere este ordinal a quienes son partes en el proceso y no a quienes deberían serlo, como sí lo hace el numeral 9o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, artículo 207, Decreto No. 1 de 1984. Auto admisorio de la demanda. Notificación. NULIDAD PROCESAL. (Reiteración auto de abril 30 de 1984).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de julio 13 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 9124. Actor: Edgar Londoño Mejía) 1092

O

OCUPACION TEMPORAL Y PERMANENTE SOBRE INMUEBLES POR TRABAJOS PUBLICOS.

El Decreto No. 1 de 1984, superó cualquier discusión sobre la materia al regular, dentro de las acciones, la de reparación directa, y entre ésta todas las que se derivan, por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos (artículo 86). Caducidad.
(Sentencia de agosto 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2724. Actor: Rodrigo Gómez Rago y otros). Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 661

OCUPACION TEMPORAL Y PERMANENTE SOBRE INMUEBLES.

(Salvamento de voto).
1o. Competencia (antes del Decreto No. 1 de 1984) de la Juridicción ordinaria para conocer sobre la ocupación permanente por trabajos públicos y de la jurisdicción contencioso administrativa por ocupación temporal por trabajos públicos. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado).
2o. Competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a partir del nuevo Código Contencioso Administrativo. (Decreto No. 1 de 1984), para conocer sobre la ocupación temporal y permanente por trabajos públicos, y NO CUANDO SE DEBATA EL DOMINIO DE LA PROPIEDAD.
(Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de agosto 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2724. Actor: Rodrigo Gómez Rago y otros) 669

ORDENES JUDICIALES.

Desconocimiento. Sanciones. Omisión de su cumplimiento.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3551. Actor: Juan Benildo Riascos Caicedo) 707

P

PARTIDOS POLITICOS. AUTONOMIA.

Ver: Partidos políticos. Representación proporcional.

PARTIDOS POLITICOS. REPRESENTACION PROPORCIONAL.

Al establecer la parte permanente de esta norma, artículo 172 de la Constitución Nacional, el funcionamiento de la democracia representativa, fija un objetivo y señala un sistema para alcanzarlo. El objetivo es el mismo que viene desde 1910: la representación proporcional de los partidos. El sistema, EL DEL CUOCIENTE ELECTORAL. *(Sentencia de noviembre 13 de 1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091. Actor: Nelson Amaya y José Domingo Restrepo. Salvamento de voto de los doctores Jorge Valencia Arango y Carlos Betancur Jaramillo)* 836

PARTIDOS POLITICOS. REPRESENTACION PROPORCIONAL.

(Salvamento de voto).
1o. El constituyente no sólo anhela la representación proporcional sino que la quiere en forma imperativa y desde que la consagró como derecho ha creado los mecanismos para hacerla efectiva, una veces difiriendo esa misión a la ley y otra, como sucede desde la reforma de 1968, imponiendo esa regulación en la misma Constitución.
2o. Evolución legislativa.
Acto Legislativo No. 3 de 1910. Artículo 45.
Acto Legislativo No. 1 de 1936. Artículo 173.
Acto Legislativo No. 1 de 1945. Artículo 77.
Reforma Plebiscitaria de 1957.
Reforma de 1968.
Norma Constitucional vigente (Artículo 172 de la Constitución Nacional).
3o. El constituyente contempló la representación proporcional, como una garantía democrática y como un derecho público.
4o. Si en el artículo 172 de la Constitución Nacional se sienta la regla de la proporcionalidad como derecho de los partidos en contienda el resto de la norma, que sólo la desarrolla o hace efectiva no puede producir un efecto diferente que contradiga esa proporcionalidad.
No tendría ningún sentido que el mismo constituyente hubiera sentado la regla de la proporcionalidad y hubiera permitido en su mismo texto su desconocimiento.
5o. Los partidos son unidades programáticas. Las ideas o su bandera son su único aglutinante cuando, como en el caso colombiano, no tienen estructura formal ni personería jurídica. Pero su unidad no se rompe con su división material en listas, porque ellas no pierden el vínculo con su centro que es el partido.
6o. Cuando se reconoce el derecho a la representación proporcional o a una determinada representación (caso de la paridad) está implícita la regla de que la adjudicación tendrá que hacerse teniendo en cuenta los votos emitidos por las listas de cada partido. Si así no fuere, esa representación quedaría como un simple *desideratum*.
(Salvamento de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo, a la sentencia de la Sala Plena de noviembre 13 de 1984, en la que fue ponente el doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091. Actores: Nelson Amaya y José Domingo Restrepo Gómez) 888

PARTIDOS POLITICOS. REPRESENTACION PROPORCIONAL.

(Salvamento de voto).
1o. La representación de las corporaciones públicas en la historia colombiana.
2o. La Constitución de 1886 tampoco garantizó la representación de las minorías y en cuanto al derecho del sufragio la reglamentó en forma restringida.
3o. Acto Legislativo No. 8 de 1905, artículo 4o. Consagró la representación política de las minorías. (Artículo 7o.). Aplicación de esa regla en la elección de diputados a las Asambleas.

4o. Acto Legislativo No. 3 de 1910, consagra la representación proporcional de los partidos.
5o. Acto Legislativo No. 1 de 1945. Artículo 77.
6o. Reforma plebiscitaria de 1957. Se introdujo una modificación transitoria hasta 1974, pero fue sustituida por la reforma de 1968.
7o. Acto Legislativo No. 1 de 1968. Artículo 50. Dispuso cómo quedaría el artículo 172 de la Constitución Nacional.
8o. Lo primero que el Constituyente garantiza es la representación proporcional de los partidos y luego garantiza la adjudicación de los puestos a las distintas listas de cada partido según el cuociente electoral. La regla de oro no es otra que la de: a mayor voto, mayor representación.
9o. No puede funcionar una democracia en la cual es posible que la totalidad de la representación política se la lleve un partido minoritario, por simples divisiones mecánicas, artificios, calculados y artificiales.
10. Con la tesis de la representación proporcional de los partidos, NO EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE UN PARTIDO MAYORITARIO SE QUEDE SIN REPRESENTACION EN LAS CORPORACIONES PUBLICAS.
(Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de noviembre 13 de 1984. Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 11091. Actor: Nelson Amaya y José Domingo Restrepo Gómez) 870

PATENTES DE INVENCION.

1o. Las pequeñas diferencias sustanciales entre las dos legislaciones relativas al otorgamiento de las patentes de invención (Ley 31 de 1925 y Código de Comercio actual), es obvio que la legislación aplicable no puede ser la anterior al otorgamiento, sino la vigente a la hora de conceder la patente, es decir, al momento del nacimiento del privilegio industrial, según el principio general que repite con tanta frecuencia la Ley 153 de 1887. (Artículos 20, 23, 26, 32, 35, 36 y 37).
2o. En el ordenamiento legal colombiano esencial en materia de patentes de invención. La regulación se acentuó más y se desarrolló mejor con lo preceptuado por el inciso 3o. del artículo 31 de la Constitución Nacional, que corresponde al artículo 4o. del Acto Legislativo No. 3 de 1970. LA DECISION 85 DEL ACUERDO DE CARTAGENA, incorporada a la legislación nacional por el Decreto No. 1190 de 1978, contiene previsiones semejantes a las del Código de Comercio en cuanto a la NOVEDAD DE LAS INVENCIONES.
(Sentencia de septiembre 26 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4198. Actor: Cabot Corporation) 414

PATRIA POTESTAD.

Ver: Emancipación.

PENSION DE JUBILACION A EMPLEADOS QUE PRESTARON SUS SERVICIOS A AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. (AVIANCA) Y QUE FUERON INCORPORADOS A LA EMPRESA COLOMBIANA DE AERODROMOS.

1o. Tendrán derecho a que se les compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo de servicio a la Nación (Ley 7a. de 1961, artículo 1o.).
2o. Requisitos.
3o. Reintegro o compensación a la Caja Nacional de Previsión Social.
(Sentencia de noviembre 22 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7249. Actor: Germán Rincón López) 463

PENSION DE JUBILACION. BENEFICIO DEL ARTICULO 13 DE LA LEY 50 DE 1886. TEXTOS DE ENSEÑANZA Y PERIODICOS PEDAGOGICOS O DIDACTICOS.

1o. El artículo 13 citado, se refiere a la autoría de textos de enseñanza, admitidos como tales, valiéndolos como dos años de servicios en la instrucción pública. Es decir, que pueden ser acumulados al tiempo de servicios al Estado, sin ninguna limitación.
2o. Requisitos exigidos para que las obras equivalgan a dos años de servicio.
(Sentencia de noviembre 28 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 8435. Actor: Julián Pérez Medina) 559

PENSION DE JUBILACION EN PERSONAL DOCENTE. LIQUIDACION Y REAJUSTE.

1o. Qué se entiende por último año de servicios, cuando el docente con status de pensionado se reincorpora al servicio?
2o. Reajuste. La Ley 4a. de 1976 es una norma de carácter permanente, aplicable a las pensiones liquidadas antes y dentro de su vigencia. Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste.
3o. Revalorización de la pensión ¿Cómo se consigue?
NOTA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de abril 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7748. Actora: Zenaida Reyes Rodríguez. (No. Sistemático Relatoría 0731-84).
(Sentencia de agosto 17 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10500. Actor: Irma Lozano de Yáñez) 565

PENSION DE JUBILACION. ENTIDAD QUE DEBE PAGAR.

Esta queda totalmente a cargo de la última entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado el beneficiario o de la última entidad en donde haya prestado sus servicios con derecho a reembolso de las cuotas partes que deban contribuir otros organismos.
(Sentencia de noviembre 28 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 8435. Actor: Julián Pérez Medina) 559

PENSION DE JUBILACION. MILITARES. TIEMPOS DOBLES DE SERVICIO.

¿Los servicios militares pueden sumarse a los civiles para conseguir la pensión? Normas excepcionales sobre tiempos dobles.
(Sentencia de agosto 3 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7391. Actor: Ariel Gómez Rico) 231

PERENCION DEL PROCESO.

Para que se configure no es suficiente la simple inactividad objetiva de la parte actora. Se requiere que incumpla una obligación procesal a su cargo, y que el incumplimiento se prolongue por seis meses.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Auto de 4 de octubre de 1984. Expediente No. 3575. Actor: Hernando Enrique Reparato Ortegón y otros) 1113

PERENCION DEL PROCESO FRENTE AL ESTADO.

(Auto de octubre 18 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 3466. Actor: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) 1112

PERIODO PARA DESEMPEÑO DE CARGOS.

(Sentencia de diciembre 18 de 1984. Sección Segunda. Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 7174. Actor: Milo G. Bolaños) 574

PERSONAL DOCENTE INSCRITO EN EL ESCALAFON.

Ver: Insubsistencia en empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera.

PERSONAL DOCENTE. PENSION DE JUBILACION.

Ver: Pensión de jubilación en personal docente. 565

PERSONAL DOCENTE. TRASLADO.

Ver: Docentes. Traslados.

PERSONAS JURIDICAS Y NATURALES.

Artículos 12, 50, 76, numeral i) y 2o. de la Constitución Nacional).
Las materias en los artículos señalados, no son de los comprendidos en el numeral 14 del artículo 120 de la Carta Política. Razones.
(Sentencia de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4556. Actor: Carlos Díaz) 102

PODER. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.

Ver: Recurso extraordinario de anulación.

PODERES.

Presentados ante el Consulado General de Colombia. Requisitos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3755. Actora: María Medina de Galue) 646

POLICIA NACIONAL. INSTITUCIONES. FUNCIONES.

Ver: Responsabilidad extracontractual. Falla en el servicio en la Policía de Tránsito.

POTESTAD REGLAMENTARIA.

Concepto. Finalidad. Alcance. Limitaciones.

(Sentencia de noviembre 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4429. Actor: Herney Ramírez Zapata) 160

POTESTAD REGLAMENTARIA.

No está a cargo de los ministros ni funcionarios administrativos. Ver: Impuesto de timbre sobre facturación comercial. 160

PRECIOS. FIJACION.

Ver: propina voluntaria.

PREJUDICIALIDAD PENAL.

Ver: Responsabilidad extracontractual. Prejudicialidad penal.

PRESTACIONES SOCIALES DE LOS EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

Es cierto que ninguna disposición del Decreto-Ley 1045 de 1978 se refiere a las prestaciones de estos empleados; pero se trata de una omisión que se remedia reconociéndoles las mismas prestaciones sociales que la ley prescribe para los de la Administración Nacional, como lo hace el Decreto-Ley 3135 de 1968. PRIMA DE VACACIONES. Empleados PROSOCIAL. Decreto-Ley No. 1045 de 1978. Artículo 24.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 8 de noviembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Radicación No. 2135. Autorizada su publicación mediante Oficio No. 43789 de diciembre 11 de 1984). 64

PRIMA DE ACTIVIDAD.

(Ramo de Defensa).
1o. Tuvo el carácter de salario. (Decreto Extraordinario No. 188 de 1968). Para empleados civiles.
2o. Ley 131 de 1961, la creó en beneficio del "personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo" y "del personal civil al servicio de las Fuerzas Militares" con exclusión del "personal de la Justicia Penal Militar". (Decreto No. 188 de 1968).
3o. Evolución para efectos de cómputo. ¿A quiénes excluyó esta norma?
¿A qué será equivalente?
4o. Expedición del Decreto Extraordinario 2339 de 1971. Consecuencias. En su artículo 82 enumeró los partidos computables al liquidar prestaciones sociales, sin mencionar entre ellas la prima de actividad.
(Sentencia de noviembre 22 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10720. Actor: Livio De La Espriella). 255

PRIMA DE ANTIGUEDAD.

1o. Ingreso de un servidor de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público sin solución de continuidad al servicio de la Rama Ejecutiva. Implicaciones. (Decreto-Ley 1042 de 1978 y 540 de 1977). Vinculación sólo por tres meses. Consecuencia. (Artículo 8o. inciso 1o. del Decreto 454 de 1984).
2o. Ingreso al servicio de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de un empleado de la Rama Ejecutiva.
3o. Relaciones entre Rama Jurisdiccional y Ministerio Público. Legislación. (Decreto 454 de 1984. Decreto-Ley 1231 de 1973. Artículo 4o. —Artículo 5o.—, Decreto Reglamentario 2757 de 1973. Artículo 5o., Decreto-Ley 542 de 1977. Artículo 3o., Decreto-

Ley 911 de 1978 —artículo 5o.—, Decreto-Ley 717 de 1978.
4o. Pérdida de la prima de antigüedad.
(Concepto de mayo 22 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2065. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Justicia y autorizada su publicación en julio 17 de 1984, recibida en relatoría en agosto 1o. de 1984) 30

PRIMAS DE ANTIGUEDAD.

No pueden pedirse en cualquier tiempo, pues éstas también prescriben a los tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, lo cual ciertamente no sucede con el derecho a impetrar la pensión de jubilación que no caduca, aunque sí prescriben las respectivas mesadas pensionales. PERDIDA DE LOS INCREMENTOS SALARIALES POR ANTIGUEDAD.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de diciembre 5 de 1984. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 7466. Actor: Leonor Cárdenas de Pardo) 486

PROCESO DISCIPLINARIO.

Cuando tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, la administración resuelve investigar sus actuaciones y adelantar proceso disciplinario, éste debe culminar absolviéndose o sancionándolo según los resultados, más no declarándolo insubsistente.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de agosto de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 7344. Actor: Willian Darío Alzate Rendón) 238

PROCESO DISCIPLINARIO Y PROCESO PENAL.

Es posible que unos mismos hechos den lugar a investigaciones de carácter disciplinario y también penal, sin que en esa eventualidad la acción disciplinaria dependa de los resultados del proceso penal, porque bien puede ocurrir que la conducta, sancionable disciplinariamente, no constituya delito.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 18 de diciembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 9911. Actor: Gustavo Rodolfo Rojas Barrantes) 537

PROCESO PENAL.

Ver: Proceso disciplinario.

PROCESOS DE REPARACION DIRECTA Y DE RESTABLECIMIENTO. CUANTIA DE TERMINACION.

Artículo 131 del Código Contencioso Administrativo. Artículo 20, numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil.
1o. Cuando en el proceso administrativo se presenta una acumulación de pretensiones en la demanda o se da una acumulación de procesos, la situación queda gobernada por el estatuto procesal civil (artículo 20, numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil), tanto en el aspecto de la cuantía como en las demás. Los accesorios no causados o, mejor, las pretensiones sobre accesorios no causados al momento de la presentación de la demanda, no pueden incluirse en el estimativo de la cuantía para efectos de competencia.

2o. 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.
3o. 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.
4o. En caso de varios demandantes, la cuantía de la condena deberá hacerse separadamente, como si fueran procesos distintos.
5o. En los asuntos de reparación directa o de restablecimiento, los perjuicios deben tomarse como una sola pretensión, incluyendo dentro del concepto los morales y los materiales y en estos, el lucro cesante y el daño emergente. Estos factores no constituyen pretensiones diferentes.
(Auto de julio 11 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4141. Actor: Beatriz Rodríguez de Soto) 1097

PROCESOS ELECTORALES.

Tienen un trámite especial y propio en la segunda instancia regulado en los artículos 250 y 251 del Código Contencioso Administrativo. RECURSO DE APELACION. Control sobre su procedibilidad.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 6 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 1119. Actor: César Enrique Riascos. (Electoral) 1142

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. MINISTERIO PUBLICO.

1o. ¿Por quién es ejercido?
2o. Funciones generales de los funcionarios del Ministerio Público.
3o. SUPERVIGILANCIA DE LA CONDUCTA OFICIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS.
4o. Funciones del Procurador General de la Nación. Legislación vigente.
5o. SUBALTERNOS DEL CONGRESO. Están cobijados por las mismas normas disciplinarias de todo empleado de la administración (Ley 28 de 1983).
(Concepto de julio 6 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 2098. Consultas del Gobierno. Formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y autorizada su publicación en julio 17 de 1984) 20

PROPINA VOLUNTARIA.

Debe especificarse en la factura o recibo que ésta tiene tal carácter y no el de obligatorio, para no inducir al cliente en error. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Vigilancia y control de precios que establezcan los Ministerios y demás entidades competentes. FIJACION DE PRECIOS en listas o en los bienes mismos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de junio 29 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente No. 4595. Actor: Alejandro Bula O.) 334

PROTECCION DE LA INDUSTRIA Y DEL TRABAJO NACIONALES.

Decreto 1356 de 1984, es manifiestamente violatorio del artículo 5o. de la Ley 19 de 1982, del artículo 1o. del Decreto-Ley 222 de 1983 y de los 14 artículos de la Ley 48 de 1983, en consecuencia, se suspende provisionalmente.

(Auto de 19 de diciembre de 1984. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Miguel Betancur Rey. Expediente No. 4819. Actor: Guillermo Chaín Lizcano) 181

PRUEBA DOCUMENTAL TRASLADADA.

Requisitos para su aceptación. (Artículo 181 del Código de Procedimiento Civil).
(Sentencia de agosto 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3383. Actor: Florentino y Miguel Antonio Ruiz. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 398

PRUEBA DOCUMENTAL.

(Salvamento de voto). La sentencia aún en el caso de encontrar algunas irregularidades en la producción de los documentales, estaba en la obligación de "MEJOR PROVEER" para allegarlas en debida forma.
(Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de agosto 23 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3383. Actor: Florentino y Miguel Antonio Ruiz) 411

PRUEBA OFICIOSA.

Régimen en el Decreto No. 1 de 1984.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 12 de diciembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 168. Actor: Grupo Financiero del Estado) 1145

PRUEBA TRASLADADA.

Ha sido unánime la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional sobre la eficacia de las pruebas practicadas en un proceso y llevadas a otro, en la oportunidad legal sin más exigencias, pero siempre que en ambas se trate de hechos controvertidos por las mismas partes... Pero si al primer proceso no concurrió una persona natural o jurídica y ella aparece como demandada en el segundo, las pruebas trasladadas a éste deben ser ratificadas para que adquieran pleno valor (Reiteración jurisprudencial).
(Sentencia de diciembre 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 3594. Actor: Gloria Lucía Cárdenas) 732

PRUEBAS. CARGA DE LA PRUEBA.

Ver: Carga de la prueba.

R

RECURSO DE ANULACION.

Ver: Recurso de súplica y recurso extraordinario de anulación.

RECURSO DE SUPLICA. TECNICA DEL RECURSO.

Artículo 2o., Ley 11 de 1975. Requisito de Ley. Por jurisprudencia no podía establecerse más requisitos.

(Salvamento de voto del conjuez doctor Fernando A. Garzón León Gómez. Expediente No. 11070) 1160

RECURSO DE SUPLICA Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.

No se pueden intentar dos recursos extraordinarios contra la misma sentencia.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de agosto 31 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez. Expediente No. 30. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. (Recurso de anulación).) 1103

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. PODER.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de noviembre 23 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 11924. Actor: José Darío Alfred Jauregui) 1081

RECURSOS NATURALES.

Ver: Fauna silvestre.

RECURSOS NATURALES RENOVABLES.

1o. Corresponde al Estado la regulación, preservación y manejo de todo lo concerniente a los recursos naturales renovables (Decreto 2811 de 1974).
2o. Aguas. División. Cauces: Alteración. INDERENA. Naturaleza jurídica. Finalidad.
(Sentencia de septiembre 6 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 2637. Actor: Sociedad "Villegas Jaramillo Cía S. en C.) 688

REGIMEN DISCIPLINARIO PARA LOS EMPLEADOS DEL SENA.

(Decreto 1950 de 1973).
(Concepto de octubre 31 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2128. Formulada por el Ministro de Gobierno) 69

REGIMEN LEGAL DISCIPLINARIO. ESTUDIANTES UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. ACUERDOS NUMEROS 101 DE 1977 Y 37 DE 1979.

Análisis del procedimiento que debe seguirse para la investigación de las faltas y la obligación de practicar las pruebas solicitadas por los sancionados.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 24 de julio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V. Expediente No. 4032. Actor: Hernando Perdomo Blanco) 312

REGLAMENTOS GENERALES DE ADUANA.

Ver: Mercancías. Entrega.

RENUNCIA.

Ver: Cargos directivos. Ministerios.

RENUNCIA.

Aceptación: Consecuencias de la aceptación una vez vencido el término (artículo 113 del Decreto 1950 de 1973).

(Sentencia de diciembre 19 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 9088. Actor: Estanislao Carpio Bocanegra) 498

RENUNCIA. PRESENTACION. INSUBSISTENCIA.

El hecho de que un empleado haya presentado renuncia de su cargo no impide a la autoridad nominadora hacer uso de la facultad discrecional de declarar insubsistente su nombramiento como medio para retirarlo del servicio.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 19 de diciembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 9111. Actora: Virginia Torres González). Con salvamento de voto del doctor Alvaro Orejuela Gómez) 480

REPRESENTACION DE LA NACION.

Ver: Demanda contra actos de entidades sin personería jurídica. Senado.

REPRESENTACION DEL HIJO DE FAMILIA.

¿A quién compete? Facultades del juez de menores.
(Concepto de mayo 10 de 1982. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2074. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Salud y autorizada su publicación el 8 de julio de 1984) 7

REPRESENTACION PROPORCIONAL.

Ver: Partidos políticos.

RESPONSABILIDAD COMPARTIDA.

Ver: Responsabilidad extracontractual. Falla del servicio en la política de tránsito.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ALMACENAJE DE MERCANCIAS. DEPOSITO NECESARIO.

No hay exoneración de responsabilidad.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3551. Actor: Juan Benildo Riascos Caicedo) 707

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CULPA DE LA VICTIMA.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de noviembre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 3050. Actor: Ruth del Carmen Paz viuda de Torres. Con salvamento de voto del Doctor Jorge Valencia Arango) 724

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CULPA DE LA VICTIMA.

Constitutiva de causa concurrente. Repartición de responsabilidades.
(Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Valencia Arango a la sentencia de 8 de noviembre de 1984. Expediente No. 3050) 731

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO EN LA POLICIA DE TRANSITO. POLICIA NACIONAL: INSTITUCION. FUNCIONES. ESTATIZACION PRESTACION DEL SERVICIO EN ENTIDADES TERRITORIALES. RESPONSABILIDAD COMPARTIDA.

(Decreto 3187 de 1968. Artículo 1o. del Código Nacional de Policía, artículo 2o, Ley 193 de 1959. Decreto No. 1217 de 1962. Decreto 1667 de 1966, artículos 7o. y 8o.).
(Sentencia de septiembre 13 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3641. Actor: Alberto Estefan Estefan) 695

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ELEMENTOS.

Reiteración jurisprudencial.
(Sentencia de septiembre 13 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3641. Actor: Alberto Estefan Estefan) 695

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR OMISION EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS AGUAS. ENTIDAD RESPONSABLE. INDERENA.

El servicio de la vigilancia y control de las aguas corresponde prestarlo directamente, al establecimiento público del Inderena. La sentencia será absolutoria para la Nación — Ministerio de Obras Públicas, por no ser éste la persona jurídica llamada a responder por las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda.
(Sentencia de septiembre 6 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Expediente No. 2637. Actor: Sociedad "Villegas Jaramillo Cía. S. en C.) 688

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. LANZAMIENTO.

Omisión en el cumplimiento de la providencia que así lo declara. Es necesaria la petición del interesado para la actuación del Estado entendiendo que 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 la administración actúe en determinado sentido para la protección del ciudadano.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 12 de 1984. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 3755. Actora: María Medina de Galue) 646

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR PERDIDA DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y ALMACENAJE.

1o. Cumplimiento de la providencia que ordenó la entrega de la mercancía o de los medios de transporte (artículo 14 de la Ley 21 de 1977).
2o. Requerimiento judicial de cumplimiento de la sentencia.
3o. La revocatoria de un auto ejecutivo no implica la revocatoria automática del requerimiento.
4o. Responsabilidad por almacenaje. Jurisprudencia. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. APLICACION EXCEPCIONAL DEL CODIGO CIVIL. El artículo 73 del Decreto-Ley 955 de 1970, modificado por la Ley 21 de 1977 preceptúa que el "FONDO ROTATORIO DE ADUANAS" tiene el deber de custodia de la mercancía que le haya sido entregada en depósito de conformidad con las disposiciones del Código Civil".

(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3551. Actor: Juan Benildo Riascos Caicedo) 707

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PREJUDICIALIDAD PENAL.

Reiteración jurisprudencial.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 14 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4393. Actor: Ana Elvia Patiño viuda de Prieto) 1110

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. ORGANO ESTATAL QUE DEBE COMPARECER.

Cuando se persigue el resarcimiento por perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado en verdad, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer, no solo para la defensa dentro del proceso, sino para establecer de manera directa, la afectación presupuestal que haya de derivarse, en el evento de un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda.
(Sentencia de agosto 9 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Expediente No. 2252. Actor: Olga Trujillo Agudelo de Trujillo. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango) 654

RETENCION EN LA FUENTE.

Ver: Impuesto de renta. Retención en la fuente.

S

SALARIO. IMPUESTO DE RENTA. RETENCION.

SALARIO. FACTORES NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO.

El subsidio familiar no es salario ni se computa como factor del mismo para liquidar prestaciones sociales; tampoco constituyen salario las sumas que se pagan a un empleado o trabajador durante el desempeño de una comisión cualquiera que sea la duración de ésta.
Claramente señalan los artículos 42 del Decreto 1042 de 1978, 17, 45 y 46 del Decreto 1045 del mismo año, los factores salariales para efectos de liquidar prestaciones sociales, especialmente la pensión de jubilación.
(Sentencia de diciembre 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 8704. Actor: Blanca Lilia Márquez de Obando) 491

SALARIO. PERDIDA DE LOS INCREMENTOS SALARIALES POR ANTIGUEDAD.

Ver: Primas de antigüedad.

SALAS CINEMATOGRAFICAS. CLASIFICACION. FIJACION DE PRECIOS Y SOBREPRECIOS PARA LAS PRODUCCIONES CINEMATOGRAFICAS. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES.

Excepciones para el cobro del sobreprecio.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 26 de octubre de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente No. 4251. Actor: Aster González Rodas) 249

SANCIONES DISCIPLINARIAS A EMPLEADOS EN RELACION CON EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICION Y LAS SANCIONES, MULTA O DESTITUCION DE QUE PUEDEN SER OBJETO.

Según lo prescrito por los artículos 7o. y 16 de la Ley 13 de 1984, el Jefe del organismo o de la dependencia administrativa puede asignar al funcionario investigador, pero las sanciones serán impuestas, según su gravedad, por el superior inmediato, el Jefe del organismo o de la dependencia regional o la autoridad nominadora. Todo sin perjuicio de las facultades que, a este respecto tienen los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación. SANCIONES Y FALTAS. artículo 16, Ley 13 de 1984, artículo 76 del Código Contencioso Administrativo. ¿Cómo deben entenderse estas disposiciones?
(Concepto de octubre 31 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación No. 2128. Consultas del Gobierno. Autorizada su publicación con oficio No. 5726 de noviembre 15, recibida en la Secretaría en diciembre 3 del mismo año) 70

SANCIONES DISCIPLINARIAS. COMPETENCIA PARA ADELANTAR INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARIAS.

Por la comisión de faltas consagradas en la Ley 13 de 1984.
Investigación y sanción: trámite. Concepto de la Comisión de Personal. COMISION DE PERSONAL. Integración. Elección del representante de los empleados. (Decreto 2045 de 1969, artículo 1o. inciso final). Funciones de la mencionada Comisión. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. (Decreto 3130 de 1968). Con dicha norma la vigencia de las que hacían referencia al régimen disciplinario se prorrogaron hasta que fueran aprobados por el Gobierno Nacional los respectivos estatutos a que alude el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968. IMPOSICION DE SANCIONES EN EL INSTITUTO "AGUSTIN CODAZZI". Antes y después de los Decretos 2400 de 1968 y 3130 de 1968. Resolución No. 1134 de 1972 de dicho Instituto. Revocación. No supone la revocación de derechos adquiridos.
(Concepto de noviembre 6 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación No. 2130. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Hacienda. Autorizada su publicación en noviembre 19 de 1984) 60

SANCIONES DISCIPLINARIAS. EMPLEADOS DE LA POLICIA NACIONAL. UNIFORMADOS Y CIVILES. ENTIDAD SANCIONADORA Y NORMAS APLICABLES.

Evolución legislativa. Decreto No. 1835 de 1979. Decreto-Ley 2137 de 1983. ¿Cómo debe entenderse la Ley 25 de 1974 en cuanto a la vigilancia de la Procuraduría?
Consecuencia jurídica de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre los Decretos-Ley Nos. 1835 de 1979 y 2137 de 1983.
Suspensión provisional de la vigencia de los artículos 1o., 5o. y 7o. del Decreto Reglamentario No. 2755 de 1984.
(Auto de diciembre 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Miguel Betancur Rey. Expediente No. 4866) 187

SANCIONES DISCIPLINARIAS. INSTITUTO AGUSTIN CODAZZI. IMPOSICION.

Ver: Sanciones disciplinarias. Competencia para adelantar investigaciones administrativas disciplinarias.

SANCIONES O EXCEPCIONES.

Es bien sabido que en materia de sanciones o excepciones debe efectuarse por mandato legal, una interpretación restringida y respecto de ello no cabe la analogía.
(Sentencia de julio 27 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 7205. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga) 80

SANCIONES QUE IMPONGA EL TRIBUNAL DISCIPLINARIO.

Ver: Juicios de Policía.

SENADO.

Ver: Demanda. Personería jurídica.

SENTENCIA. CONGRUENCIA.

El fallo debe ser una respuesta adecuada a cada una de las pretensiones del actor.
(Sentencia de diciembre 19 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 9088. Actor: Estanislao Carpio Bocanegra) 498

SENTENCIAS CONDENATORIAS DEL ESTADO. CUMPLIMIENTO TARDIO.

El retardo en el cumplimiento de un fallo condenatorio del Estado, puede obedecer a múltiples causas y entre ellas puede estar la "falla del servicio" que da lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 9 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3646. Actor: Francisco Luis Duque Posada) 682

SENTENCIA. ELEMENTOS.

a) Una estructura dada a priori; esto es, la ley;
b) Un contenido contingente, que se concreta en las circunstancias del caso, y
c) Una valoración jurídica.
(Sentencia de diciembre 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Julio Cesar Uribe Acosta. Expediente No. 3594. Actor: Gloria Lucía Cárdenas) 732

SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD.

1o. La declaratoria de inexequibilidad equivale a una nulidad del precepto legal y no a una derogatoria del mismo, y por lo mismo, los efectos de ella sólo operan hacia el futuro, sin que tenga carácter retroactivo, puesto que, es imposible conseguir que no haya existido lo que existió, que no se haya ejecutado lo que se ejecutó. La declaratoria de inexequibilidad, no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico, conforme al cual la norma superior permite la vigencia condicional de la norma "antinormativa", lo que da margen a deducir, que la sentencia de inexequibilidad no implica el desconocimiento de aquellas situaciones jurídicas que se habían constituido y consolidado con anterioridad.
2o. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

(Sentencia de julio 14 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4374. Actor: Andrés Casas) 329

SENTENCIAS. NULIDAD.

1o. ¿A qué obliga al juez la solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la sentencia?
2o. Causales (artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil).
3o. Doctrina. Causas de nulidad.
4o. En virtud del principio de la especificidad de las nulidades, el juez no puede ampliarlos por analogía.
(Sentencia de noviembre 15 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 2145. Actor: Pablo Ramón Morales. Opositor: Instituto Colombiano de los Seguros Sociales) 1134

SERVICIO BANCARIO. HORARIO.

Ver: Horario de atención al público en el servicio bancario y sector financiero.

SERVICIOS MEDIOS Y HOSPITALARIOS REALIZADOS POR PROFESIONALES AJENOS A CAJANAL.

Ver: Gastos médicos y hospitalarios.

SINDICATOS. (Suspensión provisional).

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el caso *sub-júdice*, al reconocer personería jurídica a la agremiación demandada, no tuvo en cuenta que todos sus miembros tenían la calidad de empleados públicos y no existían trabajadores oficiales que pudieran fundar la Asociación que aquí se acusa.
Suspéndese provisionalmente la Resolución No. 1579 del 28 de mayo de 1974, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
(Auto de agosto 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 11600. Actor: Jaime Franco López) 269

SINDICATOS. PERMISOS PERMANENTES REMUNERADOS.

En el régimen general de los empleados públicos, y en el especial que rige para los de ADPOSTAL, no se encuentra base legal para autorizar y remunerar actividades ajenas al respectivo cargo, en forma permanente.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de noviembre 7 de 1984. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 9717. Actor: César Augusto Sánchez Martínez) 474

SOBREPRECIOS.

Ver: Salas de cinematografía.

SOCIEDADES. ACTOS DE CONSTITUCION Y REFORMA DE UNA SOCIEDAD.

Son por definición, privados, civiles y comerciales, y las controversias que originen, por lo mismo, deben surtirse ante los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, no ante la contenciosa administrativa.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 6 de julio de 1984. Consejero Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V. Expediente No. 4651. Actor: José A. Pedraza Picón) 1086

SOCIEDADES MERCANTILES. INSPECCION Y VIGILANCIA.

(Artículo 267 del Código de Comercio, artículo 120 del numeral 15 de la Constitución Nacional).
1o. Facultad del Presidente de la República para inspeccionar todas las sociedades mercantiles.
2o. El Presidente de la República no tiene discrecionalidad ninguna para controlar las sociedades mercantiles, porque las normas sobre esta inspección y vigilancia las debe dictar el legislador.
3o. El Superintendente de Sociedades, puede por ministerio de la ley, ejercer el control y vigilancia sobre todas las sociedades mercantiles no previstas en la ley cuando así lo determine el Presidente de la República.
4o. Naturaleza de los decretos que expide el Presidente en relación con las facultades mencionadas.
(Sentencia de agosto 24 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 9451. Actor: Carlos Julio Ramírez Duque) 125

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Están sujetos al control jurisdiccional del Consejo de Estado.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 19 de octubre de 1984. Expediente No. 10974. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Actor: Financiera Colpatria S.A. Compañía de Financiamiento Comercial y otros) 456

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. CONTROL DE PRECIOS.

Ver: Propina voluntaria.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.

Por regla general, las Superintendencias carecen de personería jurídica propia. Caso diferente es el de la Superintendencia de Notariado y Registro, que tienen características propias expresamente reconocidas en el Decreto 2695 de 1977 en términos similares a los del Decreto 1659 de 1978.
(Auto de julio 25 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 10280. Actora: Rosmira Muñoz de Sánchez) 1094

SUPRESION DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

(Artículo 48 del Decreto 2400 de 1968).
Por motivos de reorganización de una dependencia o de traslado de funciones de una entidad a otra, o por cualquier otra causa. Consecuencias.
(Sentencia de julio 16 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7414. Actor: Alfonso Guerrero Olaya) 343

SUSPENSION COLECTIVA DE LABORES.

Declaratoria de ilegalidad. Revocación del acto de declaratoria de ilegalidad. SUSPENSION PROVISIONAL. 1) Tratándose de la acción de nulidad, la suspensión provisional es procedente cuando hay manifiesta violación de una norma superior, percibida a través de una sencilla comparación entre el acto demandado y tal norma, conforme lo señala el artículo 152 del Decreto No. 1 de 1984. 2) Para acciones diferentes de las de simple nulidad exige la norma citada, que debe acreditarse, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor.
Suspensión provisional de la Resolución No. 4277 de noviembre 22 de 1983 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.
(Auto de julio 12 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. 11153. Actor: Gaseosas Boyacá S.A. — Emilio Rodas Camacho) 297

SUSPENSION PROVISIONAL.

Normación bajo la Ley 167 de 1941 y el Decreto No. 1 de 1984. Jurisprudencia. Flagrancia. ¿En qué consiste?
(Auto de agosto 31 de 1984. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez. Expediente No. 1109. Actor: Ignacio Vives Echeverría) 833

SUSPENSION PROVISIONAL.

Ver: Suspensión colectiva de labores.

SUSPENSION PROVISIONAL EN JUICIOS ELECTORALES BAJO LA VIGENCIA DEL DECRETO No. 1 DE 1984.

Al revivir la Ley 167 de 1941 por virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia quedó vigente el artículo 98 de esa ley que dispone:
"Artículo 98. No habrá lugar a suspensión provisional en los siguientes casos: 1o. En los juicios electorales de que trata el Capítulo XX de esta ley...".
(Auto de agosto 28 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 1115. Actor: José Ignacio Vives Echeverría) 831

SUSPENSION PROVISIONAL. PRUEBAS.

(Artículo 152 del Decreto No. 1 de 1984. REQUISITOS.
1o. Tanto en la acción de nulidad como en la de restablecimiento del derecho violado, se puede efectuar un examen de las pruebas aportadas.
2o. Requisitos exigidos según la acción.
(Auto de octubre 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 10892. Actora: Fábrica de Hilazas Vanylon S.A.) 301

SUSPENSION Y TERMINACION DE LOS CONTRATOS. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO Y DESPIDOS COLECTIVOS. DIFERENCIAS.

1o. En la suspensión o terminación del contrato por fuerza mayor o caso fortuito solamente se está obligado a dar aviso con anticipación al Inspector del trabajo a fin de que éste compruebe la necesidad de dar por terminados los contratos de trabajo, por la causal ya indicada (artículo 51, numeral 1o. del Código Sustantivo del Trabajo. 466 ibídem, Decreto-Ley 2351 de 1965, artículo 6o., 40, Decreto Reglamentario No. 1469 de 1978, artículos 37, 39 y 44).

2o. En los despidos colectivos, el patrono está obligado a solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo, antes del diligenciamiento colectivo de personal.
Suspéndese provisionalmente la Resolución No. 4180 de noviembre 21 de 1983, proferida por la Dirección General del Trabajo del Ministerio del Ramo, Resolución No. 151 de 4 de agosto de 1983 proferida por el Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, Resolución No. 192 del 1o. de septiembre de 1983, proferida por el Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico y Resolución No. 80 de 16 de septiembre de 1983, proferida por el Jefe de la División de Relaciones colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.
(Auto de octubre 5 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 10892. Actor: Fábrica de Hilazas Vanylon S.A.) 301

SUSPENSION PROVISIONAL. SOLICITUD.

Exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. (Decreto No. 1 de 1984). Debe hacerse la debida separación entre lo que es la demanda de nulidad propiamente dicha como expresión concreta del derecho de accionar, que normalmente encuentra definición en el fallo que dirime la controversia otorgando la pretensión de nulidad en caso de prosperidad y, la medida de suspensión povisional, que como su nombre lo indica, va en pos de un pronunciamiento anticipado de tal pretensión y únicamente tiene lugar frente a la circunstancia excepcional de quebrantarse por el acto acusado, preceptos superiores de derecho de manera ostensible y flagrante.
(Auto de noviembre 29 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente No. 4842. Actor: Nicanor Restrepo Santamaría (Gobernador del Departamento de Antioquia).) 550

SUSTITUCION PENSIONAL.

1o. ¿Cuándo se tiene derecho a ella? Requisitos.
2o. Evolución legislativa (Decretos Nos. 3135 de 1968, 1848 de 1969, 434 de 1971. Ley 33 de 1973 y Ley 12 de 1975.
3o. Beneficiarios.
4o. Tiempo de goce. Tiempo vitalicio para viudos (Ley 33 de 1973).
5o. La pensión de jubilación a que obedece la Ley 12 de 1975, tuvo en cuenta una última situación por cuanto consagró el disfrute de la prestación para cualquiera de los cónyuges, HOMBRE o MUJER, así no tuviera la edad cronológica requerida, significando lo anterior que se suprimió un requisito, es decir, el de la edad, exigido en leyes precedentes.
Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 3466 y 4489 del 19 de agosto y 17 de noviembre de 1981, respectivamente, proferidas por el Gerente de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), y la Resolución No. 15 del 12 de febrero de 1982, dictada por la Junta Directiva de la mencionada entidad.
(Sentencia de octubre 30 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente No. 7076. Actor: Blanca Cecilia Martínez viuda de Cuervo y otros) 468

SUSTRACCION DE MATERIA.

Ver: Norma jurídica de carácter general.

T

TESORO NACIONAL. CONDENA.

Si no se puede demandar a un organismo público carente de personería jurídica, mucho menos es posible condenar al Tesoro Nacional, que no es sino parte del Tesoro

Público, el cual es, como lo define el artículo 1o. de la Ley 78 de 1931, "El dinero que, a cualquier título ingrese a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales".
(Sentencia de septiembre 11 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7863. Actor: Carmen Rosa Rodríguez de Tovar) 133

TEXTOS DE ENSEÑANZA Y PERIODICOS PEDAGOGICOS O DIDACTICOS.

Ver: Pensión de jubilación. Beneficio del artículo 13 de la Ley 50 de 1886.

TEORIA DE LA INDEXACION.

Ver: Jurisdicción coactiva. Título ejecutivo.

TEORIA DE LA INDIVIDUALIZACION Y DE LA SUBSTANCIACION TIEMPOS DOBLES DE SERVICIOS.

Ver: Pensión de jubilación. Militares.

TITULO EJECUTIVO.

El numeral 1o. del artículo 68 del nuevo Código Contencioso Administrativo que fue adoptado por mandato del artículo 1o. del Decreto No. 1 de 1984, contiene una regla general de que debe considerarse como título ejecutivo al darle el carácter de tal a los actos administrativos que cumplan con los requisitos allí estipulados: ejecutoriedad del acto administrativo, que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley. ALCANCES LIQUIDOS DECLARADOS POR LAS CONTRALORIAS. (Numeral 1o. del artículo 562 del Código de Procedimiento Civil) tienen el carácter de títulos ejecutivos.
(Concepto de julio 31 de 1984. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 2115. Consultas del Gobierno. Autorizada su publicación con Oficio No. 22349 de 19 de octubre de 1984, recibido en la Secretaría el 3 de diciembre del mismo año) 67

TITULOS VALORES A LA ORDEN. TRANSMISION.

En materia bancaria no es aceptable la tesis de la libertad contractual a plenitud. Los particulares deben someterse a la forma típica idónea prevista en la ley, cuya regla general sienta el artículo 651 del Código de Comercio.
Levántase la suspensión provisional de los efectos del aparte de la Circular Externa No. DB 82 de julio 9 de 1979, proferida por la Superintendencia Bancaria.
NOTA: Véase Anales de 1979. Segundo Semestre. Página 419.
(Sentencia de julio 6 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente No. 6349. Actor: Bernardo Herrera Molina. Salvamento de voto del doctor Enrique Low Murtra) ... 521

TITULOS VALORES A LA ORDEN. TRANSMISION.

(Salvamento de voto).
1o. Si el Código de Comercio autoriza y convalida algunas transferencias de títulos valores emitidos a la orden por medio diverso al endoso, el Superintendente Bancario no puede hacer obligatorio el endoso. Ello equivale ni más ni menos, a derogar la ley, por circular.

2o. JERARQUIA KELSENIANA DE LA LEY.
3o. ORDEN PUBLICO ECONOMICO. Con base en ese concepto se ejerce permanentemente vigilancia sobre las entidades crediticias para evitar que se desborden los parámetros esenciales del manejo financiero y monetario.
(Salvamento de voto del doctor Enrique Low Murtra a la sentencia de julio 6 de 1984. Expediente No. 6349. Actor: Bernardo Herrera Molina. Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez) 528

TRANSACCION DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.

TRANSPORTE MARITIMO. RESERVA DE CARGA.

Procedimiento para otorgarla. Audiencia pública. Finalidad.
Se declara la nulidad de las Resoluciones Nos. 80 de 6 de febrero de 1981 y 239 de 31 de marzo del mismo año, expedidas ambas por el Director General Marítimo y Portuario y la No. 1449 de 21 de mayo de 1981, proferida por el señor Ministro de Defensa Nacional.
(Sentencia de julio 14 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 3742. Actor: Marítimas Eslait y Compañía) 216

TRANSPORTES.

Servicio y empresa de transporte: Concepto. COMERCIANTE ¿Cómo se adquiere la calidad? Requisitos que debe observar quien se dedica al transporte. Vinculación de vehículos (artículo 11 del Decreto 1393 de 1970). LIBROS DE CONTABILIDAD de quienes se dedican al comercio.
(Sentencia de septiembre 7 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente No. 8143. Actor: Salomón Niño Guacaneme) 990

TRASLADOS.

Ver: Docentes. Traslado.

V

VACACIONES DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.

Iniciación del descanso. Compensación en dinero. Presupuesto básico de dicho derecho. Límite de la prestación. Liquidación. Factores salariales. ASIGNACION MENSUAL. Concepto. GRADO. Concepto. REMUNERACION EN EMPLEADOS PUBLICOS. El sistema de remuneración vigente para los empleados públicos se estructura sobre la base de que aquélla es mensual.
(Concepto de junio 2 de 1980. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación No. 1380. Consultas del Gobierno. Formulada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil. Autorizada su publicación en julio de 1984) 13

VACANCIA DEL CARGO.

Procede tanto para los empleados de libre nombramiento y remoción como para los inscritos en la Carrera Administrativa. Dicha declaratoria de vacancia no requiere el previo adelantamiento del proceso disciplinario.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de septiembre 28 de 1984. Consejera Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente No. 6754. Actor: Pedro A. García) 434

VIA GUBERNATIVA. ACTOS DE INSCRIPCION Y DE CERTIFICACION.

Ver: Actos de inscripción.

VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO.

La jurisdicción contencioso administrativa sólo adquiere competencia para decidir cuando previamente se ha agotado la vía gubernativa (Ley 167 de 1941. Artículo 82 y Decreto No. 1 de 1984, artículo 135). OMISION DE LA ADMINISTRACION. No hay agotamiento.
(Sentencia de septiembre 20 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente No. 3551. Actor: Juan Benildo Riascos Caicedo) 707

VIATICOS.

A nadie se le puede pagar viáticos por desempeñar funciones o realizar actividades en su lugar de trabajo. Los viáticos tienden a compensar los gastos que causa a un empleado o trabajador el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja y viene a otro sitio donde tendrá que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación, principalmente.
(Sentencia de septiembre 11 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 7567. Actor: Luis Eduardo Pedraza Beltrán) 419

Z

ZONAS FRANCAS.

1o. Fijación de tarifas. ¿A quién corresponde? Funciones.
2o. Reserva de espacios para depósitos de mercancías. Cobro por la utilización.
(Sentencia de julio 10 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente No. 4420. Actor: Andrew L. Clarkson Rodríguez) 324

Este libro
fue editado
y producido por el
Banco de la República
Departamento Editorial
1986